HAL
open science

L'application de la loi étrangère en droit international privé

Monica-Elena Buruianã

▶ To cite this version:

Monica-Elena Buruianã. L'application de la loi étrangère en droit international privé. Droit. Université de Bordeaux, 2016. Français. NNT : 2016BORD0067 . tel-01800429

HAL Id: tel-01800429
https://theses.hal.science/tel-01800429v1

Submitted on 26 May 2018

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.

THÈSE PRÉSENTÉE

POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR DE

L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE - EA 4193

SPÉCIALITÉ DROIT PRIVÉ

Par **Monica-Elena V. BURUIANÃ**

L'APPLICATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Sous la direction de M. le Professeur **Jean-Pierre LABORDE** et de M. le Professeur **Loïc GRARD**

Soutenue le 25 mai 2016

Membres du jury :

Monsieur Marc FALLON,
Professeur émérite de l'Université catholique de Louvain, président

Madame Fabienne JAULT- SESEKE,
Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin (Paris Saclay), rapporteur

Monsieur Pascal DE VAREILLES- SOMMIÈRES,
Professeur à l'Ecole de Droit de La Sorbonne Université Paris 1 Panthéon- Sorbonne, rapporteur

Madame Sandrine SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ
Professeur à l'Université de Bordeaux

Monsieur Jean-Pierre LABORDE,
Professeur émérite à l'Université de Bordeaux

Monsieur Loïc GRARD,
Professeur à l'Université de Bordeaux,

Titre : L'application de la loi étrangère en droit international privé

Résumé : Le droit international privé, tel qu'il résulte des droits nationaux et du droit de l'Union européenne, accorde une attention particulière aux systèmes juridiques étrangers. L'application de la loi étrangère constitue l'expression de l'importance reconnue aux systèmes juridiques étrangers, mais appliquer une loi qui est extérieure au système juridique du for peut provoquer, du fait de sa différence, des réactions défensives. L'application de la loi étrangère se trouve ainsi confrontée à différents obstacles qui tendent à garantir une application prioritaire de la lex fori. D'une part, les techniques employées par le système juridique du for pour appliquer la loi étrangère ne lui sont pas favorables, comme en témoigne l'intervention récurrente de l'exception d'ordre public international. D'autre part, des éléments exogènes au système juridique du for, comme la compréhension différente d'une même institution juridique, peuvent également faire échec à l'application de la loi étrangère. Il existe ainsi un décalage entre la lettre des règles de droit international privé du for, qui permettrait d'envisager une application fréquente de la loi étrangère et l'usage qui en est fait par les autorités du système juridique du for, qui mène souvent à sa neutralisation. Cette étude défend un meilleur respect de la lettre des règles relatives à l'application de la loi étrangère, qui aurait pour effet de promouvoir ce type d'application. Dans cette perspective, le droit international privé de l'Union européenne fournit d'importants enseignements, dans la mesure où il dynamise l'application de la loi étrangère appartenant à d'autres Etats membres.

Mots clés : conflits de lois, loi étrangère, droit public étranger, règle de conflit, lois de police, qualification, ordre public international, fraude, renvoi, substitution, équivalence, adaptation, questions préalables, conflit mobile, droits acquis.

Title : The Foreign Law Application in Private International Law

Abstract : The national or the European private international law is taking into a particular account the foreign legal systems. The foreign law application is an expression of the attention given to the foreign legal systems, but applying a law that belongs to a different legal system than the legal system of the forum country may provoke a defence reaction caused by the existing differences between the legal systems involved. The foreign law application is therefore confronted to different obstacles that tend to ensure a primary application of the *lex fori*. First, the techniques used by the legal system of the forum country to apply the foreign law are not entirely favourable to this kind of application, as evidenced by the recurrent intervention of the international public policy. Furthermore, there are elements that are exogenous to the legal system of the forum country, such as different understandings of the same legal institution that can obstruct the foreign law application. There is thus a gap between the theory of the private international rules, which would appeal a frequent application of the foreign law, and the use that is made of them by the authorities of the forum country, which often leads to the neutralization of the foreign law. This study defends a better compliance to the theory of private international law, which would promote the application of the foreign law. In this perspective, the private international law of the European Union provides an important source of « savoir-faire » as it promotes the application of a foreign law belonging to another Member States.

Keywords : conflict of laws, foreign law, foreign public law, conflit rule, overriding mandatory rules, classification, public policy, abuse, renvoi, substitution, equivalence, adjustment, preliminary questions, mobile conflicts, droits acquis.

Unité de recherche

Centre de Recherche et de Documentation Européennes et Internationales (C.R.D.E.I.)

Université de Bordeaux, 16 avenue Léon Duguit - CS 50057- 33608 PESSAC CEDEX

REMERCIEMENTS

À Messieurs les Professeurs Eric Agostini, Jean-Pierre Laborde et Loïc Grard pour m'avoir guidée, soutenue et conseillée. Qu'ils trouvent ici la marque de ma plus profonde gratitude.

À Monsieur le Professeur Ioan Macovei pour ses précieuses explications scientifiques en droit international privé.

À Madame Stéphanie Zeidenberg, maître de conférences à l'Université de Bordeaux, ainsi qu'à l'équipe des doctorants et docteurs du C.R.D.E.I., pour m'avoir aidé dans la relecture de ce travail.

À mes proches, pour leurs encouragements et leur patience.

Dragului meu Jean.

ABREVIATIONS

A.2d	Atlantic Reporter Second
AC	Law Reports Appeal cases, 1891
Adde	Ajouter
AIDI	Annuaire de l'institut de droit international
AJ	Actualité jurisprudentielle
A.J.C.L.	American Journal of Comparative Law
AJ famille	Actualité juridique Famille
AJP	Aktuelle juristiche Praxis
Ann. fr. dr. int.	Annuaire français de droit international
Ann. Suisse de Dr. int.	Annuaire suisse de droit international
Ann. UNIDROIT	Annuaire UNIDROIT
APD	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BGH NJW	Cour fédérale allemande
Buffalo L. Rev.	Buffalo Law Review
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambres criminelle de la Cour de cassation
Bull. IJI	Bulletin de l'Institut juridique international
BYIL	The British Yearbook of International Law
CCC	Contrats Concurrence Consommation
C.L.J.	Cambridge Law Journal
C.L.Rev.	Canadian Law Review
C.M.L.Rev.	Common market law review

c/	contre
CA	Cour d'appel
Cah. dr. eu.	Cahiers de droit européen
Cass. req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass.	Cour de cassation
Ch.	Law Reports Chancery, 1891
chron.	chronique
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Const.	Constitution
Contra	Contraire
Cowp.	Cowper's Reports
CPJI	Cour Permanente De Justice Internationale
CPR	Civil Procedure Rules
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Dalloz, Recueil Dalloz-Sirey
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DMF	Droit Maritime français
DP	Dalloz périodique (dans le Recueil Dalloz) jusqu'en 1941
Dr. fam.	Droit de la famille
Dr. & parti.	Droit et patrimoine
E.R	English Reports
éd.	édition
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
F. Supp.	Federal Supplement
GAJDIP	Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
Gaz. Pal.	Gazette du Palais

GEDIP	Groupe européen de droit international privé
Georgetown L. Rev.	Georgetown Law Review
Giur. It.	Giurisprudenza italiana
HL	Clark & Finnelly's House of Lords Report New Series
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IDI	Institut de Droit International
IDLAM	Institut du droit local alsacien-mosellan
IPRax	Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts
IR	Informations rapides du recueil Dalloz
J.-Cl.dr.int.	JurisClasseur droit international
JCP	Semaine juridique (JurisClasseur périodique : générale, entreprises, commerce et industrie, sociale,...)
JCP E	La Semaine Juridique Entreprise et Affaires
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
Journ. Not.	Journal des Notaires et des avocats
JT	Journal des Tribunaux (suisses)
Jur. gén.	Répertoire alphabétique Dalloz
Juris-Data	Banque de données juridiques (Editions techniques-Gazette du Palais)
K.B.	Law Report King's Bench (1901-52)
L.	Loi
LDIP	Loi suisse de droit international privé
Loyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
(L.R.) 1 P. & D.	Law Reports Probate & Divorce Cases, (1865-75)
LQR	Law Quarterly Review
M.Of.	Moniteur officiel
Melb.U.L.Rev	Melbourne University Law Review
NBT	Nouvelle Bibliothèque des Thèses Dalloz
NCPC	nouveau Code de procédure civile
NJB	Nederlands Juristenblad

Nytt Juridiskt Arkiv	Journal Officiel de la Cour suprême Suédoise
NW2d	North Western Reporter of the National Reporter System second
LPA	Les Petites affiches
Pa.	Pennylvania State Reports
Pan.	Panorama de droit administratif
Pas.	Pasicrisie belge
R.T.D.Eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RabelsZ	Rabels Zeitschrift
RCJB	Revue Critique de Jurisprudence Belge
R.T.D.Civ	Revue trimestrielle de droit civil
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de droit immobilier
Rec.	Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de 1re instance de l'Union Européenne
Rec. cours La Haye	Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye
Rec. CPJI	Recueil de la Cour Permanente De Justice Internationale
REDI	Revista Espanola de Derecho Internacional
Rép. intern. D.	Répertoire de droit international Dalloz
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. crit. dr. internat. privé	Revue critique de droit international privé
Rev. Dr. Aff. Intern.	Revue de droit des affaires internationales
Rev. dr. transp.	Revue de droit des transports
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rev. Dr. Uniforme	Revue de droit uniforme (UNIDROIT)
Rev. jur. d'Alsace et de Lorraine	Revue juridique d'Alsace et de Lorraine
Rev. prat. not. b.	Revue pratique du notariat belge
Rev. RW	Revue van de Rijkswacht
Rev. sociétés	Revue des sociétés
R.T.D.Fam.	Revue trimestrielle de droit de la famille
	Revue française de droit administratif

RFDA	Revue française de science politique
RFSP	Reichsgericht
RG	Revue générale de droit international public
RGDIP	Revue internationale de droit comparé
RIDC	Rivista di diritto commerciale
Riv. dir. com.	Rivista di diritto internazionale
Riv. dir. int.	Rivista di diritto privato
Riv. dir. privato	Revue de jurisprudence commerciale
RJC	Revue de recherche juridique et de droit prospectif
RRJ	Recueil des sentences arbitrales
RSA	Revue suisse de droit international et de droit européen
RSDIE	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD Com.	Revue de droit des transports
RD transp.	Recueil Sirey
S.	Recueil suédois des lois et décrets
SFS	Arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation
Soc.	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TFUE	Tribunal Fédéral suisse
Trib. Féd. suisse	Tribunal de grande instance
Trib. GI	Texas International Law Journal
TILJ	Travaux du Comité Français De Droit International Privé
Trav. Com. fr. dr. int. pr.	Tribunal de première instance des communautés
TPICE	européennes
	Traité sur l'Union européenne
TUE	Tulane European and Civil Law Forum
Tul. Eur. & Civ. L.F.	Uniform Law Review
U.L.R.	Villanova Law Review.
Vill. L. Rev.	Yearbook of the European Law
YEL	Yearbook of Private International Law
YPIL	

SOMMAIRE

PARTIE I - LES PRINCIPES DIRECTEURS DE L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

Titre I : Les principes génériques de l'application de la loi étrangère

Chapitre 1 : Les fondamentaux de l'application de la loi étrangère

Chapitre 2 : Les adventices de l'application de la loi étrangère

Titre II: Les principes circonstanciés de l'application de la loi étrangère

Chapitre 1 : L'autorité de la règle de conflit

Chapitre 2 : L'intelligibilité de la loi étrangère

PARTIE II - LES ELEMENTS PERTURBATEURS DE L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

Titre I : Les déséquilibres ponctuels des systèmes juridiques

Chapitre 1 : L'application de la loi étrangère face à des concepts juridiques différents

Chapitre 2 : L'application de la loi étrangère face à des rattachements juridiques différents

Titre II : Les déséquilibres concernant les systèmes juridiques dans leur ensemble

Chapitre 1 : Les déséquilibres provoqués par la multiplicité fortuite des lois susceptibles de s'appliquer

Chapitre 2 : Les déséquilibres provoqués par l'intolérance du système juridique du for à l'application de loi étrangère

INTRODUCTION

1. Le droit international privé[1] est considéré comme l'une des matières les plus complexes parmi celles qui peuvent occuper l'esprit d'un juriste et il constitue, de ce fait, un terrain propice pour les mésententes et les controverses doctrinales[2]. Cette complexité contrevient, pourtant, à l'objectif principal de cette matière, qui est celui de « trouver des solutions raisonnables aux problèmes quotidiens des rapports juridiques familiaux ou commerciaux impliquant un élément d'extranéité »[3]. Or, trouver des solutions pragmatiques aux problèmes juridiques rattachées à plusieurs systèmes juridique s'impose impérativement d'autant plus que, de nos jours, la circulation plus fréquente des personnes et des capitaux ont mené à une multiplication des relations de droit international privé, situation qui a provoqué, à son tour, une multiplication les litiges dans des domaines variés comme, par exemple, ceux de la famille, du commerce ou de l'organisation du travail.

2. Dans le contexte de ce changement, qui s'est produit sur une courte période de temps, provoquant, ainsi, un déséquilibre entre les besoins de régulation des rapports de droit international privé et le droit positif, l'application de la loi étrangère se retrouve désavantagée en rapport avec l'application de la *lex fori*. En effet, la complexité préexistante du droit international privé, d'un côté, ainsi que la multiplication récente des relations juridiques rattachées à plusieurs systèmes menant à des lacunes du droit positif, d'un autre côté, semblent révéler les inadaptations de la matière en rapport avec les réalités contemporaines. De ce point de vue l'application de la loi étrangère, qui s'impose davantage dans le contexte actuel, semble devoir répondre, aux yeux du droit international privé positif, à des règles de mise en œuvre plus adaptées à un passé imprégné du *lex forisme* qu'au contexte contemporain globalisé. Il résulte une situation qui révèle une prise en compte partielle de l'importance des implications réelles de l'application de la loi étrangère et, surtout, de son inapplication. Cela risque, à long terme et en complément des autres règles de droit international privé figées dans le passé, d'éroder les fondations de cette matière. Quelles sont les circonstances qui ont permis l'existence et le développement d'une telle situation ?

---

[1] L'expression « droit international privé » a été introduite en France par le *Traité de droit international privé* de FOELIX (1843), voy. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, 10e éd., Dalloz, 2013, p. 1.

[2] Voy. l'opinion du juge américain Porter dans une décision rendue en 1827 par la Cour Suprême de Louisiane, cité par F. K. JUNGER, « General course on private international law », *Rec. cours La Haye,* vol. 193, 1985, p. 166, qui considère la matière du droit international privé comme « one of the most intricate and perplexed of any that has occupied the attention of lawyers and courts : one on which scarcely any two writers are found entirely agree ».

[3] M. BOGDAN, « Private International Law as Component of the Law of the Forum: General Course on Private International Law », *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 28.

3. Les rapports juridiques comportant un élément d'extranéité ont, en effet, toujours été admis dans les droits nationaux, sous certaines conditions, et cela même dans les temps les plus reculés[4], Par exemple, aux temps de la Rome antique, un vrai conflit de lois pouvait apparaître dès lors que l'on avait admis que les pérégrins devaient être soumis à leurs institutions nationales[5] et, cela, bien que le *jus gentium*[6] ne soit pas considéré comme une loi étrangère en rapport avec le *jus civile*. Il semble, pourtant, que de nos jours, l'application de loi étrangère peine à trouver grâce aux yeux du juge du for. On peut, ainsi, observer une certaine réticence des juges du fond par rapport à l'application de la loi étrangère, bien qu'une utilisation de la norme la plus apte à régler le différend, en concordance avec les attentes légitimes des parties, soit nécessaire[7]. Cette réticence peut être observée à travers plusieurs éléments.

4. Un premier élément tient à l'évolution des règlementations nationales qui, pendant longtemps, ont empêché l'application de la loi étrangère sur les deux plans, processuel et substantiel[8]. Elles se référaient, par exemple, aux notions de souveraineté et des droits acquis pour écarter l'application de la loi étrangère. De nos jours, ces notions ne sont plus utilisées à cette fin.

5. Le deuxième motif des réticences des juges du fond à appliquer la loi étrangère réside dans le lien qui unit son régime procédural au régime procédural de la règle de conflit du for. En effet, la compétence de la loi étrangère, dans le système juridique du for, n'est pas directe puisque son application dans le procès passe par la mise en œuvre de la règle de conflit du for. C'est un régime dont les traits principaux ont été établis, en France, à l'aide des principes indiqués par la Cour de Cassation, faute de solution expresse des dispositions de l'article 3 du Code civil qui est utilisé depuis 1999[9] et qui remplace, en la matière, l'article 12 du Code de procédure civile français[10]. La tendance générale de l'évolution de la matière va, cependant, vers un renforcement constant de

---

[4] B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, Université Pantheon-Assas (Paris II), 2008, p. 3. et s.

[5] Ces conflits étaient résolus en fonction de l'instance saisie, car les préteurs pérégrins appliquaient le droit pérégrin alors que les juges romains appliquaient le droit de Rome. Ce sont les invasions barbares qui ont imposé à Rome « l'expression la plus parfaite de la personnalité des lois » car, en tant que peuples nomades, ils n'étaient liés à aucun territoire, leur droit étant un droit du peuple ; voy, en ce sens, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé, op. cit.*, p. 86.

[6] Le *jus gentium* est un ensemble de règles substantielles applicable à une catégorie spéciale d'individus, alors que le *jus civile* représente un ensemble de règles substantielles applicable qu'aux citoyens romains, voy. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 85 ; sur certains aspects de la question voy. H. LEWALD, « Conflits de lois dans le monde grec et romain», *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1968, p. 419, p. 625 ; F. STURM, « Comment l'Antiquité réglait-elle ses conflits de lois ? », *JDI* 1979, p. 259.

[7] C.M.V. CLARKSON, J. HILL, *Jaffey on the Conflict of Laws,* 2e éd.*,* Butterworth, 2002, p. 10 et s..

[8] H. MUIR WATT, « Quelques remarques sur la doctrine anglo-américaine des droits acquis », *Rev. crit. dr. internat. privé,* 1986, p. 425.

[9] Cass., 1re civ., 26 mai 1999, *Soc. Mutuelle du Mans*, n° pourvoi 96-16361, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1999, p. 707, note H. MUIR WATT.

[10] Ce changement est considéré comme une évolution vers des considérations de droit international privé plutôt que d'économie procédurale, voy. H. MUIR WATT, « Loi étrangère », *Rép. intern. D.* 2009 (actualisation 2014), n° 5.

l'office du juge[11], le régime de l'application de la loi étrangère imposant l'application obligatoire de la règle de conflit lorsque la procédure implique des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition ou si, lorsque les droits sont disponibles, l'une des parties invoque la règle de conflit. De surcroît, le juge qui a reconnu qu'une loi étrangère est applicable, soit parce qu'il a appliqué d'office la règle de conflit, soit parce que l'une des parties l'a invoquée, doit établir son contenu, avec l'aide des parties ou par ses propres moyens, si cela s'avère nécessaire.

6. Le troisième élément qui contribue aux réticences des juges du fond à appliquer la loi étrangère tient de la difficulté d'accès à l'information sur les législations étrangères et des outils mis à la disposition du juge du for et des parties qui sont assez restreints et reflètent un manque de moyens en la matière[12]. De même, le problème de la traduction représente un quatrième élément de méfiance lors de l'application de la loi étrangère et tous les contre-arguments la concernant peuvent se résumer au simple fait qu'elle n'est pas l'original. En effet, la finalité d'une traduction consiste dans l'obtention d'une équivalence entre le terme original et celui résultant du processus de traduction. Or, le relativisme linguistique fait qu'une équivalence parfaite est difficile à atteindre dans le domaine juridique. En lien avec le processus de traduction, l'existence des États plurilinguistiques ou le choix du juge national de ne pas tenir compte de la jurisprudence ou de la doctrine lors de l'application de la loi étrangère, provoquent une application à l'aveugle de celle-ci.

7. Réticents vis-à-vis de la loi étrangère, les juges du fond ont, logiquement, tendance à préférer l'application de la *lex fori.* Le législateur national aussi, dans certains cas, révèle cette tendance qui se traduit dans une différence de traitement entre l'application de la loi étrangère et l'application de la *lex fori*. Or, cette différence de traitement est contraire aux objectifs visant à unifier les règles de conflit de lois dans le domaine civil et commercial. Cela entraîne, en effet, une insécurité des rapports juridiques de droit international privé[13] car des problèmes d'imprevisibilité en rapport avec les règles applicables à ces rapports peuvent surgir. De ce fait, il est nécessaire de prendre conscience de la nécessité de justifier, de clarifier et de simplifier l'approche permettant l'application de la loi étrangère. La stabilité acquise depuis quelques années[14] reste, en effet, relative et des changements pourraient survenir, à l'avenir, puisque le

---

[11] S. CORNELOUP, « L'application de la loi étrangère », *RIDC*, n° 2, 2004, p. 363 et s.

[12] Voy. *infra*. n°s 515-521.

[13] D. SOLENIK, *L'application de la loi étrangère par les juges du fond anglais et français*, Le Manuscrit, 2006, p. 30 ; voy. également C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO, *Application of the foreign law*, *op. cit.*, p. 5.

[14] Cass., 1re civ., 28 juin 2005, *Aubin*, *préc.* et Cass., com., 28 juin 2005, *Itraco*, *préc.* ; depuis cette date le juge français ne peut plus débouter un plaideur au motif qu'il n'est pas en mesure de fournir le contenu de la loi étrangère

régime de l'application de la loi étrangère est gouverné par la recherche perpétuelle d'un l'équilibre entre deux objectifs complémentaires[15] qui sont la justice de droit international privé[16] et les considérations d'économie procédurale[17]. Nous allons, en ce qui suit, préciser le sens des termes qui représentent les points clefs de notre étude et qui, de ce fait, imposent une attention toute particulière.

I. LA TERMINOLOGIE

A. DROIT INTERNATIONAL PRIVE

8. L'histoire du droit international privé en tant que discipline juridique[18] commence au milieu du 19ème siècle à travers les écrits consacrés aux conflits de lois de Story aux États-Unis (1834), Savigny (1849) ou Mancini (1851) en Europe. La discipline avait, cependant, déjà fait l'objet d'études scientifiques réalisées, par exemple, par L. Boullenois[19], et plus tôt, par les auteurs hollandais, notamment J. Voet et U. Huber, qui s'étaient inspirés notamment de la doctrine de

---

qu'il invoque au soutien de sa prétention. S'il s'avère impossible de déterminer le contenu de la loi étrangère, le juge est tenu d'appliquer la loi française, au titre de sa vocation subsidiaire, que les droits litigieux soient disponibles ou indisponibles.

[15] S. CORNELOUP, « L'application de la loi étrangère », *loc. cit.*, p. 363 et s.

[16] La justice de droit international privé exige que la règle de conflit soit appliquée d'office par le juge et que le contenu de la loi étrangère soit établi par le juge lui-même si les parties ne produisent pas des éléments de preuve suffisants, voy. S. CORNELOUP, « L'application de la loi étrangère », *loc. cit.*, p. 365.

[17] Les considérations d'économie procédurale requièrent une application de la loi étrangère qui ne fasse pas peser une charge excessive sur les parties ni sur le juge. La charge excessive peut ainsi être révélée par les difficultés importantes que suscitent la connaissance et l'interprétation de la loi étrangère mais aussi par les coûts supplémentaires pour les parties qui peuvent retarder l'issue de la procédure. Dans ce dernier cas cela peut provoquer des abus lorsqu'une partie se sert de l'argument de l'application de la loi étrangère uniquement à des fins dilatoires, voy. M.-L. NIBOYET-HOEGY, G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, *LGDJ*, 2013, n° 669. Ces considérations se traduisaient, par exemple, par le statut dérogatoire dont bénéficie le statut des éléments de fait dont dépend l'applicabilité de la loi étrangère par rapport au régime de droit processuel commun issu de l'article 12 du Code de procédure civile choisi par la Cour de cassation dans le visa de ses arrêts concernant le droit international privé, remplacé par l'article 3 du C. civ. (voy. notamment Cass., 1re civ., 28 juin 2005, *Aubin,* n° de pourvoi 00-15734 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 2005, p. 645, note B. ANCEL et H. MUIR WATT ; *D.* 2005, p. 2853, note N. BOUCHE, *Pan*. 2748, obs. H. KENFACK ; *D.* 2006, *Pan*. 1495, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE, et Cass., com., 28 juin 2005, *Sté Itraco,* n° de pourvoi 02-14686 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 2005, p. 645, note B. ANCEL et H. MUIR WATT ; *D.* 2005, p. 2853, note N. BOUCHE, *Pan*. 2748, obs. H. KENFACK ; *D.* 2006, *Pan*. 1495, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; *RTD Com.* 2005. 872, obs. P. DELEBECQUE ; *GAJDIP*, n° 83. De même, la transposition aux contentieux internationaux des autres principes directeurs de procès constitue également une des considérations d'économie procédurale.

[18] Voy. J.-L. HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, 1999; P. MAYER, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits* n° 2, 1985. 129; H. MUIR WATT, « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois ?) », *APD*, 41, 1997. 207.

[19] Auteur du *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, G. Desprez, 1766, 765 p.

B. d'Argentré. Des traces de la matière peuvent être retrouvées même au XIIe siècle chez les précurseurs Carolus de Tocco et Aldricus[20].

9. Deux sens peuvent être alternativement attribués au droit international privé. Dans son sens restreint, il englobe un ensemble de lois composé surtout de règles de conflit désignant le système de droit qui régit la substance d'un litige ayant un élément d'extranéité (conflit de lois)[21]. Cependant, la doctrine semble partagée sur ce point car certains auteurs considèrent que le sens restreint de la matière comprend seulement les règles matérielles[22]. Qu'il s'agisse d'une discipline comprenant uniquement des règles de conflit ou uniquement des règles matérielles, une constante est évidente et se traduit par la référence à un seul type de règles lorsqu'on adopte le sens restreint du droit international privé. Au contraire, le sens large du droit international privé intègre les règles concernant la compétence juridictionnelle ainsi que celles portant sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers[23].

10. La matière concerne, d'un côté, les relations d'intérêt privé et, d'un autre côté, les ordres juridiques, les rapports qui se tissent entre ces deux éléments constituant l'objet du droit international privé. Ainsi, la matière est reconnue comme étant la « branche du droit chargée de gérer la rencontre des rapports d'intérêts privés avec la diversité des ordres juridiques »[24]. Les intérêts privés constitués, selon la distinction traditionnelle des systèmes romano-germaniques, des intérêts patrimoniaux et des intérêts extrapatrimoniaux, appartiennent d'habitude aux personnes privées, physiques ou morales. Pourtant, la doctrine[25] avance aujourd'hui l'idée que ces intérêts peuvent aussi être ceux de personnes publiques, l'État ou ses émanations, car les ressources et les moyens dont elles ont besoin pour remplir leurs missions d'intérêt public ne sont

---

[20] B. AUDIT , L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, 7e éd., 2013, p. 225.

[21] *Ibidem.*

[22] M. BOGDAN précise ainsi que la règle matérielle prescrit un certain comportement chez ses destinataires en édictant des droits et des obligations. Elle est substantielle en ce qu'elle énonce la substance d'un rapport de droit. Les règles matérielles sont peu nombreuses en droit international privé et elles sont essentiellement substantielles. La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise de 1980 en offre un bon exemple dans son article 35 qui dispose que « le vendeur doit livrer des marchandises dont la quantité, la qualité et le type répondent à ceux qui sont prévus au contrat ». C'est une règle matérielle substantielle qui prescrit un comportement chez le vendeur et qui s'applique directement au contrat de vente international. La mise en œuvre des règles substantielles est assez simple. C'est une méthode directe. Le juge applique directement aux litiges dont il est saisi les règles matérielles substantielles de droit international privé, sans avoir à se préoccuper de rechercher le droit applicable au litige, *in Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 35-40.

[23] A.V.M. STRUYCKEN, « Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement: General Course on Private International Law », *Rec. cours La Haye*, vol. 311, 2004, p. 189-190. Il faut également préciser que toutes ces règles sont interdépendantes car des règles restrictives en matière de reconnaissance et exécution des décisions imposent des règles de compétence internationale avec un contenu plus large pour éviter un « no man's land », chose qui mène à une application plus fréquente de la loi étrangère, voy. M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 36.

[24] B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, Université Pantheon-Assas (Paris II), 2008, p. 3 et s.

[25] *Ibidem*.

pas toujours placés sous un régime exorbitant du droit commun. De ce fait, là où la bonne exécution du service public ne requiert pas une telle réglementation dérogatoire, les ressources et moyens des personnes de droit public relèvent du régime des intérêts privés.

11. Les ordres juridiques représentent une notion qui pose problème car même si elle est souvent associée aux États, elle n'est pas forcement rattaché à un certain territoire. Ainsi les ordres juridiques « rassembleraient les relations entre individus qui, parce qu'elles se modèlent avec une constance suffisante sur un fonds homogène de valeurs généralement acceptées et un système commun de régulation des comportements, se constituent en un réseau formant un corps social différencié »[26]. Si cette notion est associée la plupart du temps aux États, on considère, toutefois, que des ordres juridiques existent et ont existé sous d'autres formes : les cités antiques, les Eglises, les tribus d'Israël, les peuples barbares, les communes médiévales, la franc-maçonnerie, les corporations, les ligues sportives, les sociétés savantes[27]. Or, ces ordres juridiques n'étaient pas forcements rattachés à un certain territoire. Le non rattachement à un territoire justifie pourquoi l'on considère, de nos jours, la *lex mercatoria*[28] comme étant un ordre juridique distinct de l'ordre étatique ou international et constitué des pratiques contractuelles et d'usages réalisés par les opérateurs du commerce international dans leur ensemble, États y compris. Cet ordre juridique s'agence avec les ordres juridiques internes dont l'impérativité est, à l'occasion, sollicitée. Les ordres juridiques coexistent et interfèrent, aujourd'hui plus que jamais, grâce au développement des moyens de communication de toute nature (géographique, économique, juridique, linguistique, culturelle, sociale, électronique). La relation juridique de droit privé qui est née de l'interférence entre ces ordres juridiques sera considérée comme présentant un caractère international.

12. Les précisions apportées à la définition du droit international privé restent cependant insuffisantes pour comprendre la nature complexe de la matière. De ce fait la notion d'« internationalité » est nécessaire pour une clarification d'ensemble. La doctrine parle ainsi du degré d'internationalité[29] du droit international privé qui représente le paradoxe de la matière et qui consiste en ce qu'on parle d'un « droit international » tout en gardant dans la plupart du

---

[26] B. ANCEL, *Histoire du droit international privé, op.cit.*, p. 4.

[27] *Idem.*, p. 10.

[28] B. GOLMAN, « Frontières du droit et lex mercatoria », *APD* 1964, 9, p. 177-192 ; E. LOQUIN, « Où en est la lex ? Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle: à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI », *Mélanges en l'honneur de Philippe Khan*, Paris, Litec (Université de Bourgogne - CNRS. Travaux du Credimi), 2000, p. 23 ; « Les sources du droit mondialisé ». *Droit et Patrimoine*, n° 96, septembre 2001, p. 78; C. KESSEDJIAN, « Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 300, 2002, p. 79-308.

[29] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 34-44.

temps une approche étatique quant à la résolution du rapport juridique. Le paradoxe est dépassé lorsqu'on s'aperçoit que le terme international désigne seulement le caractère d'extranéité des relations impliquées[30], sans se référer à l'origine de ses règles ou aux qualités essentielles des parties, éléments pris en compte pour définir l'internationalité du droit international public. Une relation juridique aura donc un caractère international si au moins un des éléments qui la composent la relie à au moins un État autre que l'État du for et, dans le même temps, à au moins un système juridique autre que celui de la *lex fori*. La relation se distingue ainsi d'une relation juridique interne en ce qu'elle porte sur un rapport de droit affecté d'un élément d'extranéité[31].

13. Quels sont les éléments à prendre en compte pour pouvoir indiquer clairement si un certain rapport juridique appartient ou pas à cette matière ? Pour révéler l'existence d'un l'élément d'extranéité il existe plusieurs indicateurs tenant aux sujets (deux sujets de nationalités différentes), à la source-localisation (acte ou fait survenus même entre deux compatriotes mais sur un territoire étranger), à l'objet (acte ou fait survenus entre deux compatriotes et dans leur pays commun mais à propos d'un bien situé ailleurs) et au tribunal saisi de la relation juridique (un tribunal relevant d'un autre État)[32]. Une fois l'élément d'extranéité observé, celui-ci déclenchera, par la suite, l'applicabilité de la règle de conflit qui indiquera, à son tour, la loi applicable à la situation juridique, la *lex fori* ou une loi étrangère.

B. APPLICATION

14. Si, en général, la notion d'application désigne l'opération d'employer quelque chose à une fin déterminée ou de la mettre en pratique[33], en droit international privé l'application de la loi compétente présente une signification spécifique. En effet, l'application de la loi compétente en droit international privé (la *lex fori* ou la loi étrangère) suit une logique adaptée à la spécificité des méthodes employées ainsi qu'à l'objet spécifique à cette matière. Afin de rendre la solution à un problème juridique impliquant des éléments d'extranéité, il faut déterminer la loi applicable à travers les diverses méthodes de résolution de conflits de lois comme, par exemple, celle de la méthode conflictuelle (impliquant l'utilisation des règles de conflit ou des lois de police), ou, plus favorisée ces derniers temps, la méthode de la reconnaissance (dont le mécanisme emploie des règles de conflit à caractère substantiel).

---

[30] *Ibidem.*
[31] D. SOLENIK, *L'application de la loi étrangère par les juges du fond anglais et français*, *op. cit*, p. 39.
[32] B. ANCEL, *Histoire du droit international privé, op.cit.*, p. 15-20.
[33] http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/application/4707.

15. S'agissant de l'application de la loi étrangère, en particulier, sa spécificité est révélée à travers les divers types d'application ainsi que les étapes qui structurent le raisonnement du juge dans ce cas.

16. En ce qui concerne les types d'application d'une loi compétente, deux syntagmes sont utilisés pour décrire l'« application de la loi étrangère », à savoir, l'application « directe » et l'application « indirecte »[34], deux syntagmes qu'il faut nettement différencier afin d'évider toute confusion. Ainsi, la définition de l'application directe de la loi étrangère a été dégagée à l'issue des travaux de l'Institut de Droit International qui considère ce type d'application comme un processus qui consiste dans « l'inclusion de la norme (étrangère) dans le (deuxième) syllogisme judiciaire (le 1er syllogisme ayant désigné la loi étrangère à l'aide de la règle de conflit du for) » dans le but d'apporter une réponse au fond du litige soumis au juge. L'application indirecte de la loi étrangère indique, en revanche, selon P. Lalive[35], la prise en considération de cette loi, « le juge du for tenant compte, dans ce cas, de son contenu sans l'appliquer directement ». C'est un type d'application qui est le résultat du développement, après les années 2000, de la théorie de la reconnaissance, qui concurrence, à son tour, la méthode conflictuelle en matière de résolution de conflits de lois en droit international privé[36].

17. Les étapes d'application de la loi étrangère suivent, quant à elles, la logique spécifique de résolution d'un problème juridique de droit international privé. L'on qualifie, premièrement, le problème juridique, c'est-à-dire que l'on essaye de le classer dans une catégorie de droit international privé afin d'appliquer, par la suite, la règle de conflit correspondante et qui, à son tour, désigne la loi compétente, qui enfin, est, appliquée.

18. Dans le cadre de la méthode conflictuelle, l'utilisation de la règle de conflit n'est pas la seule à entraîner l'application de la loi étrangère. En effet, l'application des lois de police étrangères peut aussi s'imposer à l'occasion de la résolution d'un problème juridique de droit international privé. Cependant, même si l'application des lois de police étrangères ne suppose pas l'application de la règle de conflit du for car leur impérativité suffit pour entraîner leur application, leur détermination se fait en fonction de la qualification du législateur étranger. Or, c'est justement la règle de conflit du for qui oriente, dans un premier temps, le juge du for vers tel ou tel système juridique, qui va indiquer ainsi quelle qualification étrangère doit être prise en

---

[34] P. LALIVE, « L'application du droit public étranger », Rapport préliminaire et rapport définitif avec projets de-résolutions, *AIDI*, session de Wiesbaden, vol. 56, 1975, p. 171 et s., spéc. p. 174.

[35] *Ibidem.*

[36] Voy. en ce sens P. LAGARDE, « La méthode de la reconaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *Rec. cours La Haye*, vol. 371, 2014, p. 9-42.

compte. Il faut donc passer par la règle de conflit du for même si sa désignation n'est pas suivie. La règle de conflit est ainsi utilisée pour désigner, selon la différence formulée par H. Muir Watt entre les notions de « loi étrangère » et de « droit étranger »[37], le droit étranger et, une fois ce droit dégagé, on utilise la qualification du législateur étranger afin de déterminer les éventuelles lois de police applicables en tant que loi étrangère matérielle. Il existe ainsi, en règle générale, des étapes logiques à parcourir lors de l'application d'une loi étrangère, à savoir : l'étape de la qualification, l'étape de la mise en œuvre de la règle de conflit - appelée également étape de la désignation -, ainsi que l'étape de l'application concrète de cette loi. La qualification est une étape préliminaire à l'opération d'application de la loi étrangère mais est intimement liée à celle-ci et influence profondément les deux autres étapes - sa désignation et son application. En effet, lors de l'étape de la qualification le rapport juridique est intégré dans une catégorie juridique de droit international privé à laquelle correspond une règle de conflit. Si la qualification du rapport juridique change, la catégorie juridique, retenue en fonction de ce rapport juridique, change également et le résultat obtenu est différent. Come le droit international privé implique un rapport juridique partagé entre plusieurs systèmes juridiques qui peuvent présenter inévitablement des interprétations différentes du même rapport juridique, cela peut entraîner une certaine insécurité juridique et nuire aux attentes légitimes des parties qui ne prévoient pas toujours, au moment de la création du rapport juridique, le système juridique en fonction duquel ledit rapport sera qualifié. L'étude concernant l'application de la loi étrangère ne peut donc pas éliminer l'étape de la qualification. Les deux autres étapes concernant la désignation et l'application de la loi étrangère posent des problèmes par rapport à la nature spécifique de la règle de conflit. En effet, lorsque le juge « applique » une loi dans le cadre d'un litige de droit interne, il recherche la solution directement dans une règle matérielle. Lors de la résolution d'un conflit de lois, en revanche, l'utilisation de la règle de conflit entraîne une vision originale du sens de l'expression « application de la loi (étrangère) compétente ». C'est, en effet, l'arrêt du Reichsgericht datant de 1912[38] qui a révélé cette particularité de l'expression, en considérant que « dans tous les cas où le juge allemand doit appliquer la loi étrangère, il est tenu, en principe, de l'appliquer dans son ensemble, et d'appliquer, par conséquent, non seulement ses règles de fond, mais aussi ses règles de conflit ». L'arrêt justifiait la mise en œuvre d'un procédé de droit international privé connu sous le nom de renvoi et qui consiste dans l'utilisation de la règle de conflit étrangère, en cas de conflit négatif

[37] H. MUIR WATT, « Loi étrangère », *Rép. intern. D.* 2009 (actualisation 2014), nº 11.
[38] Arrêt du 13 février 1912, *Entscheidungen des Reischsgcrichts in Zivilsachen*, t. 78, p. 234 ; *Revue Darras*, 1913, p. 328.

entre les deux systèmes impliqués – du for et de la *lex causae* désignée par la règle de conflit du for -, pour désigner une loi compétente pour régir le problème juridique et éviter ainsi un déni de justice. Or, du point de vue de l'application de la loi étrangère, cette justification soulève deux questions, à savoir, si l'on peut considérer l'application les règles de conflit étrangères comme étant une application de la loi étrangère ; et si l'application des règles de conflit étrangères doit intervenir dans tous les cas.

19. Peut-on, en premier lieu, considérer qu'appliquer les règles de conflit étrangères représente une application de la loi étrangère ? La réponse qui s'impose est, dans ce cas, affirmative, en prenant en compte la théorie des conflits de lois révélant les deux étapes qui se succèdent logiquement[39], la désignation de la loi étrangère ainsi que sa mise en œuvre. L'application de la loi étrangère implique donc, à la fois, la désignation de la loi étrangère par la règle de conflit du for et sa mise en œuvre par l'autorité du for saisie. On peut donc observer que l'application de la loi étrangère est une expression bien plus complexe en droit international privé qu'en droit interne. Il s'agit, dans ce cas, d'une mise en œuvre d'une loi, tout comme en droit interne, mais aussi d'une désignation de cette même loi, du fait de l'utilisation de la règle de conflit, spécificité du droit international privé. Ces deux opérations indiquent, ainsi, l'application d'une loi étrangère et la question qui s'impose est celle de savoir s'il est nécessaire, pour pouvoir parler d'une telle application, de leur présence cumulative ou si chacune d'entre elles peut être considérée comme la reflétant. La réponse doit être nuancée dans le sens où normalement, la désignation par la règle de conflit du for et la mise en œuvre de la loi étrangère, représentent des étapes liées logiquement et reflétant un processus qui aboutit à l'application de cette loi. Cependant, le procédé du renvoi peut modifier cet enchaînement logique et imposer, en cas de conflit négatif, le passage par une règle de conflit étrangère qui peut designer, à son tour, la *lex fori* ou une autre loi étrangère comme compétentes. Or, l'application de la règle de conflit étrangère reste une véritable application de la loi étrangère car, dans ce cas il s'agit, comme le remarquait H. Muir Watt[40], de l'application du droit étranger, notion équivalente, à notre avis, à celle de loi étrangère pour des considérations de cohérence avec le système juridique de la *Common law* qui n'emploie que la notion de « *law* ».

20. En second lieu, l'application des règles de conflit étrangères doit-elle intervenir dans tous les cas ? La réponse à cette question doit tenir compte du fait que l'application de la règle de conflit étrangère intervient seulement dans un cas exceptionnel, à savoir lorsque la loi étrangère

[39] Définition donnée par P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit*, p. 178-194.
[40] H. MUIR WATT, « Loi étrangère », *Rép. intern. D.* 2009 (actualisation 2014), n° 11.

refuse la compétence accordée par la règle de conflit du for pour résoudre le problème juridique de droit international privé. Il est donc nécessaire d'observer que l'application de la loi étrangère est une opération complexe qui implique des étapes qui sont interconnectées logiquement et qui, même si elles ne sont pas toutes considérées comme faisant partie de l'application concrète de la loi étrangère, de par leur influence directe, doivent être intégrées dans ce processus concernant l'application de la loi étrangère, englobant donc toutes ces étapes.

C. LOI ETRANGERE

21. Consacrée par plusieurs instruments internationaux dans le domaine du droit international privé[41], l'expression de « loi étrangère » pose des problèmes quant à son sens précis et, de ce fait, son utilisation. Afin de comprendre cette expression dans toute sa complexité, il est nécessaire de l'appréhender en fonction de l'acte qu'elle désigne ainsi que de l'ordre juridique auquel elle appartient.

22. Lorsqu'il s'agit d'appréhender le sens de la loi étrangère en fonction de l'acte qu'elle désigne, la loi représente, en général, l'une des sources du droit objectif[42] et elle désigne toute règle générale et impersonnelle résultant d'une volonté collective et dotée de force contraignante[43]. L'exception à cette définition peut être trouvée dans le système juridique de l'Union européenne où l'on parle d'actes législatifs de l'Union alors même qu'ils ne sont pas le produit d'un Parlement national, au sens classique du terme, mais du Parlement de l'Union européenne[44]. Dans un sens plus étroit, la loi désigne les normes juridiques qui, d'une part, émanent du pouvoir législatif, par opposition aux décrets ou aux règlements qui émanent du pouvoir exécutif et des autorités administratives et, d'autre part, réglementent certaines matières

[41] Voy., par exemple, la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, le Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après Rome I), *JOCE* 2008 L 177, p. 6, ou le Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (ci-après Rome II), *JOCE* 2007 L 199, p. 40.

[42] Le droit objectif (le droit) représente l'ensemble des règles juridiques officielles ordonnant les rapports humains. Il est toujours normatif et sanctionne en dernier recours par la force publique. L'existence du droit se manifeste dans ses diverses sources formelles: lois, décrets, conventions, coutume, jurisprudence. Le droit subjectif (les droits) représente, en revanche, la prérogative, la faculté, l'activité permise à chaque individu par l'existence du droit objectif. Le droit subjectif est un intérêt individuel juridiquement protégé. Il peut concerner le rapport d'un individu aux choses (par exemple la propriété) ou aux autres (par exemple l'obligation).

[43] Il est ainsi possible de la distinguer de la morale (qui n'est pas sanctionnée par la contrainte) et de la coutume (qui résulte moins d'une volonté que d'une tradition commune).

[44] Le Parlement de l'Union européenne représente un organe de l'Union européenne élu au suffrage universel direct et doté de compétences législatives, budgétaires et de surveillance. Il est composé de 751 députés (membres du Parlement européen) et a été créé en 1952 en tant qu'Assemblée commune de la Communauté européenne du charbon et de l'acier et, depuis 1962, en tant que Parlement européen (premières élections directes en 1979).

énumérées dans la Constitution de la Ve République, comme les libertés publiques ou la détermination des crimes et des délits[45]. Lorsqu'il s'agit, en revanche, d'appréhender l'expression de loi étrangère en fonction de l'ordre juridique auquel elle appartient, la loi étrangère est représentée par la règle de droit émanant d'un ordre juridique autre que celui du for. En effet, dans le cadre de la théorie des conflits de lois, cette expression est considérée comme visant le droit positif d'un l'ordre juridique étranger désigné par la règle de conflit du for[46], impliquant ainsi deux ordres juridiques : l'ordre juridique du for et un ordre juridique autre, extérieur, étranger.

23. Que faut-il entendre par un ordre juridique étranger à l'ordre juridique du for ? La notion d'étranger implique, en règle générale, plusieurs sens[47], et peut désigner, d'un côté, quelqu'un qui n'a pas la nationalité de l'État où il se trouve, ou, d'un autre côté, quelqu'un qui ne fait pas partie d'un groupe, d'un milieu, d'un organisme, ou qui n'est pas considéré comme en faisant partie. En Afrique, la notion d'étranger va même plus loin car l'on considère comme étranger l'hôte de passage que l'on accueille chez soi pour quelques jours[48]. Cette notion d'étranger concentre donc, à travers la référence à un autre État, la notion de « territoire », mais, en même temps, elle se détache du territoire à travers la référence à un organisme, groupe, milieu, famille. La notion d'étranger se coordonne ainsi avec la notion d'ordre juridique qui n'impose pas forcement son rattachement à un certain territoire. La loi étrangère n'impose donc pas un territoire étranger, chose qui explique pourquoi la *lex mercatoria* peut est considérée comme un ordre juridique et, de ce fait, comme une loi étrangère. En tant qu'ordre juridique distinct de l'ordre étatique ou international, la *lex mercatoria* est constituée des pratiques contractuelles et d'usages réalisés par les opérateurs du commerce international dans leur ensemble, États y compris[49]. Son existence a été confirmé par la jurisprudence française dans l'affaire *Valenciana*[50] lorsqu'elle a admis que l'arbitre avait statué en droit, « en se référant à l'ensemble des règles du commerce international ».

---

[45] Voy., www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/justice/definition/application-lois/qu-est-ce-que-droit-loi.html.
[46] H. MUIR WATT, « Loi étrangère », *Rép. intern. D.* 2009 (actualisation 2014), 117. § 1.
[47] http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/étranger_étrangère/31536.
[48] http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/étranger_étrangère/31536.
[49] B. GOLMAN, « Frontières du droit et lex mercatoria », *APD*, 1964, 9, p. 177-192, voy. aussi du même auteur « Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria », *in Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt, 1993, p. 241 ; E. LOQUIN, « Où en est la lex ? Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI », *Mélanges en l'honneur de Ph. Khan*, Paris, Litec (Université de Bourgogne - CNRS. Travaux du Credimi), 2000, p. 23 ; « Les sources du droit mondialisé ». *Droit et Patrimoine*, n° 96, septembre 2001, p. 78; C. KESSEDJIAN, « Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 300, 2002, p. 79-308.
[50] Cass., 1re civ., 22 octobre 1991, *Valenciana*, n° pourvoi 89-21528.

24. Il existe cependant d'ordres juridiques qui, à travers leur complexité structurelle, posent des difficultés supplémentaires dans la compréhension de l'expression de « loi étrangère » comme, par exemple, l'Union européenne. L'Union européenne est, en effet, considérée comme ayant développé un « ordre juridique international authentiquement intégré »[51]. Cette union d'États a permis une intégration plus poussée par son droit et une conséquence directe de ce dynamisme est représentée par le développement de son droit en la matière du droit international privé.

25. L'Union Européenne présente, toutefois, une structure à un double niveau - national et communautaire - qui impose aux États à entretenir des relations différentes avec les autres États membres de la même communauté d'États de celles entretenues avec les États qui en sont étrangers. Or, ce type de relations a une influence sur la façon dont on appréhende la loi des autres États membres de la même communauté d'États de celle des États tiers à la communauté. Cette influence peut être observée, par exemple, par rapport au jeu de l'exception d'ordre public international qui est minimisé dans le contexte intra-communautaire. Les États membres de l'Union Européenne sont ainsi plus liés entre eux qu'avec les États étrangers, la loi étrangère appartenant à un État membre n'ayant pas le même statut aux yeux des praticiens des États membres qui l'appliquent. Ainsi, malgré l'intégration poussée que l'Union européenne a développée, la part de souveraineté limitée déléguée à l'Union permet à chaque État membre de conserver, dans les limites du respect des traités européens, un pouvoir souverain important sur son territoire impliquant celui de protéger et composer son ordre juridique et bien que l'unification du droit des États membres ainsi que la libre circulation des décisions judiciaires soient parmi les objectifs de l'Union Européenne, les traités prévoient l'exception d'ordre public international même dans les rapports internes à l'Union[52].

26. L'ordre juridique pose également des problèmes au niveau de la compréhension de la loi étrangère à travers son assimilation ou non à la notion de « système juridique ». Certains auteurs assimilent, en effet, l'ordre juridique à la notion de « système juridique », les deux notions étant utilisées d'une manière interchangeable[53]. D'autres auteurs[54] distinguent, en revanche, l'ordre juridique de la notion de « système juridique » qui est vu comme un ensemble complet de règles

---

[51] L. GRARD, Avant propos *in Les intégrations régionales, L'Union européenne*, L. GRARD (dir.), Ed. A. Pédone, 2015, p. 1.

[52] Le Règlement Bruxelles I bis n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale prévoit à l'article 45, alinéa 1. a) que « à la demande de toute partie intéressée, la reconnaissance d'une décision est refusée si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis. »

[53] S. ROMANO, *L'ordre juridique*, 2e éd., trad. française L. FRANÇOIS, P. GOTHOT, coll. « Philosophie du droit », Paris, Dalloz, 1975, p. 163.

[54] Voy. D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, LGDJ, 2008, 376 p.

détaché, le cas échéant, de tout support étatique. L'adoption de cette distinction a des implications sur la notion de « conflit de lois » car elle mène à ne plus voir le conflit de lois comme un conflit entre ordres juridiques, idée défendue par l'exclusivisme kelsnien, largement dominant aujourd'hui dans la pensée bilatéraliste française[55]. Le conflit de lois concernerait, en revanche, les seuls systèmes juridiques, de sorte que le conflit de lois serait un conflit entre systèmes juridiques, arbitré par des ordres juridiques au moyen de leurs règles de conflit de lois. De ce point de vue, la règle de conflit de lois de l'ordre juridique du for désignerait donc un système juridique, compris comme un ensemble complet et autonome de règles visant les statuts et actions des particuliers, et revêtant ou non un caractère étatique[56], idée à laquelle nous nous rattachons. Appliquée à la question de la compréhension du sens de la loi étrangère, cette vision entraîne la nuance que la règle de conflit du for désigne un système juridique appartenant à un ordre juridique étranger, dont on doit choisir une règle matérielle afin de résoudre un problème de droit international privé.

27. Un dernier aspect soulevé par la compréhension de l'expression de loi étrangère est représenté par le choix entre les termes loi étrangère et droit étranger. C'est H. Muir Watt qui précise qu'en droit international privé français on fait la différence entre les expressions loi étrangère et droit étranger[57]. En effet, la loi étrangère désigne seulement la règle de droit émanant d'un système juridique étatique autre que celui du for[58], alors que le droit étranger désigne le droit positif en vigueur dans l'ordre juridique compétent, que ses sources soient législatives, judiciaires, coutumières ou internationales. Il existe, cependant, des systèmes juridiques où l'expression loi étrangère est utilisée à la place de celle de droit étranger. Par exemple, le système de la *Common Law* utilise le terme « *law* » pour designer les deux sens, de règle de droit émanant d'un ordre juridique étatique autre que celui du for et de droit positif en vigueur dans l'ordre juridique compétent. Le terme « *law* » peut être ainsi compris comme étant « *the system of rules which a particular country or community recognizes as regulating the actions of its members and which it may enforce by the imposition of the penalties* » mais aussi « *an individual rule as part of a system of law* »[59]. De plus, dans ce système juridique la loi étrangère vise le droit positif d'un ordre

[55] D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois, op. cit.*, p. 20.
[56] D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois, op. cit.,* p. 26.
[57] H. MUIR WATT, « Loi étrangère », *Rép. intern. D.* 2009, nº 11.
[58] *Ibidem.*
[59] En trad. de l'anglais, « la loi désigne le système de règles qu'un État ou une communauté reconnaît comme règler l'activité de ses membres, un système que l'État peut executer en appliquant des sanctions » mais aussi « une règle individuelle dans le cadre d'un système de droit », voy. www.oxforddictionaries.com/definition/ english/law ; P. M.

juridique (y compris la règle matérielle) qui est applicable sur un territoire autre que celui sur lequel le tribunal exerce sa compétence[60] (en fonction de la projection que se fait le juge du for). Cette définition indique comme loi étrangère non seulement la loi appartenant à un ordre juridique étranger, mais aussi la loi qui s'applique sur le territoire d'un démembrement de l'État dont le for fait partie. Cela veut dire que les tribunaux anglais considéreront comme étrangère, de la même façon que la loi japonaise ou brésilienne, la loi de l'Ecosse, de l'Irlande de Nord, ou celle appartenant à l'un des États membres du *Commonwealth* ou de l'Union européenne. De même, en droit international privé roumain, le sens que la doctrine donne à la loi étrangère implique les deux sens de règle de droit émanant d'un système juridique étatique autre que celui du for et de droit positif en vigueur dans l'ordre juridique compétent[61].

28. Afin d'avoir une cohérence avec les systèmes juridiques qui ne font pas la différence entre la loi étrangère et le droit étranger, il est donc nécessaire d'utiliser l'expression de loi étrangère comme englobant les deux sens révélés par H. Muir Watt.

D. CONFLIT DE LOIS

29. Lorsqu'une situation juridique présente plusieurs rattachements possibles avec des ordres juridiques distincts, se pose la question de choisir, parmi une multitude des lois ayant vocation à être appliquées, la loi qui sera effectivement appliquée par le juge du for. L'enjeu est très important car en fonction de la loi choisie, la solution peut être différente. Par exemple, lorsque le juge du for est saisi de la question de déterminer la capacité d'une personne résidant à l'étranger, il peut avoir un doute quant à loi à appliquer : devrait-il appliquer, dans ce cas, la loi de la nationalité de cette personne ou celle du territoire sur lequel elle réside ? Le choix n'est pas facile à réaliser et tout dépend de la théorie conflictuelle de droit international privé en vogue au moment et au lieu de la saisine du juge du for. Il existe ainsi plusieurs théories qui tentent d'apporter une solution à ce type de problème de droit international privé, certaines désuètes, d'autres qui ont évolué gardant ainsi leur influence en la matière.

30. Dans la catégorie des théories désuètes on retrouve celle considérant le conflit de lois en tant que conflit de souverainetés. Dans cette perspective, chaque État est souverain pour

---

NORTH, J. J. FAWCETT, J. CARRUTHERS, *« Cheshire and North's Private International Law »*, 13e éd., Oxford University, 2004, p. 9.

[60] P. M. NORTH, J. J. FAWCETT, J. CARRUTHERS, *« Cheshire and North's… », op. cit.*, p. 10.

[61] D. A. SITARU, *Drept International Privat*, éd. Lumina Lex, 2000, p. 49 ; I. CHELARU, G. GHEORGHIU, *Drept International Privat*, éd. C.H.Beck, 2007, p 71 ; O. UNGUREANU, C. Jugastru, *Manual de drept international privat*, éd. Rosetti, 2001, p. 108 ; V. BABARA, *Manual drept international privat*, 4e éd., Chisinau, 2013, p. 157 ; I. MACOVEI, *Drept international privat*, éd. Ars Longa, 2001, p. 116.

déterminer le droit applicable à ses ressortissants. Le droit étatique seul est ainsi considéré comme juridiquement applicable et l'application d'une loi étrangère est inconcevable car ce serait renoncer à sa souveraineté. Cependant la diversité des droits étatiques ne peut pas être évitée et des théories ont été conçues afin de permettre une coexistence pacifique des souverainetés.

31. La théorie universaliste considère, ainsi, que la solution au conflit de lois doit comporter une caractéristique internationaliste, étant, dans l'idéal, la même pour tous. Il existe diverses possibilités pour atteindre cet objectif comme c'est le cas, par exemple, de l'existence d'un droit des gens fondé sur un principe de nationalité aux effets extraterritoriaux[62] ou celle d'une règle de conflit bilatérale, abstraite et neutre, reconnue comme étant le joyau intellectuel du droit international privé[63]. La théorie particulariste propose, en revanche, une solution des conflit de lois propre à chaque État[64] an avançant l'idée que le droit international privé positif s'est affirmé à partir des droits nationaux. C'est le cas en Angleterre[65] mais aussi en Europe continentale où les premières règles de droit international privé ont été adoptées lors du mouvement de codification[66]. La théorie accepte diverses techniques qui avantagent le droit du for lors de la solution d'un conflit de lois. L'on peut, par exemple, appliquer dans toute sa rigueur le principe de territorialité en adoptant des lois de police ou d'application immédiate[67] qui permettent de

[62] La nationalité est, pour Mancini, associée à un statut personnel au sens large du terme : « Le droit privé doit accompagner la personne même en dehors de sa patrie « , cité par P. MAYER, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits,* vol. 2, 1985. 132.

[63] Explicitons le propos à partir d'un exemple classique de règle de conflit : « La loi applicable aux immeubles est déterminée par le lieu de situation du bien ». Le caractère *bilatéral* provient de ce que la règle peut aussi bien déterminer la loi du juge saisi (*lex fori*) que la loi étrangère, le caractère *abstrait* résulte de l'absence de prise en compte du contenu matériel (substantiel) de la règle, le caractère *neutre* provient du fait que le juge peut appliquer la règle sans évaluer comparativement les résultats concrets de l'application de chacune des règles envisagées, voy.. par exemple sur ces points, P. MAYER, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *loc cit.*, p. 129-130, qui se montre globalement favorable à une défense du procédé. KELSEN a intégré la règle de conflit dans la conception moniste de l'ordre interne et international en accord avec sa théorie de la hiérarchie des normes, voy. J.-L. HALPERIN, « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIXe siècle », *Droits*, vol. 33, 2001. 41.

[64] Le particularisme a pu être défini comme « l'attitude consistant à reconnaître que les sources des règles de droit international privé se trouve dans chaque État, et non dans l'ordre international » P. MAYER, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *loc cit.*, p. 133. Cette attitude conduit le plus souvent à favoriser le droit national au détriment du droit étranger.

[65] F. HARRISON, « Le droit international privé ou le conflit de lois au point de vue historique, particulièrement en Angleterre », *JDI* 1880, IX–X, p. 419.

[66] Voy. sur ce point J.-L. HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, PUF, 1999, p. 27 et s.

[67] Ph. FRANCESKAKIS, « Quelques précisions sur « les lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles des conflits de lois », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1966, p. 1. Les conventions internationales statuant sur les règles de conflit y font parfois référence, comme, par exemple, l'art. 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

supprimer un éventuel conflit. De même, l'on peut également évincer l'application de la loi étrangère en invoquant l'exception d'ordre public[68] ou de fraude à la loi.

32. La théorie de la hiérarchie des normes est également utilisée pour réduire la marge d'appréciation offerte par le recours aux méthodes classiques du droit international privé. De ce point de vue, des normes d'origine européenne[69] et internationale[70] interviennent de plus en plus dans la résolution des conflits de lois. Il s'agit d'un processus qui vise la simplification des rapports juridiques internationaux et qui se fait à deux niveaux, des règles de conflit et des règles matérielles. Lorsqu'il s'agit des règles de conflit, ce processus vise leur uniformisation, voire leur unification[71], sans que le conflit de lois disparaisse. En revanche, l'uniformisation et surtout l'unification des règles matérielles[72], qui permettent de trancher directement le conflit en édictant une norme destinée à régir des rapports privés internationaux[73], provoquent l'unité de solutions des droits nationaux en ce qui concerne ces rapports. Or, cela provoque une disparition logique des conflits de lois. Par exemple, dans le contexte des phénomènes de mondialisation, l'influence normative des États en matière commerciale diminue petit à petit. De ce fait on observe l'existence d'accords interétatiques, tels que ceux ayant donné naissance à l'Organisation mondiale du commerce mais aussi des pratiques contractuelles et d'usages des opérateurs du commerce international, dans leur ensemble, qui sont à l'origine de la *lex mercatoria*[74]. De même, les projets d'uniformisation et d'unification de l'Union européenne pour rapprocher les droits des États membres, en adoptant des règles de conflit de lois communes dans l'attente d'une

---

[68] R. LIBCHABER, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX siècle*, T. REVET (dir.), Paris, Dalloz, 1996, p. 65. Le procédé permet par exemple de s'opposer en France à la production de certains effets juridiques liés à la polygamie ou à la répudiation d'une femme mariée. La conception française de l'ordre public international tend à prendre appui sur les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme, parfois même pour écarter l'application d'autres conventions bilatérales, Cass., 1re civ., 17 février 2004, n° pourvoi 02-11618, n° 47 : *D.* 2005, p. 1266, obs. H. CHANTELOUP (répudiation unilatérale du mari et principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage). A l'inverse, l'existence d'une convention internationale peut faire échec à l'invocation de l'ordre public français: Cass., Ass. plén., 14 oct. 1977, n° pourvoi 75-40119 : *D.* 1978, p. 417, note P. LAGARDE.

[69] Voy. de manière générale, M. WILDERSPIN, X. LEWIS, « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des États membres », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2002, p.1.

[70] Il en résulte des conséquences sur le plan procédural, la Cour de cassation ayant ainsi estimé que la règle de conflit devait être appliquée d'office par le juge français lorsqu'elle résultait d'un traité ratifié par la France, Cass., 1re civ., 4 déc. 1990, *Coveco*, n° pourvoi 89-14285 : *GAJDIP*, n° 71-73.

[71] Depuis 1951, la Conférénce de La Haye de droit international privé a élaboré plus de trente conventions. L'accroissement des sources europeénnes du droit international privé peut être également mentionné.

[72] Si le procédé est peu utilisé au niveau interne, il est plus efficace lorsqu'il s'agit de poser des règles communes à plusieurs États, le plus souvent par voie d'un traité ou d'un accord international. En ce sens voy. l'exemple bien connu de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale des marchandises.

[73] M. SIMON-DEPITRE, « Les règles matérielles dans le conflit de lois », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1974, p. 591.

[74] B. GOLDMAN, « Frontières du droit et lex mercatoria », *APD*, 1964, vol. 9, p. 177; C. KESSEDJIAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 300, 2002, p. 163 et s.

unification matérielle des droits internationaux privés nationaux, vident le problème de sa substance ou, du moins, pourraient le vider de sa substance.

33. L'on observe, à travers ces différentes théories, un mouvement en dents de scie du droit international privé, entre une approche étatique et une autre internationale concernant la solution du conflit de lois.

E. REGLE DE CONFLIT

34. A la différence des règles matérielles, la règle de conflit désigne une règle (bilatérale ou unilatérale) tendant à régler les conflits internationaux de lois de droit privé[75]. Cette définition de la règle de conflit traduit ses deux fonctions, tenant, d'un côté, à la désignation de la loi sujette à régir le problème juridique de droit international privé, et, d'un autre côté, à l'interrogation sur la pertinence de la règle de droit matériel qui sera appliquée.

35. On parle, traditionnellement, de la fonction de répartition de la règle de conflit qui choisit parmi les lois sujettes à s'appliquer à la situation juridique de droit international privé, et indépendamment de leur contenu et donc du résultat matériel de son opération, celle qu'elle considère la plus pertinente[76]. Cette fonction a longtemps été considérée comme la seule caractérisant la règle de conflit, ce qui a mené à une confusion entre elle est la définition de la règle. Cependant, cette opinion a fini par être critiquée dans la doctrine[77] qui a souligné l'idée que la méthode savignienne ne se limite pas à la détermination de la loi applicable à une relation internationale de droit privé. Une deuxième fonction a ainsi été avancée et consiste dans le fait que la règle de conflit accepte aussi l'interrogation sur la pertinence de la règle de droit matériel qui sera appliquée, sans bien sûr, remettre en cause la désignation de l'ordre juridique au sein duquel sera puisée la loi applicable. En effet, la règle de conflit n'est pas en mesure de garantir l'application de la loi indiquée dans son texte pour résoudre la situation juridique de droit international privé. Le manque de garantie s'impose autant pour l'application de la loi étrangère que pour l'application de la *lex fori*. Ainsi, une fois que la règle de conflit est appliquée et que la loi étrangère est désignée, après l'analyse de la règle matérielle étrangère, l'autorité judiciaire ou

---

[75] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op.cit.*, p. 112.

[76] B. AUDIT , « Le droit international privé à la fin du XXe siècle: progrès ou recul », *RIDC*, 1998, p. 421, spéc. p. 423.

[77] E. FOHRER - DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, LGDG, 2008, p. 1 ; B. AUDIT , « Le droit international privé à la fin du XXe siècle: progrès ou recul », *RIDC*, 1998, p. 421, spéc. p. 423; « La loi et les conflits de souveraineté », *RJC*, 1984, p. 86 ; « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit de lois (sur la « crise » des conflits de lois) », *Rec. cours La Haye*, vol. 111, 1984, p. 231 ; « Flux et reflux de la crise des conflits de lois », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1985, p. 59 ; « Le droit international privé en quête d'universalité : cours général », *Rec. cours La Haye*, vol. 305, 2001, p. 1- 487.

non judiciaire du for peut décider de ne pas lui donner cours en utilisant, par exemple, l'exception d'ordre public ou de fraude à la loi. De même, cela peut également arriver lorsque la *lex fori* est donnée comme applicable par la règle de conflit, si, par exemple, l'autorité du for conclu en une équivalence entre la loi applicable et celle qu'elle appliquera effectivement dans le cas concret en employant la méthode de la substitution.

36. La règle de conflit représente, ainsi, la règle spécifique qui désigne la loi applicable à un problème juridique de droit international privé, en acceptant, en même temps, l'examen de la pertinence de la règle de droit matériel qui sera appliquée. La notion de « règle de conflit » comprend les règles de conflit de lois bilatérales[78], alternatives à finalité matérielle[79] ou qui retiennent un critère de rattachement plus souple[80], ainsi que les règles de conflit unilatérales.

37. Du point de vue de l'application de la loi étrangère, un problème particulier se pose par rapport aux règles de conflit unilatérales qui désignent, en règle générale, un seul ordre juridique pour régir la situation juridique en cause. En effet, le système juridique de qui émane la règle de conflit unilatérale se contente d'y fixer le champ d'application dans l'espace de son propre ordre juridique. Or, cela pourrait être interprété dans le sens où la règle de conflit unilatérale ne peut pas être en mesure de provoquer l'application d'une loi étrangère car elle ne se préoccupe que du champ d'application de la *lex fori*. Cette réflexion ne reflète pas, cependant, la réalité. Si elles sont très nombreuses en matière de conflits de juridiction, du fait de la transposition des règles internes au niveau international[81], en matière de conflit de lois les règles de conflit unilatérales restent exceptionnelles[82]. On peut, cependant, observer dans cette matière une utilisation des

---

[78] Une regie de conflit est dite bilatérale lorsqu'elle ne désigne pas une loi nationale en particulier, mais toute loi nationale dès lors qu elle correspond au critère de rattachement fixé. Ainsi, la règle de conflit selon laquelle les délits sont soumis à la loi du lieu de leur survenance (Cass., 1re civ., 25 mai 1948, *Lautour : Rev. crit. dr. internat. privé*, 1949, p. 89, note H. BATIFFOL ; *S.* 1949. 1. 21, note J.-P. NIBOYET, *JCP* 1948. II. 4532, note M. VASSEUR) est bilatérale.

[79] Sur les règles de rattachement alternatives à finalité matérielle voy. Fr. SOIRAT, *Les règles de rattachement à caractère substantiel,* Paris I, 1995. Pour prendre en compte le résultat de la désignation, se sont développées avec le temps des règles de conflit bilatérales à finalité matérielle. En matière d'obligations alimentaires prévue par l'article 4 du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 prévoit ainsi que la loi applicable est la loi de la résidence habituelle du créancier, mais si cette loi ne permet pas à celui-ci d'obtenir des aliments, on appliquera dans certains cas la *lex fori*. Et si cette loi ne permet toujours pas d'obtenir des aliments, on appliquera la loi nationale commune des deux parties. L'objectif évident est de ne pas laisser le créancier sans subsides.

[80] L'article 4. 3 du Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles prévoit que la loi normalement applicable au contrat, à défaut de choix par les parties, peut être écartée « s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ». L'article 4. 3 du Règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles comporte une disposition similaire qui renvoie aux liens les plus étroits. Pour limiter le jeu de ces dispositions il est prévu que le lien doit être manifestement plus étroit.

[81] Par exemple l'article 42 du Code de procédure civile français qui prévoit que : « les juridictions françaises sont compétentes lorsque le défendeur est domicilié en France « .

[82] C'est à l'occasion de la réforme de 1975 réalisée en France en droit de la famille que la règle de conflit unilatérale de l'article 310 a été introduite dans ce système juridique ; voy., dans ce sens, Cass. 1re civ., 17 janv. 1980, *JDI* 1981,

règles de conflit unilatérales qui peut, parfois, permettre l'application de la loi étrangère. En effet, même si certaines règles de conflit unilatérales ne laissent aucune possibilité à l'application de la loi étrangère[83], d'autres règles de conflit unilatérales peuvent offrir, en revanche, une réelle l'occasion pour qu'une telle loi soit appliquée[84]. Cela est possible lorsque, par exemple, le droit international privé du for adopte une approche bilatéraliste qui accompagne la mise en œuvre de ses règles unilatérales et qui, combinée à l'interprétation judiciaire, peut provoquer un phénomène de bitéralisation de la règle unilatérale. Une fois que la règle de conflit unilatérale est rendue bilatérale cela entraîne, comme conséquence, l'application de la loi étrangère, lorsque le rapport juridique de droit international privé présente des liens avec un système juridique étranger. L'exemple concret qui peut être donnée dans ce cas est celui de l'article 3 du Code civil français qui prévoit que « 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 étrangers ». Par sa forme, il s'agit d'une règle unilatérale car elle ne désigne que le système juridique français ; elle a, cependant, été bilatéralisée par la jurisprudence afin d'obtenir la règle de conflit suivante : les immeubles sont soumis à la loi de leur lieu de situation et les personnes à leur loi nationale[85].

38. L'approche unilatéraliste ne rejette pas non plus la possibilité de l'application d'une loi étrangère mais son utilisation implique la condition de l'existence d'une loi étrangère qui aspire à être appliquée[86]. En effet, l'approche unilatéraliste impose au droit international privé du for de

---

p. 75, note M. SIMON-DEPITRE, *JCP* 1982. II. 19717, note P. COURBE ; 11 janv. 1983, *JCP* 1983. II. 19939, concl. GULPHE ; 21 janv. 1992, *Defrénois* 1992, p. 1053, obs. J. MASSIP, *Rev. crit. dr.* internat. privé 1993, p. 747 : « C'est au jour de l'introduction de l'instance qu'il convient de se placer pour rechercher si les époux avaient, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français, afin qu'il soit fait application de la loi française conformément à l'article 310 du Code civil ». L'autorité de cette règle s'étendait également aux demandes soumises au droit conventionnel depuis l'arrêt du 31 janv. 1984 de la première chambre civile de la Cour de cassation, Cass. 1re civ., 31 janv. 1984, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1986, p. 689, note J.-P. LABORDE, *JCP* 1984. II. 20224, concl. GULPHE, concernant la Convention franco-yougoslave du 18 mai 1971, art. 8 ; Cass. 1re civ., 6 juin 1990, *Bull. civ.* I, no 139, concernant la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, art. 9. L'article 310 est désormais remplacé par les règles prévues par le règlement (UE) n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, voy., en spécial, les articles 5 et 8 dudit règlement.

[83] C'est le cas, par exemple, de l'article 311-15 du C. civ. français qui prévoit que « 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 découlent selon la loi française ».

[84] Voy. par exemple, chp. 3, section 6, de la Loi suédoise (1904: 26) concernant les mariages internationaux et les questions d'autorité parentale. Ainsi, les questions d'autorité parentale soulevées dans une procédure de divorce suédois et concernant des enfants ayant leur résidence sur le territoire suédois, sont régies par le droit suédois. Cette règle, en tant que telle, ne fournit pas une réponse à la question de la loi applicable dans d'autres situations de ce type si l'enfant ne réside pas en Suède.

[85] CA Paris, 1re et 2ème ch. réunies, 13 juin 1814, *Busqueta*, *GAJDIP* n° 12.

[86] Voy. G.A.L. DROZ, *Rec. cours La Haye*, vol. 229, 1991, p. 31 ; F. RIGAUX, *Rec. cours La Haye*, vol. 213, 1989, p. 128-136 ; E. VITTA, *Rec. cours La Haye*, vol. 162, 1979, p. 159.

délimiter seulement le champ d'application de la *lex fori* et de s'abstenir de décider quel système juridique devrait régir les rapports juridiques relevant au-delà de cette portée. Ce dernier aspects devrait, en effet, dépendre de l'existence d'un système juridique étranger revendiquant l'application de sa propre loi. Il est évident que ce type de raisonnement risque d'entraîner des complications lorsque la compétence de régir le rapport juridique de droit international privé est proposée par plus d'un seul système juridique étranger (conflit positif) ou lorsqu'il n'y a pas de système juridique étranger proposant l'application de sa règle juridique(conflit négatif)[87].

39. Une description simple mais fondamentalement de la différence entre l'approche unilatéraliste et l'approche bilatéraliste est celle que la première raisonne à partir de la règle juridique et de ses objectifs, alors que le raisonnement de la dernière prend en compte la relation juridique et sa nature[88].

40. Le droit international privé de la plupart des systèmes juridiques se compose, de nos jours, de deux types de règles de conflit : bilatérales et unilatérales, mais des règles « hybrides », comme dans le cas de l'article 3 du Code civil, peuvent être également trouvées[89]. Il faut cependant remarquer que la nature bilatérale d'une règle de conflit ne garantit pas le même traitement de la loi étrangère en rapport avec la *lex fori*, même si l'égalité de traitement est souhaitable dans ce cas. En effet, une règle de conflit bilatérale peut imposer expressément plus de conditions pour l'application de la loi étrangère que pour l'application de la *lex fori*. La règle de conflit bilatérale peut également discriminer la loi étrangère d'une manière moins visible lorsqu'elle exclut, par exemple, la compétence de la loi étrangère pour régir des questions qu'elle considère comme présentant une nature procédurale et étant, de ce fait, automatiquement régies par la *lex fori*[90]. De même, en fonction de leur source, les règles de conflit peuvent présenter une origine conventionnelle, législative, jurisprudentielle ou coutumière[91], qui sera prise en compte lors de notre démonstration. La question du renvoi ou celle des questions préalables imposent également l'étude des règles de conflit étrangères, une attention particulière leur étant ainsi dédiée.

---

[87] M BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 75.
[88] Voy. Y. LOUSSOUARN, *Rec. cours La Haye*, vol. 139, 1973, p. 376-379 ; F. VISCHER, *Rec. cours La Haye*, vol. 232 (1992), p. 32-43.
[89] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 76.
[90] C.M.V. Clarkson, J. Hill, *The Conflict of Laws*, p. 466, p. 485.
[91] A. PONSARD, « L'office du juge et l'application du droit étranger », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1990, p. 611-615.

F. REGIME PROCEDURAL DE LA REGLE DE CONFLIT

41. Le régime procédural de la règle de conflit désigne l'ensemble des règles de procédure qui déterminent la condition et le régime juridique de la règle de conflit dans un système de droit. Il est important d'en déceler les aspects dans toute leur complexité car il influence, à côté des considérations pragmatiques d'économie procédurale, le régime procédural de la loi étrangère. En effet, on avait déjà remarqué la trajectoire en « dents de scie »[92] de la jurisprudence française, qui a longtemps hésité entre le renforcement de l'autorité de la règle de conflit et des considérations d'économie procédurale. Même si, afin de mettre en évidence les règles de procédure qui forment le régime procédural de la règle de conflit, nous prendrons en compte la perspective contentieuse de celle-ci, c'est-à-dire lorsqu'elle est appelée à être mise en œuvre devant un juge à l'occasion d'un litige[93], nous considérons que les conclusions tirées de cette analyse peuvent être prolongées également au niveau non contentieux de l'application de la loi étrangère, c'est-à-dire lors de son application par les autorités non judiciaires comme, par exemple, l'officier d'état civil[94] ou le notaire[95]. Ainsi, la règle de conflit ne possède pas une force obligatoire constante devant le juge, son application étant soumise, en principe, à l'invocation par les parties. Il est donc possible de parler du principe facultatif[96] du règlement du conflit de lois. On doit cependant constater également la force obligatoire de la règle de conflit dans certains cas, conception fondée sur la mise en jeu dans le contentieux des droits disponibles ou indisponibles.

42. Lorsque le contentieux implique de droits indisponibles, le juge doit trancher d'office le conflit de lois et déterminer lui-même le contenu de la loi applicable, le cas échéant avec le concours des parties. En revanche, lorsque le contentieux implique des droits disponibles, le conflit de lois relève de la responsabilité des parties. Ainsi, l'existence d'un conflit de lois impliquant des droits disponibles a été subordonnée, du point de vue de l'office du juge, à la

---

[92] Formule initialement employée par P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, « Intervention », *in Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1948-1952, p. 35.

[93] E. FOHRER - DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, *op. cit.*, p. 12.

[94] Ces officiers publics sont confrontés à l'application de la loi étrangère par exemple, lors de la célébration d'un mariage ou dans le cadre de leur activité d'enregistrement des évènements d'état civil, voy. S. CORNELOUP, « L'application de la loi étrangère », *RIDC*, 2-2014, p. 387.

[95] Le notaire constitue un for et peut être assimilé à un juge dans sa fonction d'officier public, voy. G.A.L. DROZ, « L'activité notariale internationale», *Rec. cours La Haye*, vol. 280, 1999, p. 48.

[96] L'arrêt *Bisbal* (Cass., 1re civ., 12 mai 1959 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 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 ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 2006, 5e éd., 2006, Dalloz, no 32.), qui imposait que la règle de conflit soit facultative et l'office du juge allégé, dès lors que celle-ci désignait une loi étrangère, a influencé longtemps la jspursprudence française ; Th.M. DE BOER, « Facultative Choice of Law: the procedural status of choice-of-law rules and foreign law », *Rec. cours La Haye*, vol. 257, 1996, p. 245.

preuve de la différence, par la partie y ayant intérêt, du contenu divergent de la *lex fori* et de la loi étrangère applicable[97]. L'on observe cependant une politique de renforcement de l'office du juge et d'effacement de la différence de régime entre les deux catégories de contentieux[98].

G. REGIME PROCEDURAL DE LA LOI ETRANGERE

43. Le régime procédural de la loi étrangère rassemble l'ensemble des questions que sont celles du caractère obligatoire de la règle de conflit pour le juge et de son autorité pour les parties, de la charge de la preuve de sa substance, et du contrôle de l'interprétation de la loi étrangère par la Cour de cassation. L'extériorité de la loi étrangère par rapport au juge du for explique, en grande partie, la « liberté dont la jurisprudence dispose pour fixer le statut procédural du droit étranger »[99], et donne naissance à des débats passionnés en doctrine et des affrontements très forts entre celle-ci et la jurisprudence, les constructions théoriques se heurtant aux considérations pratiques qui semblent, le plus souvent, guider la Cour de cassation.

II. CHAMP DE L'ETUDE (DELIMITATIONS)

44. L'application de la loi étrangère impose certaines délimitations par rapport à certains aspects de droit international privé qui peuvent sembler en faire partie mais qui, à cause de leur spécificité, n'entrent pas dans notre champ d'études.

45. Un premier aspect qui n'entre pas dans le champ d'étude de l'application de la loi étrangère est représenté par la prise en considération de la loi étrangère. En effet, cette technique juridique n'est pas un moyen détourné d'appliquer une règle étrangère incompétente au regard de la règle de conflit du for, comme on l'a affirmé en doctrine[100], car elle est seulement utilisée pour prolonger l'influence de la loi étrangère même lorsque celle-ci n'est pas appliquée, afin de rendre une solution en concordance avec les attentes des parties. De ce point de vue, la norme prise en considération n'apporte jamais directement la réponse à la question litigieuse, elle informe seulement le juge sur certains traits particuliers de la situation internationale dont il est saisi. Cette technique consiste donc pour le juge à simplement consulter une règle sans pour autant

[97] Cass., com., 16 nov. 1993, *Sté Amerford*, n° pourvoi 91-16116 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1994, p. 332, note P. LAGARDE, *JDI* 1994, p. 98, note J.-B. DONNIER, *GAJDIP*, n° 82, reprenant en substance la solution déjà consacrée par Cass., 1re civ., 5 nov. 1991, *Masson*, n° pourvoi 90-40.163.

[98] Depuis la solution concertée de Cass., 1re civ., 28 juin 2005, *Aubin*, préc. et Cass., com. 28 juin 2005, Sté *Itraco*, *préc.*

[99] M.-L. NIBOYET-HOEGY, G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé, op. cit.*, p. 405.

[100] Voy. M. BAUER, *Le droit public étranger devant le juge du for*, Paris II, 1977, n° 54 et s., l'auteur a dénoncé les cas de « fausse prise en consid » par opposition à ceux qu'il estime « vrais ».

l'appliquer[101] ; il peut choisir de l'employer postérieurement au choix de la loi applicable mais préalablement à l'application de la règle matérielle, voire au moment même de son application[102]. On peut choisir de « prendre en considération » une loi étrangère pour diverses raisons mais le but pour le juge reste toujours le même et consiste dans le fait d'obtenir un certain nombre d'informations se retrouvant dans le contenu de ladite loi sur la situation dont il est saisi, ce qui lui permet ensuite d'utiliser avec plus d'aisance la règle matérielle applicable. Ces divers motifs de prise en considération d'une loi étrangère peuvent être organisés en trois types de situations[103].

46. Dans une première situation, la règle prise en considération peut être une condition de la mise en œuvre de la *lex fori*. On se situe au stade préalable à la mise en œuvre du droit matériel du for et la situation peut être schématisée en la forme suivante : « si le droit étranger (X) a tel contenu, alors la règle de décision (Y) du for s'applique »[104]. Par exemple, la loi du 5 juillet 1844, abrogée par un loi du 2 janvier 1968, prévoyait dans son article 29 que la durée d'un brevet d'invention déposé à l'étranger dépendait du délai de protection prévu par la loi étrangère.

47. De même, la règle prise en considération peut apporter au juge des renseignements nécessaires à l'application de la *lex causae* à un stade préalable à la constatation des faits. La situation peut être schématisée en la forme : « puisque l'on peut déduire tel renseignement du droit étranger, de son existence ou de ce qu'il énonce, alors telle décision de la *lex causae* peut s'appliquer ». Un exemple dans ce sens est fourni par l'affaire *Seyah*[105]. En l'espèce il s'agissait d'une famille française victime d'un accident de circulation en Espagne. Les victimes de l'accident avaient agi en justice contre leur assureur, la Compagnie d'Assurance Rhin et Moselle, se fondant sur une clause du contrat qui prévoyait une garantie « protection juridique » qui n'avait pas été respectée, la compagnie d'assurance ayant omis d'agir en réparation contre le responsable de l'accident devant les tribunaux espagnols. De ce fait, l'action était désormais forclose car le délai pour agir était d'un an selon le droit espagnol. Les victimes demandaient donc réparation de ce nouveau préjudice devant les juridictions françaises en invoquant une perte de chance d'obtenir une réparation du dommage en Espagne en raison du non-respect, par l'assureur, de son obligation contractuelle de garantie. Le juge français était ainsi saisi d'une action en responsabilité

---

[101] *Contra*, N. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Paris I, 2006, n° 675 à 682, p. 382 à 386.

[102] P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 240, Paris, LGDJ, 1994, n° 250 et 251.

[103] P. KINSCH les avait déjà présenties mais avait renoncé à les systématiser, voy. *Le fait du prince étranger, op. cit.*, n° 250.

[104] E. FOHRER - DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères, op. cit.*, p. 12.

[105] Cass., 1re civ., 19 oct 1999, *SA Cie d'Assurance Rhin et Moselle*, n° pourvoi 97-14759 : *JCP* 2000, II, p. 10243, note H. MUIR WATT ; *JDI* 2000, p. 751, note H. PEROZ.

contractuelle et était, dans ce cas, applicable la loi française, à laquelle était soumis le contrat d'assurance. Cependant, pour vérifier si les victimes avaient véritablement subi un préjudice en raison de la perte de chance d'obtenir réparation de leur dommage en Espagne, le juge français devait consulter le droit espagnol, chose que les juges du fond se sont abstenus de faire. La décision a été, par la suite, cassée par la Cour de cassation car si le droit français fournissait la règle propre à la responsabilité de l'assureur, il était inapte à indiquer les chances des victimes d'obtenir des dédommagements en Espagne, information présente seulement dans le droit espagnol.

48. Enfin, la règle prise en considération peut s'imposer au juge, lors de la mise en œuvre du droit matériel applicable, en s'immisçant dans une notion à contenu variable appartenant à ce droit. Dans ce cas le choix a été fait en faveur d'une autre loi mais l'intervention de la règle prise en considération s'impose par le « non choix »[106] parce que le juge est dans l'impossibilité de l'ignorer. Pour illustrer cette situation on donne comme exemple[107] un contrat de vente conclu au début des années trente entre un vendeur établi en France et un acheteur établi en Allemagne. Le contrat était soumis à la loi française et prévoyait que le paiement du prix de la marchandise soit réalisé en mark allemand. Peu de temps après la conclusion du contrat, l'Allemagne modifie sa réglementation sur le transfert de ses valeurs monétaires et prohibe la sortie du mark allemand de son territoire[108]. Or, dans ce cas l'acheteur se retrouve dans une situation impossible : soit il exécute son obligation et il viole ainsi la législation allemande, soit il ne s'exécute pas et risque d'être condamné de payer des dommages et intérêts conformément à la *lex contractus*. La situation de la législation allemande s'impose ainsi au juge français qui devrait la prendre en considération et appliquer l'article 1147 du Code civil puisque la situation est impossible pour une cause étrangère qui empêche l'exécution du contrat sans que cela soit imputable à l'acheteur.

49. Un autre exemple en matière de prise en considération est donné par l'arrêt du Tribunal de la fonction publique européenne[109] dans lequel on a considéré qu'il faut tenir compte de la loi marocaine qui réprime pénalement l'homosexualité pour décider de l'attribution d'une « allocation de foyer » à un double national belgo-marocain ayant conclu un partenariat enregistré avec une personne de même sexe. Cette allocation est subordonnée à ce que « le couple n'ait pas

---

[106] « *By no choice* », expression empruntée à A. A. EHRENZEWEIG, *Private international Law*, Leyden/Dobbs Ferry, 1967, p. 75 et s. ; « Specific Principles of Private Transnational Law », *Rec. cours La Haye*, vol. 124, 1968, p. 167 ; « Local and Moral Data in the Conflict of Laws : Terra Incognita », *18 Buffalo L. Rev.*, 1966, p. 55.

[107] E. FOHRER - DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères, op. cit.*, p. 14.

[108] Loi du 9 juin 1933 sur les engagements financiers avec l'étranger dont certaines dispositions interdisaient expressement au débiteur domicilié en Allemagne de régler ses dettes aux créanciers domiciliés hors Allemagne; voy. M. DOMKE, « La législation allemande sur les devises en Droit international privé», *JDI* 1937, p. 226; « Nouveaux aspects des restrictions de transfert en droit interantional privé», *JDI* 1937, p. 990.

[109] TFPUE, 2e ch., 14 oct. 2010, n° F-86/09, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2011, p. 371, note P. LAGARDE.

accès au mariage civil dans un État membre ». En l'espèce, l'intéressé aurait pu conclure un mariage homosexuel en Belgique, mais le Tribunal estime nécessaire de tenir compte de la loi marocaine « qui risque de rendre théorique et illusoire l'accès au mariage ». Il faut donc observer que la technique de la prise en considération ne peut se substituer à l'opération d'application car elle ne suffit pas, à elle seule, à énoncer la solution du litige[110]. En conclusion lorsqu'on parle d'application, la loi mise en œuvre de la règle permet d'énoncer une solution concrète au problème de droit posé, alors que lorsqu'on parle de prise en considération, la loi prise en compte n'a pas vocation, concurremment à la règle appliquée, à résoudre la question de droit litigieuse, mais joue seulement un rôle d'information.

50. Un deuxième aspect qui n'entre pas dans le champ d'étude de l'application de la loi étrangère est représenté par les conflits de juridictions. Les conflits de juridictions précèdent les conflits de lois car il faut déterminer, dans un premier temps, quel est le tribunal compétent pour qu'ensuite on puisse déterminer la loi applicable en utilisant la règle de conflit de loi appropriée devant le juge qui a retenu sa compétence internationale. Les conflits de juridiction regroupent en réalité deux types de règles : celles relatives à la compétence directe, qui permettent au juge de déterminer sa compétence quant à un litige international qui lui est soumis et celles relatives à la compétence indirecte (ou l'effet et la reconnaissance des jugements), qui déterminent si et à quelles conditions, un jugement rendu à l'étranger peut produire des effets en France.

51. Pour ce qui est de la compétence indirecte, celle-ci ne peut être analysée qu'une fois que le jugement a été rendu. En matière de compétence directe l'on se doit de souligner l'importance du phénomène d'« européanisation » à travers les règles de conflit de juridictions contenues dans les règlements issus de l'Union européenne, qui ont une place prépondérante et qui sont d'application directe dans tous ses États membres. C'est un processus en pleine évolution qui a commencé avec l'adoption des instruments conçus pour faciliter la construction d'un espace judiciaire européen comme, par exemple, la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ou la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 prévue pour régir les rapports entre les États membres de l'AELE[111] et ceux de l'Union européenne, mais aussi avec tout autre État, sous réserve de l'accord unanime des parties contractantes. C'est, en réalité, le traité d'Amsterdam du 20 octobre 1997, entré en vigueur le 1er mai 1999, qui marque le début de l'adoption des textes dans ce domaine par voie de règlements. Ainsi, la Convention de Bruxelles de 1968 a été

[110] E. FOHRER - DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères, op. cit.*, p. 55.
[111] Association européenne de libre-échange.

transformée avec quelques modifications en le Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000, dit Règlement Bruxelles I, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale[112], modifié à son tour par le Règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, dit Règlement Bruxelles I bis concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale[113] et entré en vigueur le 10 janvier 2015. De même, en matière de compétence juridictionnelle est aussi entré en vigueur le Règlement 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif à la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale. Le 18 juin 2011 est entré en vigueur le Règlement n°4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, à la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires. Dans la matière du droit de la famille, le Règlement Bruxelles II du 29 mai 2000 relatif à la responsabilité parentale des enfants communs a été remplacé par le Règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003, Bruxelles II bis, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale. Si le litige n'est, cependant, pas intégré à l'Union européenne, ce sont les règles nationales françaises en matière de compétence juridictionnelles qui seront applicables. Ainsi, l'article 4 du Règlement Bruxelles I bis[114] prévoit que si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État-membre, la compétence dans chaque État-membre est réglée par la loi de cet État. On bascule donc dans l'ordre juridique interne et ce sont les règles ordinaires étatiques de compétence qui s'appliquent. Ces règles de compétence ordinaire ont un caractère unilatéral car elles indiquent si le juge est compétent ou pas. En droit français on peut avoir une compétence ordinaire ou privilégiée dont les règles sont mises en œuvre à travers deux grands principes.

52. Un premier principe implique l'idée que l'extranéité des parties n'est pas une cause d'incompétence des juridictions françaises. Cela pourrait sembler évident aujourd'hui alors qu'à l'origine, les juridictions françaises se disaient non-compétentes lorsqu'il y avait un élément d'extranéité dans un litige dont le juge était saisi. La règle a été reconnue et posée comme principe par l'arrêt *Patino* du 21 juin 1948, confirmé par l'arrêt *Scheffel* du 30 octobre 1962. Un deuxième

[112] 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* 2001, L 12, p. 1.

[113] Règlement (CE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), *JOUE* 20 décembre 2012, L 351, p. 1.

[114] L'article 4 du Règlement Bruxelles I *bis* a le texte suivant : « 1. Sous réserve du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre. 2. Les personnes qui ne possèdent pas la nationalité de l'État membre dans lequel elles sont domiciliées sont soumises aux règles de compétence applicables aux ressortissants de cet État membre. »

principe prévoit que pour déterminer la juridiction compétente il suffit d'étendre à l'ordre international les règles internes de compétence territoriale. Cette règle qui permet de déterminer ainsi la juridiction compétente a été posée par l'arrêt *Pelassa* du 19 octobre 1959. En appliquant cette règle, le juge saisi d'une question juridique de droit international privé transposera au niveau international un des articles 42 à 48 du Code de procédure civile ou l'article 1070 du Code de procédure civile en matière de divorce, qui perd ainsi son exclusivité interne[115].

53. Si les règles de compétence ordinaire ne donnent pas compétence au juge français, ce sont les articles 14 et 15 qui s'appliquent[116], compétence appelée privilégiée car elle repose sur la condition de la possession de la nationalité française de l'une ou l'autre des parties, l'article 14 prévoyant l'hypothèse où le demandeur est de nationalité française alors que l'article 15 a en vue la situation du défendeur français. Les deux articles ont une portée générale, s'étendant à toute matière à l'exclusion des actions réelles immobilières dont les actes de transcription ont eu lieu hors de France[117] et ils sont subsidiaires[118], facultatifs[119] et non exclusifs.

III. LES AUTORITES SUSCEPTIBLES D'APPLIQUER LA LOI ETRANGERE

54. Le terme international dans l'expression droit international privé concerne le caractère d'extranéité des relations impliquées[120] qui présentent ce caractère si au moins un des éléments qui les composent les relie à au moins un système juridique autre que le système juridique du for. Un rapport juridique sera donc considéré comme international si, à cause de ses liens avec plus

[115] Cass., 1re civ., 6 févr. 1985, *Simitch*, n° pourvoi 83-11.241 : *GAJDIP,* n° 70 ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1985, p. 369 ; *JDI* 1985, p. 460, note A. HUET.

[116] Cass, 1re civ., 19 nov. 1985, *Cognacs & Brandies*, n° pourvoi 84-1600 : *R.* 1986, p. 712, note Y. LEQUETTE ; *J.* 1986, p.719, note A. HUET ; *D.* 1986, p. 362, note PREVAULT ; *IR,* p. 268, obs. B. AUDIT .

[117] Cass., 1re civ., 27 mai 1970, *Weiss c/ Soc. Atlantic Electric* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1971, p. 113, note H. BATTIFOL.

[118] C'est l'arrêt *Orliac* (Cass., 1re civ., 19 nov. 1985, *Soc. Cognac and Brandies from France c/ Soc. Orliac*, n° pourvoi 84-16001 : *JDI* 1986, p. 719, note A. HUET) qui a mis en avant la subsidiarité de l'article 14 en affirmant qu'il « n'a lieu de s'appliquer que lorsqu'aucun critère de compétence territoriale n'est réalisé en France ».

[119] Le critère facultatif a été mis en avant par deux arrêts de la Cour de cassation. Ainsi, l'arrêt *Banque de développement local c/Fercométal* (Cass., civ. 1re, 22 mai 2007, n° pourvoi 04-14716) concernait l'article 14 et prévoyait que « n'ouvre au demandeur français qu'une simple faculté, et n'édicte pas à son profil une compétence impérative, exclusive de la compétence indirecte d'un tribunal étranger déjà saisi et dont le choix n'est pas frauduleux ». En ce qui concerne l'article 15 c'est l'arrêt *Prieur* (Cass., 1re civ., 23 mai 2006, n° pourvoi 04-12777) qui prévoit qu'il « ne consacre qu'une compétence indirecte d'un tribunal étranger, dès lors que le litige se rattache de manière caractéristique à l'État dont la juridiction est saisie et que le choix de la juridiction n'est pas frauduleux ».

[120] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 34-44.

d'un seul système juridique, il y a au moins une possibilité qu'une autre loi que celle de la *lex fori* soit applicable[121].

55. Les litiges nés des rapports juridiques avec éléments d'éxtraneité sont l'apanage des instances nationales parce qu'au niveau mondial, il n'existe pas de juridiction spécialisée pour statuer sur les litiges provoqués par des situations juridiques internationales impliquant des personnes privées[122]. A ce jour, aucune juridiction internationale n'a de vocation pour juger ce genre de litiges et il résulte de ce fait une concurrence des ordres juridiques étatiques dans la résolution des litiges présentant des éléments d'extranéité, le révélateur de cette concurrence étant le conflit de lois dans le domaine du droit privé. Dans d'autres domaines, il existe pourtant des organes internationaux de résolution des litiges, notamment en matière pénale [123] et commerciale[124]. À défaut d'autorités internationales dans ce domaine, les États se révèlent donc être les mieux placés pour résoudre un litige international grâce à leur organisation, cohésion et effectivité[125], ce qui leur permet, entre autres, de conserver une part de leur souveraineté. Les avantages de cette situation sont multiples car 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. De plus, les États jouissent d'un élément indispensable à l'effectivité des règles juridiques qui est la contrainte, composante essentielle de la règle juridique, qui n'existe pas au niveau international[126]. En effet, l'État jouit d'un monopole sur l'exécution des décisions intervenant sur son territoire[127].

---

[121] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 38.

[122] En 1930, A. 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.

[123] Voy. le site internet de la Cour pénale internationale : www. icc-cpi.int/home.html&l=fr.

[124] Par exemple, les tribunaux arbitraux tels que la Cour permanente d'arbitrage, l'Organe de Règlement des Différends de l'Organisation Mondiale du Commerce ; voy. le site internet de l'Organisation mondiale du commerce : www. wto. org/indexfr. htm.

[125] 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.

[126] « 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 », voy. J. TOUSCOZ, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, LGDJ Paris, 1964, p. 6.

[127] La *lex fori* règne en monopole sur les voies d'exécution : Cass., 1re civ., 30 octobre 2006, *Office des Poursuites et des faillites de Lyon*, n° pourvoi 04-17326 : *Bull. civ.* 2006, I, n° 449 p. 385 ; *R.T.D.Civ.* 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 *lex fori*.

56. Le litige international pour lequel la loi étrangère a vocation à s'appliquer concerne au premier chef les autorités judiciaires comme les juges étatiques mais aussi les autorités non judiciaires comme les officiers de l'état civil, les notaires, ou, plus spécifiquement encore, les arbitres. Si la résolution de ce type de litiges par les autorités judiciaires est évidente dans la jurisprudence et la doctrine de droit international privé, les autorités non judiciaires ont attiré relativement peu d'attention[128]. Ainsi, les autorités judiciaires sont confrontées aux problèmes de la preuve du contenu de la loi étrangère (charge de la preuve, modes de preuve, impossibilité de preuve), mais aussi aux difficultés d'interprétation, voies de recours concernant l'application de la règle de conflit ou de la loi étrangère. Les autorités non judiciaires sont confrontées, elles aussi, aux problèmes de la preuve du contenu de la loi étrangère et de l'information sur la loi étrangère. Il est possible de laisser également les arbitres internationaux se charger de ces litiges de façon à ce que ce type d'affaires puisse échapper à la connaissance des juridictions étatiques[129]. On peut trouver cependant certains obstacles à l'attribution du contentieux pour lequel la loi étrangère a vocation à s'appliquer aux tribunaux arbitraux. D'un côté, 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. D'un autre côté, pour des raisons d'ordre public, il existe des litiges qui sont inarbitrables[130], même si certains auteurs remarquent que le domaine de l'arbitrabilité des litiges se trouve plus en plus étendu[131] et que le rôle juridictionnel de l'État se voit de plus en plus atténué sous l'effet de la mondialisation[132].

---

[128] S. FULLI-LEMAIRE, D. ROJAS-TAMAYO, « France », *in* C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO (dir.), *Application of the foreign law*, *op. cit.*, p. 196.

[129] Pour un exposé de l'essor de l'arbitrage international comme mode de règlement des litiges, voy. 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.

[130] Pour des exemples d'arbitrabilité objective, voy. B. HANOTIAU, « L'arbitralité », *Rec. cours La Haye,* vol. 296, 2002, p. 117 et s. ; voy. *contra* M.-L. NIBOYET-HOEGY, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé, op. cit.*, p. 281-283. Sur l'intensité du contrôle de l'arbitrabilité, voy. CA Paris, 18 novembre 2004, *Thalès*, *JDI* 2005, p. 357, note A. MOURRE ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2006, p. 104, note S. BOLLEE ; *JCP* 2005, II, p. 10038, note G. CHABOT ; *RTD Com.* 2005 p. 263, obs. É. LOQUIN ; *JCP* 2005. I. 134, *chron.* Chr. SERAGLINI ; *Rev. arb.* 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 », *Rev. arb.* 2007, p. 177.

[131] « 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 ? », *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003, p. 8. *Adde,* H. MUIR WATT, « L'affaire Lloyd's : globalisation des marchés et contentieux contractuel », *Rev. crit. dr. internat. privé* 2002, p. 509 s.

[132] « 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, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie…», *loc. cit.,* p. 382.

IV. INTERET DE L'ETUDE

57. L'Académie internationale de droit comparé de la Haye avait souligné le but du droit international privé qui consiste dans « le rapprochement systématique (des institutions juridiques des divers États) et la conciliation des lois »[133]. S'agissant de l'application de la loi étrangère, le rapprochement entre les systèmes juridiques et la conciliation des lois ne peuvent que faciliter son avènement dans le procès lorsque le juge du for est saisi d'une question de droit international privé. Cela se déduit logiquement du fait qu'à l'heure actuelle les principaux empêchements à l'application de la loi étrangère sont justifiés par les différences trop marquées entre les divers systèmes juridiques[134]. L'accomplissement de ce but peut s'avérer cependant difficile, plusieurs facteurs étant, de ce point de vue, en cause.

58. Un premier facteur qui peut compliquer l'obtention du rapprochement entre les systèmes juridiques ainsi que la conciliation des lois, consiste dans l'utilisation souvent peu claire du langage utilisé pour indiquer les procédés mis en œuvre afin d'arriver à ces résultats, comme c'est le cas, par exemple, des concepts d'harmonisation, d'uniformisation ou d'unification des règles de droit international privé, qu'elles soient matérielles ou de conflit. La doctrine reste assez confuse quant aux différences qui existent entre ces trois concepts, ayant tendance à les utiliser de diverses façons. Ainsi, la première façon de les utiliser consiste à recourir au concept d'harmonisation pour désigner l'unification et l'uniformisation[135]. La deuxième façon est de distinguer l'harmonisation, d'une part, et l'unification ou l'uniformisation, d'autre part, comme si l'unification et l'uniformisation étaient tout simplement des synonymes[136]. La troisième façon consiste à bien distinguer l'harmonisation, l'unification et l'uniformisation en donnant cependant à l'unification le sens étymologique de l'uniformisation et vice versa[137]. Une quatrième proposition avancée par

---

[133] *Mémoires de l'Académie de la Haye*, vol. II, Paris, 1934, p. 21.

[134] Voy. *infra.* n°s 103-118.

[135] Voy. à cet égard C. M. SCHMITTHOFF, « The Unification or Harmonization of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions », *Ann. UNIDROIT*, 1967-1968, p. 93 ; E. Krings, « L'opportunité de juridictions supranationales pour l'interprétation des lois nationales », *Rev. Dr. Uniforme*, 1998, p. 525-526.

[136] Voy. à cet égard M. J. BONELL, « A Restatement of Principles for International Commercial Contracts: an Academic Exercise or Practical Need ? », *Rev. Dr. Aff. Intern.*, 1988, p. 873 ; A. L. DIAMOND, « Conventions and their Revision », *in* J. G. SAUVEPLANNE (dir.), *Unification and the Comparative Law in Theory and Practice*, Boston, Kluwer, 1984, p. 45-46 ; J. GOLDRING, « Globalisation, National Sovereignty and the Harmonisation of Laws », *Rev. Dr. Uniforme* 1998, p. 435, p. 437, p. 447 et p. 449 ; H. HONKA, « Harmonization of Contract Law Through International Trade : a Nordic Perspective », *Tul. Eur. & Civ. L. F.* 1996, p. 111-112 ; G. ZAPHIRIOU, « Harmonization of Private Rules Between Civil and Common Law Jurisdictions », *A.J.C.L.,* 1990, p. 71 et T. BOURGOIGNIE, « Vers un droit européen de la consommation, unifié, harmonisé, codifié ou fragmenté », *Cah. dr. eu.*, 2005, p. 153, p. 163 et p. 168.

[137] Voy. notamment A. JEAMMAUD, *Unification, Uniformisation, Harmonisation: Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 35.

la doctrine suggère que chacun de ces concepts a une signification particulière et que l'usage de l'un ou de l'autre devrait produire une série de conséquences spécifiques[138]. La proposition risque cependant de provoquer des confusions en la matière, l'exemple concernant l'interprétation de la définition donnée au concept d'unification étant révélateur en ce sens. L'unification implique ainsi l'action de rendre semblables plusieurs éléments rassemblés pour former un tout unique[139]. En partant de cette définition, M. Kamdem considère que l'unification consiste à instaurer, dans une matière juridique donnée, une règlementation détaillée et identique en tous points pour tous les États membres, tout en leur laissant le choix de la modalité de mise en œuvre des normes communes. De ce point de vue, une directive européenne pourrait, à son avis, constituer un exemple d'unification car aux termes de l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 249 TCE)[140], « la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et

[138] I. F. KAMDEM, « Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », *U.L.R.*, 2008, vol. 13, p. 709-744. L'auteur nous révèle ainsi les définitions des deux autres moyens, à côté de l'unification, à savoir, l'harmonisation et l'uniformisation. L'harmonisation désigne « un simple rapprochement entre deux ou plusieurs systèmes juridiques » (voy. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10e éd., Paris, PUF, 2013, p. 423) afin d'en réduire ou d'en supprimer certaines contradictions, les différentes parties prenantes à l'intégration ayant le soin de compléter la structure commune par des dispositions qui correspondent mieux à leurs valeurs, à leurs préférences ou à leur niveau de développement. L'uniformisation, du latin *unus* qui signifie « un » et *forma* qui veut dire « forme », consiste à donner la même forme à un ensemble d'éléments « dont toutes les parties se ressemblent entre elles » (voy. É. LITTRE, *Dictionnaire de la langue française*, t. 4, Paris, Gallimard, Hachette, 1972, note 24, p. 1450-1451). Elle implique donc que pour une matière précise soit minutieusement élaborée un cadre normatif contenu dans un instrument unique auquel les parties prenantes adhèrent sans pouvoir y déroger ni sur le fond, ni sur la forme. Dans l'opinion de l'auteur les trois concepts se distinguent à deux niveaux: celui du degré de similitude du contenu législatif ou règlementaire qu'ils produisent et celui du support de mise en œuvre du résultat du processus d'intégration juridique. Lorsqu'il s'agit, premièrement, du degré de similitude du contenu législatif ou règlementaire qu'ils produisent, l'unification et l'uniformisation exigent que la teneur législative ou règlementaire qui en résulte soit parfaitement identique pour tous les intervenants à l'intégration juridique, ne laissant ainsi guère de pouvoir substantiel aux différents acteurs législatifs nationaux dans les domaines qu'ils entendent encadrer. L'harmonisation opère, au contraire, un niveau de similitude législative ou règlementaire qui laisse place à la survie de certaines spécificités nationales. La similitude que produit toute harmonisation est donc moins élevée que celle d'une unification ou d'une uniformisation. Lorsqu'il s'agit, deuxièmement, de la forme de mise en œuvre du résultat d'un processus d'intégration juridique, l'uniformisation suppose aussi bien un fond législatif ou règlementaire commun qu'une forme unique *erga omnes*. Elle suppose, de ce fait, qu'un texte international dûment ratifié par un État devienne une source directe de droit sans qu'il soit nécessaire d'en reprendre les dispositions dans une loi interne. L'harmonisation et l'unification aboutissent, en revanche, à des normes dont le support et la procédure d'adoption sont choisis par les différentes parties prenantes, une règle internationale ne pouvant ainsi avoir d'effet que si elle a été au préalable incorporée dans une législation nationale. Dans l'ordre des niveaux d'intégration juridique entre les États, l'uniformisation vient donc au premier rang, suivie decrescendo par l'unification et l'harmonisation.

[139] E. LITTRE, *op. cit.*, p. 1450.

[140] Publié dans le *JOUE* n° C-115 du 9 mai 2008, p. 1 à 388. Le texte intégral de l'article 288 prévoit que : « Pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis. Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre. La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. La décision est obligatoire dans tous ses éléments. Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ceux-ci. Les recommandations et les avis ne lient pas. »

aux moyens ». Cette opinion ne tient, cependant, pas compte du langage usuel utilisé dans le droit de l'Union européenne et qui emploie, dans le cas des directives, les concepts d'uniformisation [141] ou d'harmonisation [142] ou même et assez souvent le concept de rapprochement[143], mais jamais celui d'unification. Sur le site eur-lex.europa.eu[144] l'on retrouve ainsi l'affirmation suivante : « La directive est l'un des instruments juridiques dont disposent les institutions européennes pour mettre en œuvre les politiques de l'Union européenne. Il s'agit d'un instrument flexible essentiellement utilisé pour *harmoniser* les législations nationales. Elle instaure une obligation de résultat mais laisse les pays de l'Union européenne libres quant aux moyens à prendre pour y parvenir. » A notre avis, l'harmonisation étant le « rapprochement entre deux ou plusieurs systèmes juridiques » [145] afin d'en réduire ou d'en supprimer certaines contradictions, elle devrait désigner simplement, comme l'Académie internationale de droit comparé de la Haye nous l'avait indiqué, le but du droit international privé. L'on doit donc considérer l'harmonisation comme un concept général qui englobe les procédés d'uniformisation ou d'unification. Ces deux autres concepts sont considérés, à leur tour, comme des synonymes, étant utilisés de façon équivalente[146]. Cette opinion s'inscrit dans la deuxième façon de distinguer les trois concepts qui différencie l'« harmonisation », d'une part, de l'« unification » ou de l'« uniformisation », d'autre part, les deux derniers concepts étant vus comme de simples synonymes.

---

[141] Ce concept est cependant rarement utilisé comme, par exemple, dans la Directive 85/347/CEE du Conseil du 8 juillet 1985 modifiant la directive 68/297/CEE concernant l'uniformisation des dispositions relatives à l'admission en franchise du carburant contenu dans les réservoirs des véhicules automobiles utilitaires ou la Directive 68/297/CEE du Conseil, du 19 juillet 1968, concernant l'uniformisation des dispositions relatives à l'admission en franchise du carburant contenu dans les réservoirs des véhicules automobiles utilitaires.

[142] Le concept d'harmonisation est très souvent utilisé, comme, par exemple, dans la Troisième directive 69/463/CEE du Conseil, du 9 décembre 1969, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - Introduction de la taxe à la valeur ajoutée dans les États membres, la Quinzième directive 83/648/CEE du Conseil du 19 décembre 1983 en matière d'harmonisation des égislations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - Report du délai pour la mise en application du système commun de taxe sur la valeur ajoutée par la République hellénique ou la Directive 2014/68/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'harmonisation des législations des États membres concernant la mise à disposition sur le marché des équipements sous pression.

[143] Directive 71/144/CEE du Conseil, du 22 mars 1971, portant prorogation du délai prévu à l'article 10 de la directive du Conseil, du 27 juin 1967, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à la classification, l'emballage et l'étiquetage des substances dangereuses ; Directive 69/493/CEE du Conseil, du 15 décembre 1969, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au verre cristal ; Directive 76/115/CEE du Conseil, du 18 décembre 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux ancrages des ceintures de sécurité des véhicules à moteur.

[144] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV:l14527.

[145] Voy. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 423.

[146] Si l'uniformisation indique ainsi une action de standardiser un système, l'unification semble avoir le même sens car elle indique l'action de rendre un système uniforme, le standardiser, voy. http ://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/unifier/80559?q=unifier#79594.

59. Le deuxième facteur qui complique l'obtention du rapprochement entre les systèmes juridiques et la conciliation des lois est représenté par les imperfections de la méthode conflictuelle. Méthode classique de résolution de conflits de droit international privé, la méthode conflictuelle consiste en une démarche de pensée qui peut être résumée en la proposition suivant : toutes les fois qu'un tribunal a à connaître d'un litige international, il doit consulter sa propre règle de conflit de lois et déterminer la loi applicable par référence à cette dernière[147]. Cependant, cette méthode a été critiquée a cause de sa grande complexité, son incertitude et son imprévisibilité[148]. Des réactions à cette situation ont entraîné, d'un côté, le développement des idées qui accompagnent la méthode conflictuelle comme, par exemple, la théorie de la *proper law* ou du principe de proximité, et, d'un autre côté, l'émergence de nouvelles méthodes de résolution des problèmes de droit international privé.

60. La théorie de la *proper law* et le principe de proximité, sont fondés sur l'idée d'un recours à une analyse fonctionnelle utilisant des techniques de personnalisation pour résoudre les problèmes de droit international privé. C'est une réponse aux critiques de l'approche conflictuelle traditionnelle qui peut amener le juge du for à appliquer une loi n'ayant pas grand titre à régir la cause qui lui est soumise. Pour pallier cet inconvénient, on a donc proposé plusieurs techniques consistant, par exemple, dans un groupement des points de contact[149], la recherche du rapport le plus significatif[150], ou des rattachements multiples, alternatifs ou cumulatifs[151].

---

[147] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 63.

[148] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 65 et s.

[149] La *proper law* fait partie de l'approche adoptée aux États Unis à travers le *Second Restatement of Conflict of Laws* de 1971. Cette technique prévoit que pour arriver à une solution juste, il est nécessaire de grouper les points de contact, c'est à dire les facteurs de rattachement possibles, par exemple, en matière de délits, le lieu de l'accident, le lieu du dommage, la résidence de la victime, etc., ce qui permet au tribunal de désigner la loi de l'État vers lequel la convergence est la plus forte et dont, par conséquent, la loi doit s'appliquer. Il n'est pas question de compter ou d'additionner ces points de contact mais d'évaluer leur importance dans le contexte considéré. Cette technique de localisation objective dans certains domaines du droit international privé fait partie de l'approche traditionnelle. Elle ne semble pas avoir de portée générale quoique elle pourrait éventuellement éclipser l'approche traditionnelle et remplacer toutes les règles de conflits de lois par une seule règle, à savoir que le tribunal doit appliquer à chaque cas d'espèce la loi qui lui est le plus intimement liée. La *proper law* (ou principe de proximité qui permet d' écarter la loi normalement désignée par la règle de conflit lorsqu'elle n'a qu'un lien éloigné avec la situation en cause) ne devrait être qu'un procédé subsidiaire ou complémentaire afin de suppléer à la carence de l'approche traditionnelle lorsqu'elle peut aboutir à une solution qui choque la conscience, car elle laisse trop de liberté au tribunal et d'incertitudes pour permettre de découvrir la solution de n'importe quel problème de conflit de lois.

[150] Le *Second Restatement of Conflict of Laws* prévoit que le législateur et les tribunaux, lorsqu'ils doivent formuler ou interpréter les règles de conflit de lois, doivent être guidées par des considérations de politique législative. Tout dépend des objectifs que le législateur et les tribunaux désirent atteindre, car les règles de droit international privé ne doivent pas être déduites de principes généraux posés à l'avance. Le *Second Restatement* tient compte d'un nombre de facteurs pour arriver à une approche flexible qui veut que les droits et obligations relatifs à une question particulière soient déterminés par les dispositions matérielles de la loi de l'État qui, concernant cette question, a le rapport le plus significatif avec les faits de la cause et les parties. L'énumération des facteurs et des politiques devant guider le choix de la loi applicable n'est pas exhaustive. L'art. 6 du *Second Restatement* résume cette approche :

61. D'autres méthodes mettant de côté l'approche traditionnelle ont aussi émergé comme, par exemple, la théorie des intérêts étatiques[152] fondée sur une analyse des politiques législatives et des intérêts des États dont les lois pourraient s'appliquer, ou celle de la reconnaissance[153].

62. Tous ces facteurs compliquent le rapprochement entre les systèmes juridiques et provoquent la préférence du juge du for pour l'application de la *lex fori*. Or, en droit international privé la dictature de la *lex fori* ne peut pas représenter une solution viable à long terme car il existe un risque majeur pour que le système juridique du for plonge dans un isolement juridique. Ainsi un système qui applique sa *lex fori,* afin de résoudre la totalité les problèmes impliquant un élément d'extranéité dont son juge est saisi, ne prouve pas son respect envers certaines spécificités étrangères auxquelles les parties au rapport juridique peuvent être attachées. Or, à long terme, c'est l'évitement d'un tel système, qui ne protège que ses spécificités, qui va s'instaurer, les parties cherchant une protection équilibrée de leurs intérêts et de ceux du for et non pas une protection dédiée seulement aux intérêts du for.

63. Quelles seraient les solutions à envisager pour résoudre ce problème ? Malgré ses imperfections, la méthode conflictuelle présente l'avantage d'une volonté de justice internationale enracinée dans son mécanisme. Le manque de flexibilité dont elle est accusée peut être amélioré et

---

« 1) Un tribunal, sous réserve des restrictions constitutionnelles, doit suivre la règle de conflit de son propre État.
2) Lorsqu'il n'existe pas de règle pour le guider, les facteurs se rapportant au choix de la loi applicable comprennent :
a) Les besoins des systèmes interétatiques et internationaux.
b) Les politiques législatives du for.
c) Les politiques législatives pertinentes des autres États intéressés ainsi que les intérêts relatifs de ces États quant à la solution du problème particulier soumis au tribunal.
d) La protection des espérances justifiées.
e) Les politiques législatives fondamentales se rapportant à ce domaine du droit.
f) La certitude, la prévisibilité et l'uniformité des solutions.
g) La facilité dans la détermination et l'application de la loi pertinente. »
Cette manière de procéder permet toute liberté quant à la solution à apporter à des problèmes spécifiques. L'approche traditionnelle n'est pas abandonnée, elle est simplement modifiée pour tenir compte de certains objectifs.

[151] C'est la solution adoptée notamment au Québec et en Suisse. La pluralité des facteurs de rattachement permet d'atteindre une solution plus juste qui répond à l'attente des parties sans violer l'approche traditionnelle. Cependant, le recours au principe de proximité ne devrait pas jouer lorsque la règle de conflit prévoit un nombre assez élevé de rattachements dont l'un d'entre eux a les liens les plus étroits avec la situation.

[152] Voy. *infra.* n°s 198-209.

[153] Cette approche n'utilise pas la règle de conflit car il s'agit, dans ce cas, de reconnaître et de donner effet à un acte juridique étranger qui a été constaté par l'autorité publique étrangère du lieu où il a été passé, ce qui le rend exécutoire au lieu d'origine même s'il n'a pas donné lieu à une décision de justice dans ce lieu. Ainsi, la validité et les effets de cet acte juridique ne sont pas soumis à la règle de conflit applicable aux décisions étrangères du lieu où ils sont invoqués. Cette approche à dimension unilatérale, basée sur les droits acquis, reconnait l'efficacité d'une situation cristallisée par un organe non juridictionnel à laquelle la loi matérielle ou substantielle applicable attache des effets d'opposabilité. La règle de conflit du for cède devant les droits acquis à l'étranger. C'est surtout dans le domaine de la reconnaissance de l'état des personnes que cette approche est utilisée. Par exemple, la validité d'un mariage entre homosexuels sera reconnue si ce mariage est conforme aux conditions de fond et de forme du lieu de célébration. La reconnaissance porte sur une situation configurée par des règles matérielles ou substantielles étrangères qui ne sont pas désignées par la règle de conflit du for. Il s'agit de continuité transfrontière de situations individuelles acquises selon l'ordre juridique étranger à la source qui est prioritaire. Cette approche n'a pas vocation universelle.

le développement des techniques consistant dans un groupement des points de contact, la recherche du rapport le plus significatif ou des rattachements multiples, alternatifs ou cumulatifs, en est la preuve. L'utilisation de la méthode conflictuelle permet l'application de la loi étrangère sur le même pied d'égalité que la *lex fori*. Or, une application équilibrée de ces deux lois représente, dans un système juridique, le signe d'un bon fonctionnement qui respecte, en règle générale, les politiques législatives internes aussi que les principes de justice internationale. Une application restreinte de la loi étrangère suggère, en revanche, un déséquilibre existant dans le système juridique du for avec une prévalence pour la protection des politiques législatives internes. Afin de rétablir la balance il est donc nécessaire de favoriser l'application de la loi étrangère mais pour ce faire il faut, au préalable, comprendre pourquoi il est difficile d'appliquer une loi étrangère. En effet, lors de l'application de la loi étrangère l'on est confronté à des difficultés concernant le fondement de l'application d'une loi autre que la *lex fori* par le juge étatique, les moyens d'information sur le contenu de la loi étrangère et son emboîtement avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique du for, les changements de souveraineté qui peuvent survenir dans un ordre juridique étranger et leur influence dans la solution donnée par le for au problème juridique de droit international privé. Or, comprendre les difficultés d'application de la loi étrangère permettra l'adoption de meilleurs solutions afin de favoriser son application, chose qui rétablira, par la suite, l'équilibre qui doit nécessairement exister dans un système juridique au niveau de la matière du droit international privé. C'est justement le but de notre thèse.

64. Cette approche se justifie également par rapport au but d'uniformisation des conventions internationales qui reste inachevé, malgré des efforts considérables. En effet, il existe des nombreuses conventions internationales, en grande partie l'œuvre de la Conférence de la Haye de droit international privé et de l'Union européenne, qui sont destinées à uniformiser les règles de droit international privé, à savoir, les règles matérielles ou les règles de conflit. L'uniformisation des règles matérielles de droit international privé représente une nouvelle méthode qui tente de réglementer les relations internationales par l'élaboration des règles matérielles ou substantielles régissant directement le fond du droit[154]. Ces règles ont donc une origine internationale et peuvent s'appliquer seulement dans les relations internationales, laissant subsister dans les

[154] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 67. Les traités multilatéraux tendant à l'unification des règles de fond sont très nombreux comme, par exemple, la Convention de Montréal du 28 mai 1999 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, l'Union de Paris de 1883, révisée à Bruxelles en 1958 sur la propriété intellectuelle, la Convention de Washington du 26 octobre 1973 sur la forme d'un testament international et la Convention Nations-Unies de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises.

relations internes le particularisme des législations nationales, comme c'est le cas, par exemple, de la Convention de Vienne de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises. En même temps, certaines règles matérielles ou substantielles peuvent être applicables à la fois dans les relations internationales et dans les relations internes, comme, par exemple, celles prévues par les Conventions de Genève de 1930 et 1931 sur les effets de commerce et le chèque. Dans ce cas, il existe une unification totale puisque le texte de la convention est incorporé dans le droit de chacun des États signataires et régit indistinctement les opérations internes et les opérations internationales. Si ces conventions réduisent le champ d'application de l'approche conflictuelle traditionnelle, elles ne l'éliminent pas, car il reste à déterminer le domaine de la règle matérielle ou substantielle et son interprétation. Il semble donc qu'en l'état de l'évolution du droit international privé, la méthode matérielle ne met pas en cause la suprématie de la méthode conflictuelle traditionnelle[155]. L'unification des règles de conflit au niveau international peut représenter, dans ce contexte, une solution à long terme pour les litiges de droit international privé. Des pas ont, d'ailleurs, été entrepris en ce sens et il existe, de ce fait, des traités multilatéraux[156] ou des instruments européens[157] tendant à l'unification des règles de conflit.

---

[155] H. BAUER, « Les traités et les règles de droit international privé matériel», *Rev. crit. dr. internat. privé* 1966, p. 53, en parlant du Code du commerce international tchécoslovaque du 4 décembre 1963, entré en vigueur le 1er avril 1964, se demandait ainsi si la méthode conflictuelle se trouve éliminée dans les matières régies par ce code. La réponse est négative car une règle de conflit a été posée aux fins d'application des dispositions du Code du commerce international tchécoslovaque. Ces dernières ne s'appliquent aux rapports nés dans les relations commerciales internationales que si, conformément au droit international privé, la législation tchécoslovaque est applicable, notamment si les personnes intéressées choisissent la loi tchécoslovaque ou si elles désignent le droit tchécoslovaque comme applicable au rapport juridique. Il paraît donc que les règles matérielles de droit international privé qui sont d'origine législative, ne s'appliquant que par l'intermédiaire de la règle de conflit, ne peuvent se passer du support de cette dernière et conservent toute sa portée à la méthode conflictuelle. Lorsqu'il s'agit des règles matérielles contenus dans un traité, issues de l'arbitrage international ou du droit spontané (contenant le droit corporatif, les usages, les contrats-type)- elles réduisent le champ d'application de la méthode conflictuelle sans l'éliminer complétement, voy. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 68-74.

[156] On peut ainsi citer, à titre d'exemple, la Convention de Varsovie de 1929 dans le domaine du droit aérien, la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, la Convention de La Haye de 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, la Convention de La Haye de 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents d'automobile, la Convention de La Haye de 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits, la Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

[157] Ainsi, en matière d'obligations, les règlements Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles, préc., et Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, contiennent des règles de conflit unifiés qui sont utilisées par les États membres. Pour les obligations alimentaires, le Règlement n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires ne traite pas directement malgré son intitulé des conflits de lois, mais renvoie sur ce point (art. 15) au Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Ce protocole, conclu dans un cadre plus large que celui de l'Union européenne, est donc devenu droit de l'Union. En droit de la famille, le Règlement n° 1259/2010 du 20 décembre 2010), *JOUE* L 343, p.10 (ci-après, Rome III) met en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. Dans le droit patrimonial de la famille, le Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012 relatif à la loi applicable, la

65. Les règles de conflit qui résultent des conventions internationales ou des instruments européens sont, cependant, prévues entre un nombre limité d'États et rencontrent, de ce fait, les mêmes problèmes que les règles non unifiées à chaque fois qu'elles doivent être utilisées dans les relations avec des États qui ne font pas partie du groupe des collaborateurs. A l'échelon mondial on est donc encore loin d'une unification complète des règles de droit international privé par voie conventionnelle. En l'absence d'une Cour internationale suprême qui, en appel, donnerait une interprétation uniforme des dispositions de ces conventions, une véritable unification sera toujours illusoire. C'est pour cela que la méthode conflictuelle semble rester une solution encore pertinente et efficace dans la résolution des problèmes juridiques de droit international privé.

V. LE DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ET L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

66. Au niveau du droit de l'Union européenne l'on peut observer un évitement du problème de l'application de la loi étrangère, ce qui peut paraître assez incohérent vu le processus actif d' uniformisation du droit privé réalisé pendant la dernière décennie. En effet, beaucoup d'aspects du droit international privé ont été influencés par ce processus, ce qui fait que, de nos jours, il existe une législation européenne en pleine évolution concernant les règles de conflit. Les règlements Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Rome III mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps ou le Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012 relatif à la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, représentent les efforts qui ont été menés au niveau européen afin d'uniformiser le droit international privé des États membres. Ce processus fondé sur l'article 81 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne est loin d'être achevé et il va sûrement se développer dans les années à venir en incluant des domaines non encore concernés par le droit de l'Union. Le processus a cependant laissé de côté l'aspect très important de l'application de la loi étrangère en tant que système harmonisé de règles de conflit appliquées par les autorités judiciaires et non judiciaires en Europe. En effet, l'analyse des

reconnaissance et l'exécution des décisions et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen a l'originalité de réunir dans un même instrument les problèmes de conflit de juridictions et de conflits de lois.

systèmes juridiques des États membres montre l'existence des solutions différentes quant à cette question.

67. L'application de la loi étrangère par les autorités judiciaires et non judiciaires influence, pourtant, directement le procès d'uniformisation du droit privé et du droit international privé dans le cadre de l'Union européenne dans la perspective de l'élaboration d'une approche convergente dans l'espace européen[158]. La situation actuelle est ainsi difficilement conciliable avec la tendance d'uniformisation du droit international privé de l'Union européenne et va même à l'encontre de celle-ci, provoquant de l'insécurité juridique et contredisant les objectifs d'assurer l'accès à la justice pour tous les citoyens européens dans le cadre de l'Union européenne[159]. Les conséquences de cette situation sont très négatives pour le processus d'uniformisation du droit international privé en Europe, autant pour l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice, que pour les citoyens européens eux-mêmes. Cette situation crée ainsi une injustice par rapport aux attentes des parties dans les États membres car, par exemple, elle accroît le risque d'insécurité juridique pour les litiges internationaux, favorise l'application de la *lex fori*, représentant même un terrain propice pour le *forum shopping*. Or tous ces aspects troublent les objectifs du processus d'uniformisation du droit international privé développés jusqu'à maintenant. Il en résulte ainsi une coexistence, dans le cadre de l'Union européenne, d'une législation très sophistiquée contenant des règles de conflit harmonisées, qui couvrent divers domaines du droit international privé, avec les diverses législations des vingt huit États sur l'application de la loi étrangère. L'absence de règles harmonisées ou au moins de principes communs dans l'Union européenne concernant l'application de la loi étrangère par les autorités judiciaires ou non judiciaires peut affaiblir le fonctionnement du marché intérieur à cause des difficultés injustifiées qui risquent de peser sur les parties. En même temps, la consolidation du marché intérieur provoque un nombre croisant des litiges internationaux devant les tribunaux nationaux des États membres et par conséquent, à un nombre croissant de cas dans lesquels la loi étrangère est sujette à intervenir. Or les législations actuelles sur l'application de la loi étrangère sont diverses et sujettes à

---

[158] L'espace européen est l'espace de coopération judiciaire en matière civile et commerciale (espace de liberté, de sécurité et de justice) coïncidant avec le territoire des États membres. Instauré progressivement et mis pleinement en valeur par le traité d'Amsterdam signé le 2 oct. 1997, l'espace judiciaire européen représente « un territoire englobant celui de plusieurs États membres et à l'intérieur duquel s'exécutent librement les demandes d'entraide judiciaire entre États, tout comme à l'intérieur du territoire d'un État, voy. J. PRADEL, G. CORSTENS, *Droit pénal européen*, 2e éd., Dalloz, Paris, p. 561 ; F. POCAR, « Remarques la coopération judiciaire en matière civile dans la communauté européenne», *Mélanges en honneur de B. Dutoit*, Librairie DROZ, Genève, 2002, p. 221- 230; le site du Centre de documentation « L'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union Européenne » : http ://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/doc_civil_intro_fr.htm.

[159] C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO, *Application of the foreign law, op. cit.*, p. 26.

interprétation, situation qui contredit l'objectif d'assurer le libre accès à la justice pour tous les citoyens sur le territoire de l'Union européenne.

68. S'il existe toujours un « danger d'abstraction idéaliste quant à la construction de modèles universels dans une perspective d'harmonisation »[160], les solutions proposées tiendront cependant compte de la capacité de chaque système juridique appartenant à des États membres de l'Union européenne à adopter les solutions envisagées, le but ultime étant l'adoption d'une approche commune à l'application de la loi étrangère par les États européens. L'influence du droit de l'Union européenne se fait déjà sentir en la matière à travers les instruments de droit dérivé communautaire[161] qui ont conduit à un renforcement de l'office du juge national. De même, la mise en œuvre du droit d'accès à la justice en tant que droit fondamental renforce également l'office du juge du for lorsque l'action en justice, imposée en vertu de ce droit, postule la mise en œuvre d'une loi étrangère[162]. C'est pour cela que la Cour de cassation française a progressivement abandonné la jurisprudence *Amerford*[163] en matière de droits disponibles en déliant la preuve et l'applicabilité de la loi étrangère et en renforçant corrélativement l'office du juge. De ce fait, si la distinction de régime selon la nature disponible ou indisponible des droits demeure lorsqu'il s'agit de déterminer l'autorité de la règle de conflit à l'égard des parties, elle est privée de portée en ce qui concerne la connaissance de la loi étrangère, dont la responsabilité repose entre les mains du juge du fond.

69. Vu son influence sur les législations des États membres, un besoin de clarification du problème de l'application de la loi étrangère s'impose donc en droit de l'Union européenne, idée

---

[160] H. MUIR WATT, « Loi étrangère », *Rép. intern. D. 2009,* n° 10.

[161] Notamment les règlements n° 593/2008 du 17 juin 2008, et n° 864/2007 du 11 juillet 2007, Rome I et Rome II, portant sur la loi applicable aux obligations contractuelles et extracontractuelles. Par exemple, l'article 30 (1) (i) du règlement Rome II prévoit qu'« une étude sur la manière dont est pris en compte le droit étranger par les différentes juridictions et sur la mesure dans laquelle les juridictions des États membres mettent en pratique le droit étranger conformément au présent règlement. »

[162] Cass., soc., 11 janv. 2007, n° pourvoi 05-40626 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 2008, p. 591, note L. SINOPOLI.

[163] Dans l'arrêt Cass., com., *Amerford*, 16 nov 1993, n° pourvoi 91-16116: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1994. 332, note P. LAGARDE, *JDI* 1994, p. 98, note J.-B. DONNIER, *GAJDIP*, n° 82, a ainsi été posée la question sur à qui revient la charge de la preuve lors de l'invocation de l'application d'une loi étrangère concernant un litige relatif à des droits disponibles. La réponse de la Cour de cassation a été donnée dans le sens où dans les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits, il incombe à la partie qui prétend que la mise en œuvre 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. Il s'agit ici d'un revirement en matière de preuve opérée par la Cour de cassation par rapport à la jurisprudence *Lautour* (Cass., 1re civ., 25 mai 1948, *préc.)* et *Thinet* (Cass., 1re civ., 24 janvier 1984, *Thinet*, n° pourvoi 82-16767 : *GAJDIP* n° 61, *D.* 1948, p. 357, note P. L. P. ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1985, p. 9, note P. LAGARDE) dont se prévalait la société Amerford. Dans la jurisprudence *Lautour-Thinet*, « la charge de la preuve de la loi étrangère pèse sur la partie dont la prétention est soumise à cette loi et non sur celle qui l'invoque ». La jurisprudence Amerford implique ainsi la règle que c'est au défendeur qui invoque la compétence de la loi étrangère de le démontrer.

présente d'ailleurs dans les doctrines française[164] et allemande[165]. En effet, le constat que le nombre toujours croissant de règlements européens de droit international privé fait naître des préoccupations quant à la cohérence de ce droit, la doctrine française et la doctrine allemande se sont interrogées sur la possibilité de la création d'un règlement Rome 0, et qui règlerait les questions communes aux différents instruments spécifiques. Un tel règlement comprendrait la plupart des questions de la théorie générale du droit international privé : la qualification, les questions préalables, le renvoi, l'exception d'ordre public, les lois de police, les conflits interpersonnels et territoriaux, ainsi que l'application de la loi étrangère.

70. Même si, dans l'ensemble, les auteurs sont plutôt prudents en ce qui concerne la faisabilité à la fois politique et technique d'une telle codification, un tel projet est nécessaire pour clarifier les aspects généraux de droit international privé européen, y compris l'application de la loi étrangère.

VI. LA METHODOLOGIE DE RECHERCHE

71. Lors de notre étude, nous emploierons la méthode analytique avec prédilection[166]. La terminologie et le raisonnement propres à un système seront ainsi utilisés pour expliquer les termes, les concepts et les structures. Nous analyserons la logique inhérente du système, les règles sur lesquelles est construit le système.

72. La méthode de droit comparé sera aussi utilisée pour comparer le système juridique français à d'autres systèmes étrangers afin d'aboutir à la découverte d'un « étalon » ou d'une « grille »[167]. Nous emploierons dans ce sens la méthode fonctionnelle, très utilisée dans la doctrine anglo-américaine[168], qui compare des situations juridiques car elle se fonde sur la supposition que des situations juridiques identiques existent dans tous les systèmes de droit et à toutes les époques. Celles-ci évoluent en fonction du progrès social, économique ou technologique, mais elles restent identiques. Ainsi, les litiges internationaux sont amenés devant les juges de tous les pays du

---

[164] Voy. M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *Quelle architecture pour un Code européen de droit international privé ?*, PIE-Peter Lang, 2011, colloque organisé à Toulouse et consacré à l'architecture d'un code européen de droit international privé.

[165] Voy. S. LEIBLE, H. UNBERATH, *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft*, 2013, 516 p., colloque organisé les 29 et 30 juin 2012 à Bayreuth.

[166] ARISTOTE, *Organon*, trad. par J. TRICOT, *Bibliothèque des textes philosophiques*, éd. Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1979, 250 p ; Ch. PERELMAN, *Méthodes du droit, logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1976, p. 1-4.

[167] R. DRAGO, « Droit comparé », *in Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Lamy-PUF, Paris, 2003, II.

[168] R. SCHLESINGER, *Formation of Contracts* : *A Study of a Common Core of Legal Systems*, Stevens & Sons, London, 1968, p. 31 et s.

monde. A partir de ces données, il s'agit de savoir comment le droit, dans chaque système comparé, leur donne une solution[169]. La méthode dynamique[170] sera aussi prise en compte dans le sens où le vecteur de notre étude se dirige vers l'avenir de la condition de la loi étrangère.

VII. PROBLEME JURIDIQUE

73. L'application de la loi étrangère représente le « talon d'Achille » du droit international privé. En effet, la spécificité du droit international privé fait que l'on traite, dans cette matière, des questions impliquant des rapports juridiques avec des éléments d'extranéité, chose qui implique, naturellement, l'ouverture du système juridique du for vers l'étranger et la prise en compte des spécificités juridiques étrangères. Dans une matière ayant un tel fonctionnement, l'application de la loi étrangère devrait être, logiquement, sinon une question banale, au moins une qui ne susciterait pas la panique du juge du for lorsque sa règle de conflit la désigne comme compétente pour régir un problème juridique de droit international privé. La réalité semble, cependant, être toute autre et la question de l'application de la loi étrangère reste encore, malgré les efforts constants de la Cour de cassation, un problème délicat du droit international privé.

74. Lors de l'application d'une loi étrangère l'on peut, ainsi, remarquer des questionnements sur son autorité, la façon dont les autorités judiciaires ou non judiciaires procèdent à son application, les voies de recours ouvertes en cas de méconnaissance des règles d'application par ces autorités, l'atteinte qu'elle peut engendrer par rapport à l'ordre public du for, les problèmes de fraude à la loi, etc. Les sources de ces questionnements peuvent se retrouver dans les deux types de divergences qui peuvent exister entre le système juridique du for et le système étranger désigné par la règle de conflit, à savoir, des divergences d'approche concernant l'application de la loi étrangère et des divergences matérielles. Les approches des deux systèmes juridiques intéressés concernant l'application de la loi étrangère ne sont ainsi pas toujours les mêmes. Or, cela peut avoir comme conséquence l'insécurité des rapports juridiques de droit international privé. Les divergences matérielles entre les lois appartenant aux divers systèmes juridiques sont, quant à elles, la raison de l'existence du droit international privé. Lorsque la différence est, cependant, trop importante, les autorités juridiques ou non juridiques du for éprouvent certaines réticences à appliquer la loi étrangère.

[169] R. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 31 et s.; M. BUSSANI, U. MATTEI, « Le fond commun du droit privé européen », *RIDC*, 2000, p. 35.
[170] R. SACCO, « Legal Formants : A Dynamic Approch to Comparative law « , *A.J.C.L.*, 1991, p. 1, spec. 4.

75. Les réticences à appliquer la loi étrangère sont également renforcées par les difficultés d'accès à la loi étrangère, par le principe d'application facultative de la règle de conflit ou par une politique législative préférant l'utilisation de la *lex fori* pour la résolution des problèmes de droit international privé.

76. Toutes ces réticences tranduisent, en fin de compte, le seul et même problème que posent les rapports juridiques avec élément d'extranéité, à savoir, la place à accorder à une loi n'émanant pas du législateur national. Ce problème implique le choix que chaque système juridique du for doit opérer entre considérer la loi étrangère de la même manière que la *lex fori*, avec toutes les conséquences qui en découlent, et apercevoir son extranéité comme un frein qui rend peu probable, voire impossible, l'idée d'une quelconque ressemblance de traitement. Un reflet de ce choix peut être visible à travers la question du titre d'application de la loi étrangère par les systèmes juridiques. Celles-ci sont partagées entre considérer la loi étrangère comme un droit ou un simple fait[171] ou comme un type hybride, une sorte de *tertium genus*[172] qui mélange le droit et le fait. La voie traditionnelle considère, ainsi, que l'on ne peut pas reconnaître la juridicité des systèmes juridiques étrangers[173] au même titre que celui du système juridique du for. De ce point de vue, la loi étrangère est considérée comme un simple fait, idée qui a conduit, notamment en Italie, à l'apparition de la théorie de l'exclusivisme du système juridique. Cette théorie, qui ne s'est pas imposée en dehors de cet État, justifie l'application de la loi étrangère par sa réception effectuée par le système juridique du for à travers l'adoption d'une norme nationale reprenant le contenu de la norme étrangère applicable[174]. Une autre voie, adoptée en France en 1993, impose aux organes du *for* de considérer la loi étrangère comme une règle de droit[175].

77. Pourquoi est-ce qu'il est si important de choisir entre le fait et le droit lorsqu'il s'agit de l'application d'une loi étrangère ? La réponse réside dans le fait que la façon dont la loi étrangère

---

[171] J. MCCOMISH, « Pleading and Probing Foreign Law in Australia», *Melb.U.L. Rev.*, 2007, t. 31, p. 415-418 ; des arguments en faveur d'une approche ou d'une autre peuvent être trouvés dans les travaux de T. C. HARTLEY: « Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared », *ICLQ* 1996, p. 272-274; M. JENTERA-JAREBORG: « Foreign Law in National Courts, A comparative Perspective », *Rec. cours La Haye*, vol. 204, 2003, p. 228-229 et 264 et s..

[172] C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO, *Application of the foreign law*, Sellier, Européen Law publishers GmbM, 2011, p. 8.

[173] Voy. R. AGO, « Règles générales des conflits de lois », *Rec. cours La Haye*, vol. 58, 1936, p. 247 et s., spécialement p. 278 où l'auteur, se référant à KELSEN, affirme que « l'idée d'un conflit ou d'un concours de lois reste nécessaire en dehors de l'ordre juridique national, pour lequel les lois des autres ordres juridiques ne peuvent avoir en elles-mêmes valeur juridique » ; pour une comparaison en droit anglo-saxon voy. H. MUIR WATT, « Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1986, p. 425 et s.

[174] Voy. R. AGO, *Rec. cours La Haye*, vol. 58, 1936, p. 295 s., spéc. p. 302-303.

[175] Cass., 1re civ., 13 janv. 1993, *Coucke,* n° pourvoi 91-13851, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1994, p. 78, note B. ANCEL.

est appréhendée par les autorités étatiques a une importance capitale car cela influence directement son régime procédural. Par exemple, les questions de droit sont appréhendées *ex officio*[176], le principe *iura novit curia*[177] intervient dans leur cas et leur application est contrôlée par les cours suprêmes. Les questions de fait, au contraire, doivent être prouvées par les parties et leur application n'est pas contrôlée par les cours suprêmes[178]. Par conséquent, la façon dont la loi étrangère est considérée influence le rôle des parties et du juge lors de son application. De ce fait, considérer la loi étrangère comme du droit impose aux cours suprêmes un rôle actif en ce qui concerne le contrôle de son application alors qu'au contraire, la considérer comme un simple fait accorde ce rôle actif et presque exclusif aux parties[179]. Cependant, la loi étrangère est soumise, en France, à un régime procédural spécifique qui ne se confond pas avec celui du droit matériel français ou celui des simples faits. Il s'agit d'un statut hybride[180] de la loi étrangère, qui repose sur la distinction qui doit être faite entre son aspect impératif, qu'elle perd dans le for, et son aspect rationnel, qui est le seul conservé lors de son application. Or, le statut hybride de la loi étrangère provoque, au niveau du régime de son application, des inconvénients tenant à la nécessité de maintenir un l'équilibre entre l'autorité que l'on aurait idéalement reconnu à la règle de conflit, si la loi étrangère était considérée en tant que droit, et les considérations d'économie procédurale. Ces considérations d'économie procédurale s'opposent, malheureusement, à une règle de conflit impérative qui obligerait le juge du for de connaître ou de s'informer lui-même sur la teneur de la loi étrangère applicable. De même, sa décision serait exposée à la censure de la Cour de cassation en cas d'erreur sur l'état ou le sens du droit positif étranger. Ce sont des conséquences lourdes de sens si l'on tient compte du fait que « malgré les voies d'accès aux droits étrangers qui se multiplient grâce à la coopération judiciaire et les progrès techniques, l'extranéité du droit à appliquer rend aléatoire son interprétation judiciaire, mettant, en même temps, en cause la légitimité de toute tentative d'extrapolation du sens originaire »[181]. L'on observe, donc, que le régime d'application de la loi étrangère est intimement lié au régime d'application de la règle de conflit. La loi étrangère n'a, en effet, pas de vocation à être appliquée que suite à la désignation

[176] Expression latine employée pour décrire un rang ou les privilèges directement obtenus par la situation d'un individu ou par le poste qu'il occupe. Se réfère au pouvoir qui, bien que non obtenu par un protocole officiel, est directement induit par la fonction exercée.
[177] En traduction du latin, « le juge est censé connaître la loi ».
[178] R. HAUSMANN, « Pleading and Proof of Foreign Law-a Comparative Analysis », *The European Legal Forum*, 1-2008, p. I-2.
[179] *Ibidem.*
[180] H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, rééd. 2002, p. 50 et s. ; certains auteurs contemporains contestent cette analyse, comme, par exemple, P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, 11e éd., Montchrestien, 2014, nº 179.
[181] H. MUIR WATT, « Loi étrangère », *Rép. intern. D.* 2009 (actualisation 2014), nº 3.

opérée par la règle de conflit. En décrivant ce phénomène, F Rigaux parlait non pas de l'application mais de l'applicabilité de la loi désignée par la règle de conflit[182]. Cet auteur faisait, de ce fait, une distinction entre la force obligatoire directe de la *lex fori* et applicabilité d'une autre loi en vertu d'une « règle d'applicabilité » ; cette loi pourrait être celle d'un autre système juridique (la règle d'applicabilité s'appellerait, dans ce cas, « règle de conflit de lois »), ou bien « un droit matériel spécialement adapté aux éléments internationaux de la situation »[183]. La distinction était, ainsi, faite entre norme matérielle et règle qui en déclare l'applicabilité, soit une règle de conflit, l'auteur considérant, de ce fait, qu'on devait « soigneusement distinguer la disposition de droit matériel proprement dite de la règle de conflit qui l'accompagne nécessairement»[184]. A notre avis, l'applicabilité rattachée à la règle de conflit se répercute sur l'intégralité du processus d'application de la loi étrangère. En effet, durant tout le temps de ce processus, du moment de la réalisation de la qualification du problème juridique de droit international privé et jusqu'à la mise en œuvre concrète de la règle matérielle appartenant au système juridique compétent à régir ce problème, l'application de cette règle matérielle risque d'être remise en question. Cela peut être due à un problème provoqué par des concepts ou des rattachements appartenant à des ordres juridiques différents, une multiplicité des lois étrangères en concurrence - causée par le partage d'un même territoire aussi que par l'intervention d'un facteur temporel ou l'intolérance du système juridique du for à la loi étrangère applicable. A chaque fois que ce genre de problèmes interviennent, il est fort probable que la loi étrangère désignée comme applicable, soit remplacée avec la *lex fori* (ou, plus rarement, avec une autre loi étrangère plus adaptée). Ce n'est, donc, pas sûr que la règle matérielle étrangère sera effectivement appliquée une fois désignée par la règle de conflit du for, elle étant, de ce fait, une règle matérielle stressée.

78. En règle générale, la réticence à appliquer la loi étrangère se fait particulièrement ressentir au niveau des instances de fond. De ce fait, il existe une déconnexion, en droit international privé français, entre la frilosité des juges du fond et la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation qui est favorable à l'application de la loi étrangère[185]. Cela traduit l'existence d'un déséquilibre, dans le cadre du droit international privé, dans le choix de la prévalence à accorder à la politique

---

[182] F. RIGAUX, *Droit international privé*, t. I., *Théorie générale*, Bruxelles, Larcier, 2e éd. 1987 (1977), p. 103 et s.
[183] F. RIGAUX, *Droit international privé*, *op. cit.* 1987, p. 241.
[184] F. RIGAUX, *Droit international privé*, *op. cit.* 1987, p. 241 ; J. KROPHOLLER, *Internationales Einheitsrech. Allgemeine Lehre*, (Droit uniforme international. Théorie générale), Tubingen, J.C.B. Mohr, 1975, p. 183 et s, suit également le raisonnement de Rigaux en affirmant que les règles de conflit de lois auraient une « fonction déterminative de l'application» (*Anwendungsbestimmende Funktion*) du droit matériel uniforme (*Anwendung*).
[185] Voy. *infra.* nos 299-306.

législative interne ou à la justice internationale. La préférence pour la *lex fori* s'accompagne, en plus, du vide législatif en matière de régime juridique de l'application de la loi étrangère au niveau du droit de l'Union européenne, avec des conséquences négatives quant à la sécurité juridique de l'espace européen.

79. Au vu de tous ces éléments on se demande si les règles concernant l'application de la loi étrangère assurent son application effective dans le système juridique du for et comment on pourrait améliorer ce processus d'application. Il est évident que, parmi les problèmes systémiques qui peuvent mettre en question la mise en œuvre de la règle matérielle étrangère, certains ont comme fonction de protéger le système juridique du for des influences trop opposées aux conceptions fondamentales de la communauté qui s'y rattache, comme, par exemple, l'exception d'ordre public international. Dans ce cas, appliquer sans nuances une loi étrangère, au risque de provoquer un profond trouble dans la communauté, serait ne pas tenir compte des sensibilités de cette communauté, ce qui nuirait, à long terme, à une quelconque législation favorable à l'ouverture vers l'étranger.

80. Il nous est, donc, paru nécessaire d'analyser l'ensemble des règles juridiques permettant ou influençant l'application/applicabilité de loi étrangère dans le système juridique du for, afin de déceler lesquelles, parmi elles, seraient susceptibles d'améliorations afin de permettre une mise en œuvre de la loi étrangère en concordance avec les exigences systémiques du for. C'est seulement en ayant une idée claire des difficultés avec lesquelles peut être confrontée l'application de la loi étrangère, qu'il est, par la suite, possible d'envisager des solutions permettant la création d'un espace juridique favorable à son application. Notre thèse consiste, donc, dans une plaidoirie en faveur d'une application de la loi étrangère conforme à la désignation faite par la règle de conflit du for et aux exigences imposées par système juridique du for. En effet, le droit international privé doit assurer le maintien de l'équilibre entre la politique législative interne et la justice internationale et l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for en représente la preuve. Une application limitée de la loi étrangère, malgré la désignation réalisée par la règle de conflit, représente un court-circuit entre la volonté de la règle de droit international privé et sa mise en œuvre et, de ce fait, prouve une incapacité de la matière d'assurer ledit équilibre. Il est évidemment plus simple de préférer à l'application de la loi étrangère l'application de la *lex fori* pour des raisons de cohérence juridique interne ou d'éviter d'en reconnaître l'importance dans le droit de l'Union européenne. Or cela ne signifie pas que le problème n'existe pas ; le problème est bien là et il affecte la justice internationale de droit international privé ainsi

que la sécurité juridique dans l'espace européen. Il ne s'agit pas, pourtant, de soutenir l'application artificielle de la loi étrangère, mais de comprendre les difficultés de son mécanisme et de chercher des solutions pragmatiques qui prennent en compte la nécessité de son application ainsi que les problèmes d'ajustement avec le système juridique du for. L'application de la loi étrangère implique, de ce fait, une « danse » qui nécessite la coordination entre les systèmes juridiques intéressés, à savoir, celui de la *lex fori*, celui auquel appartient la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for mais aussi d'autres systèmes juridiques avec lesquels le rapport juridique peut présenter des liens étroits.

VIII. PLAN DE L'ETUDE

81. En général, lorsque l'on parle d'application de la loi étrangère, un lien logique renvoie automatiquement cette question à celle de la méthode conflictuelle. En effet, traditionnellement, c'est à travers l'utilisation de la méthode conflictuelle que l'on fait appliquer, dans le système juridique du for, une loi présentant une origine étrangère. Cette méthode impose un raisonnement en deux temps qui consiste en l'application de la règle de conflit du for et, par la suite, de la loi indiquée comme ayant vocation à résoudre le problème juridique sur le fond. Cependant, l'application de la loi étrangère n'intervient pas seulement à travers la désignation opérée par la règle de conflit, l'utilisation du mécanisme des lois de police pouvant avoir, dès fois, ce même résultat. Consacrée à l'occasion de la jurisprudence *Royal Dutch*[186], qui a permis l'application des lois de police étrangères, cette solution n'impose pas, en apparence, le passage par une règle de conflit afin d'appliquer, par la suite, une loi étrangère. La question de l'application ou non d'une règle de conflit, dans ce cas, divise la doctrine, certains auteurs ayant suggéré de faire dépendre l'application des lois de police étrangères de leur désignation par la règle de conflit du for[187], alors que d'autres ont considéré que cela reviendrait à nier la présence d'une loi de police étrangère par nature impérative[188]. A notre avis, ce problème nécessite bien de prendre en compte certaines nuances car même si l'application des lois de police étrangères ne suppose pas l'application de la règle de conflit du for, car leur impérativité suffit pour entraîner

[186] Cass, 1re civ., 25 janvier 1966, n° pourvoi Juritext 000006970530 : *D.* 1966, p. 390, note Y. LOUSSOUARN, *JDI* 1966, p. 631, note J.-D. BREDIN, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1966, p. 238, note Ph. FRANCESCAKIS.

[187] Ph. FRANCESCAKIS cité par Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, n° 133.

[188] F. DEBY-GERARD a notamment critiqué Ph. FRANCESCAKIS en lui rapprochant notamment de permettre au juge de revenir à l'application de la *lex fori* par un procédé détourné, dans *Le rôle de la règle de conflit dans le réglement des rapports internationaux*, Paris, Dalloz, 1973, nos 72 et s., p. 54 et s.

leur application, leur détermination se fait en fonction de la qualification retenue par le système juridique étranger[189].

82. Pourquoi une telle tendance d'évitement de la méthode conflictuelle ? L'application des lois de police étrangère fait, en effet, partie d'une tendance plus ample de critique de la méthode conflictuelle. Ces critiques concernent en particulier les caractères[190] la règle de conflit, élément central de la méthode conflictuelle, qui entrainaient une certaine rigidité de cette règle. Or, les conséquences de la rigidité de la règle de conflit se traduisent en matière d'application de la loi étrangère dans sa fonction de la désignation indifférente d'une loi applicable au rapport juridique de droit international privé ainsi que de la désignation exclusive d'une seule loi étrangère et du rejet corrélatif d'autres lois étrangères plus aptes à régir le rapport juridique que la *lex fori*, qui intervient dans ce cas en raison de sa vocation universelle en cas d'inapplication de la loi étrangère désignée.

83. Si l'application des lois de police étrangères représente une réaction à la rigidité de la règle de conflit, la méthode conflictuelle reste, malgré tout, la méthode qui permet l'application de la loi étrangère dans la plupart des cas. Afin de rendre cette méthode plus flexible l'on accepte, de nos jours, que la règle de conflit n'a pas comme seule fonction la simple désignation de la loi étrangère, ayant rajouté à celle-ci une deuxième fonction qui consiste en l'acceptation de l'examen de la pertinence de la règle de droit matériel qui sera appliquée. La règle de conflit admet donc la négociation de l'application de la loi étrangère, sa deuxième fonction s'appuyant sur l'idée que la règle de conflit ne garantit pas l'application de la loi désignée. La règle de conflit n'impose donc pas au juge l'application de la loi étrangère mais elle lui donne la possibilité d'apprécier, en fonction de nombreux autres éléments, l'avènement de celle-ci dans le contentieux de droit international privé. C'est au juge de décider, en fin de compte, en s'appuyant sur les mécanismes offerts par son ordre juridique, si la loi étrangère sera effectivement appliquée ou pas.

84. A côté de l'évolution des fonctions de la règle de conflit, l'on observe également des interdépendances entre des éléments qui influencent ou font partie du mécanisme de l'application de la loi étrangère. Ainsi le régime juridique de d'application de la règle de conflit et celui de l'application de la loi étrangère s'inter-conditionnent, la modification de l'un entrainant des

---

[189] Voy. *supra* nº 18.

[190] Les caractères de la règle de conflit consistent ainsi dans sa neutralité, sa bilatéralité, son caractère indirect et son abstraction. La neutralité de la règle de conflit se reflète ainsi dans le fait qu'elle se contente de localiser objectivement les rapports juridiques internationaux, indépendamment des valeurs sociales de l'État qui l'édicte. La bilatéralité de la règle de conflit se caractérise par une désignation indifférente de la *lex fori* ou de la loi étrangère. Le caractère indirect de la règle de conflit lui impose de ne pas donner de solution matérielle immédiate et le caractère abstrait définit des rattachements propres à des larges catégories juridiques.

conséquences dans l'autre. De même, la qualification que le juge du for opère par rapport à un problème juridique provoque l'application d'une certaine règle de conflit correspondante qui, par la suite, entraîne l'application de la loi étrangère désignée par cette règle de conflit. Or, si la qualification du juge change, la loi applicable changera également. En outre, en cas de changement de souverainetés ou de mobilité du point de rattachement ou de changement de lois dans le temps dans le système juridique étranger, cela entraînera une influence sur l'application éventuelle de la loi étrangère.

85. Tous ces éléments qui touchent, de près ou de loin le mécanisme de l'application de la loi étrangère nous mènent à penser que l'application de la loi étrangère est, au fond, un processus plus ample. Celui-ci est, en effet, déclenché lorsque le juge du for est saisi d'un problème présentant un élément d'extranéité et s'arrête au moment où il rend la décision. Et même si une fois déclenché, ce processus n'aboutit pas à l'application d'une loi étrangère, il reste quand même un processus concernant l'application de la loi étrangère par rapport à la nature des problèmes qu'il soulève et non pas par rapport au résultat concret obtenu. Ce n'est pas parce que le médecin n'a pas réussi à guérir la maladie qu'il faut néccessairement conclure que la maladie n'a jamais existé et qu'aucun traitement n'a été administré au malade.

86. Ayant pris en compte tous les éléments pouvant influencer, de près ou de loin, le mécanisme de l'application de la loi étrangère nous considérons ainsi que le processus concernant l'application de la loi étrangère implique trois étapes, à savoir, la qualification du rapport juridique, la désignation et la mise en œuvre de la loi étrangère. Ce processus concernant l'application de la loi étrangère concentre, en revanche, deux grands axes. D'un côté, l'on peut observer le mécanisme normal de l'application de la loi étrangère qui est régit par des principes directeurs concernent les fondements de l'application de la loi étrangère ou qui organisent le fonctionnement de ce mécanisme. D'un autre côté, le processus concernant l'application de la loi étrangère présente, comme nous l'avons vu, une structure en étapes lors desquelles la loi étrangère doit prouver encore et encore sa fiabilité. En effet, à chaque étape de ce processus il existe la possibilité que des éléments perturbateurs interviennent et provoquent des déséquilibres dans le fonctionnement de ce mécanisme normal. Ces éléments perturbateurs sont ainsi représentés par les concepts ou des rattachements appartenant à des ordres juridiques différents, la multiplicité des lois étrangères en concurrence - causée par le partage d'un même territoire aussi que par l'intervention d'un facteur temporel ou l'intolérance du système juridique du for à la loi étrangère applicable. Or, tous ces éléments perturbateurs posent des problèmes lors de l'application de la loi

étrangère et peuvent fournir un bon argument aux juges du for d'appliquer la *lex fori*. Ils existe, certes, des solutions les concernant dont l'efficacité reste à prouver.

87. Qu'il s'agisse de principe directeurs ou d'éléments perturbateurs, les deux axes posent des problèmes spécifiques dans la matière de l'application de la loi étrangère et c'est ainsi qu'est apparue la nécessité de déterminer si la réglementation touchant aux diverses étapes contenues dans le processus concernant l'application de la loi étrangère assure l'application effective de cette loi telle que désignée par la règle de conflit. Pour ce faire il faut donc analyser les principes directeurs de l'application de la loi étrangère (Partie I) ainsi que les éléments perturbateurs de l'application de la loi étrangère (Partie II).

PARTIE I

LES PRINCIPES DIRECTEURS DE L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

88. L'application de la loi étrangère implique l'existence de certaines règles qui fixent son cadre spécifique. Ces règles s'érigent en principes, du latin *principium*, dès qu'elles constituent la base sur laquelle repose la théorie de l'application de la loi étrangère concernant tant sa justification que son fonctionnement. Elles accompagnent donc la théorie de l'application de la loi étrangère d'une manière constante, usuelle, leurs lignes directrices étant acceptées par le législateur, la doctrine et la jurisprudence. Les principes ainsi adoptés dans l'ordre juridique du for, forment le noyau de l'application de la loi étrangère et le critère du jugement de valeur de l'autorité du for a ici une faible portée. L'autorité du for peut, évidement, influencer ces principes en proposant des schémas de raisonnement qui seront, par la suite, confirmés ou infirmés par la jurisprudence ou la législation postérieures. Quels sont donc ces principes de la théorie de l'application de la loi étrangère ?

89. En fonction de leur « pouvoir d'irradiation » impliquant le degré de leur portée, plus large ou restreinte à certains aspects, ces principes peuvent s'analyser en principes génériques et principes circonstanciés de l'application de la loi étrangère. Les principes génériques de l'application de la loi étrangère ont ainsi une portée plus large tenant aux règles qui fondent la méthode de l'application de la loi étrangère, qu'il s'agisse de règles sur son fonctionnement ou des arguments doctrinaux la soutenant. Les principes circonstanciés de l'application de la loi étrangère ont une portée ponctuelle et concernent, en revanche, les modalités concrètes d'application de la règle de conflit, condition *sine qua non* de l'application de la loi étrangère dans le cadre du fonctionnement du système savignien. Ces mêmes principes circonstanciés peuvent concerner l'accessibilité au contenu de la loi étrangère ou sa compréhension. Il s'agit donc d'analyser, dans un premier temps, les principes génériques de l'application de la loi étrangère (Titre I) pour passer, dans un second temps, à l'analyse des principes circonstanciés (Titre II).

TITRE I

LES PRINCIPES GENERIQUES DE L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

90. L'application de la loi étrangère peut être considérée comme l'exception qui confirme la règle. En effet, l'application d'une loi autre que la *lex fori,* qui appartient donc à un autre système juridique que celui du for, est une situation d'exception qui ne se retrouve pas dans les autres matières juridiques. Elle confirme, de ce fait, la règle de l'application de la *lex fori* par le juge national. Cependant, le droit international privé a la particularité de concerner les rapports juridiques ayant un élément d'extranéité, comme, par exemple, la nationalité, la situation du bien immeuble, la résidence ou le lieu de conclusion du contrat de vente, etc. Or, lorsque l'on est confronté à de tels rapports juridiques, l'application généralisée de la *lex fori* ne se justifie plus et risque même de provoquer des conséquences négatives, tel l'isolement du système juridique du for. L'application de la loi étrangère représente, cependant, une telle singularité dans le cadre des diverses matières juridiques, qu'elle nécessite un cadre spécifique comprenant des règles adaptées.

91. Pour répondre au mieux aux besoins de l'application de la loi étrangère, plusieurs éléments doivent être pris en compte lors de la formulation de ces règles. Le législateur doit ainsi tenir compte de la spécificité de la matière du droit international privé et surtout de la façon dont le terme « international » est employé ici ; il doit également réfléchir au « pourquoi » et au « comment » d'une éventuelle application de la loi étrangère mais aussi à l'importance à accorder à la loi étrangère: doit-il traiter la loi étrangère de la même manière que la *lex fori* ? ; les inconvénients de la méthode conflictuelle nécessitent également une attention toute particulière. S'il est évident que tous ces éléments influencent l'application de la loi étrangère, le degré de cette influence sur ce type d'application n'est pas le même. Certains éléments agissent, ainsi, au niveau intime du mécanisme de l'application de la loi étrangère alors que d'autres, tout en mettant leur empreinte sur le résultat final, restent plus en retrait, étalant leur pouvoir d'une manière plus indirecte. Nous avons, de ce fait, observé que certains éléments influencent d'une manière essentielle l'application de la loi étrangère, comme c'est le cas, par exemple, des conséquences que la spécificité du droit international privé, découlant du sens particulier du terme « international », peut avoir en la matière. De même, les justifications menant à la mise en œuvre d'une loi autre que la loi nationale influencent également l'application de la loi étrangère. En même temps, d'autres éléments l'influencent d'une manière moins visible l'application de la loi étrangère, en survenant incidemment ou en s'ajoutant accessoirement, mais modèlant, cependant, le cadre de

ce type d'application, comme, par exemple, la différence des régimes procéduraux de la *lex fori* et de la loi étrangère, ainsi que les critiques soulevées par la doctrine en ce qui concerne la méthode conflictuelle. On peut ainsi considérer les premiers comme représentant les fondamentaux de l'application de la loi étrangère (Chapitre 1) alors que les seconds ne sont que des adventices à cette application (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

LES FONDAMENTAUX DE L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

92. Il est nécessaire d'assurer un cadre juridique dans le système juridique du for qui comprenne des règles adaptées à la spécificité de l'application de la loi étrangère. Or, pour ce faire, le législateur doit tenir compte de plusieurs éléments qui influencent directement l'application de la loi étrangère et qui représentent ainsi ses fondements. De ce point de vue, l'internationalité du droit international privé mais aussi la volonté du for d'appliquer la loi étrangère, représentent des éléments qui diffusent leur influence sur ce type d'application.

93. Dans un premier temps, le législateur doit tenir compte, lors de la formulation des règles concernant l'application d'une loi étrangère, de la spécificité de la matière du droit international privé. En effet, l'application de la loi étrangère est liée indissociablement à la matière du droit international privé car ce n'est que dans le cadre de cette matière que l'autorité judiciaire ou non judiciaire d'un système juridique peut être amenée à appliquer une loi autre que celle indiquée, pour le problème juridique dont elle est saisie, par le système juridique du for.

94. Afin de comprendre la possibilité d'appliquer une loi étrangère par le système du for, il faut comprendre la spécificité de la matière qui découle, à notre avis, du sens particulier que le terme « international » reçoit sur ce terrain. C'est ce terme précis qui explique les contradictions apparentes qui caractérisent le droit international privé. Ainsi, c'est parce que l'internationalité de la matière est typique que l'on peut comprendre pourquoi un droit étatique peut être appelée « international » ou pourquoi un droit qui se dit « international » peut présenter des solutions purement étatiques. De même, l'on comprend mieux pourquoi un droit régional comme le droit de l'Union européenne peut produire des changements qui se répercutent directement sur la matière du droit international privé des États membres sans que soit nécessaire une mesure de réception comme la ratification des traités en droit international public. En effet, si la primauté et l'effet direct du droit de l'Union européenne[191] expliquent l'emprise qu'a ce droit sur la matière du droit international privé des États membres, l'internationalité du droit international privé explique, en revanche, pourquoi cette matière accepte une telle emprise.

95. Dans un second temps le législateur doit également réfléchir aux éventuelles justifications menant à la mise en œuvre d'une loi autre que la loi nationale. Est-il contraint d'appliquer une loi étrangère ou peut-il, au contraire, éviter une telle application ? Il doit donc mettre en balance le «

[191] Voy. *infra.* n°s 133-139.

pourquoi » et le « comment » d'une éventuelle application de la loi étrangère afin de la favoriser ou, au contraire, de la restreindre. La volonté du for d'appliquer ou pas une loi étrangère présente donc un rôle certain dont il faut analyser la portée.

96. Nous allons donc révéler l'application de la loi étrangère comme conséquence de l'internationalité du droit international privé (Section 1), pour mettre en évidence, ensuite, ce type d'application conditionné par la volonté du for (Section 2).

SECTION 1

L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE COMME CONSEQUENCE DE L'INTERNATIONALITE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

97. L'application d'une loi étrangère par le système juridique du for représente la conséquence de la spécificité du droit international privé. Cette matière régit, en effet, des rapports juridiques privés présentant un élément d'extranéité. L'extranéité, qu'elle soit réelle (regroupant l'ensemble des critères territoriaux fondés sur une localisation géographique) ou personnelle (regroupant l'ensemble des critères personnels fondés sur un lien de nationalité) - se présente comme une limite juridique au champ d'application dans l'espace de la *lex fori*. Par conséquent, dès que l'on se retrouve en présence d'un élément d'extranéité, la loi étrangère a vocation à être appliquée si la règle de conflit du for l'indique comme régissant le problème juridique de droit international privé. L'extranéité impose donc l'idée d'un droit international privé rattaché au monde juridique international, appartenance également suggérée à travers l'utilisation du terme « international » dans la dénomination de cette matière.

98. Cependant, si l'extranéité des rapports juridiques de droit international privé ne pose aucune difficulté de compréhension, l'« internationalité » de la matière peut avoir des effets qui ne se rattachent pas à la spécificité d'une matière purement internationale, telle celle du droit international public. Ainsi, d'un côté, l'internationalité du droit international privé a comme effet direct l'application de la loi étrangère. L'on observe, en effet, que la possibilité d'appliquer une loi étrangère ne se retrouve que dans cette matière ; elle n'existe pas, par exemple, en droit international public. Or cela peut faire naître des interrogations sur les raisons de cette situation. Les deux matières contiennent, après tout, le même terme « international » dans leur dénominations respectives. Logiquement, si le terme est, en apparence, le même pour les deux matières, au vu des différences évidentes entre celles-ci, il est nécessaire d'aller plus loin et de s'interroger sur le sens même de ce terme. Est-ce que le sens du terme « international » reste le même pour le droit international privé ainsi que pour le droit international public ? Le problème est justement de déterminer le sens de cette internationalité et, de ce point de vue, plusieurs propositions ont été avancées, le choix opérant principalement entre les sources de la matière, les qualités essentielles des parties et les éléments qui relient le rapport juridique aux autres ordres juridiques. D'un autre côté, l'internationalité du droit international privé a également comme effet incident de permettre au droit de l'Union européenne d'influencer le droit international privé des États membres sans passer par la procédure de la ratification des traités, qui s'impose

pourtant dans le droit international. Cette possibilité s'explique par l'originalité de cette organisation internationale avec les caractéristiques des normes qui en découlent, à savoir, le principe de primauté et l'effet direct du droit de l'Union européenne, ainsi que par l'internationalité spécifique du droit international privé. De ce point de vue, l'application de la loi étrangère peut être influencée de manière incidente par l'internationalité du droit international privé car, en permettant l'application des règles européennes elle permet donc la modélisation européenne de ce type d'application.

99. L'application de la loi étrangère semble influencée d'une manière directe mais aussi d'une manière incidente par l'internationalité du droit international privé mais seule une analyse approfondie pourrait éclairer la question. Il s'agit donc de procéder à l'analyse, dans un premier temps, de l'effet direct de l'internationalité du droit international privé (§1) pour révéler, ensuite, son effet incident sur l'application de la loi étrangère (§2).

§ 1. L'EFFET DIRECT DE L'INTERNATIONALITE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

100. La doctrine de droit international privé fonde toutes ses analyses sur la prémisse que cette matière reste indéniablement une partie de la *lex fori*. Cette prémisse place le droit international privé dans la catégorie des droits nationaux et la notion d'« internationalité » sème ainsi le doute car elle est associée naturellement au sens employé en droit international public.

101. Une idée contraire à cette thèse a été cependant avancée et suggère que le droit international privé aurait, à côté de sa nature étatique, une nature internationale au même sens que celle du droit international public. Cette idée contraire a été exprimée dans un arrêt de 1929 de la Cour Internationale de Justice[192] qui avait affirmé que « tout contrat qui n'est pas un contrat entre des États en tant que sujets du droit international, a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir quelle est cette loi fait l'objet de la partie du droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé ou de théorie du conflit des lois. Les règles en peuvent être communes à plusieurs États et même être établies par des conventions internationales ou des coutumes, et dans ce dernier cas avoir le caractère d'un vrai droit international, régissant les rapports entre des États. Mais, à part cela, il y a lieu de considérer que lesdites règles font partie du droit interne ». Le passage du texte en italique semble avancer l'idée

[192] Décision n° 14 concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France, *in Publications de la Cour Permanente De Justice Internationale*, éd. A. W. Sijthoff, 1929, Leyde, Série A, n°s 20-21, p. 41.

que le droit international privé a également une nature purement internationale détenant, de ce fait, les mêmes caractères que le droit international public[193].

102. L'internationalité du droit international privé est-elle donc identique à celle du droit international public ? Pour répondre à cette question il faut comparer les éléments qui rendent « international » le droit international public, à savoir, les sources, la qualité essentielle des parties et l'objet de cette matière, et les mettre en rapport avec les mêmes éléments dans le cadre du droit international privé. La comparaison ainsi effectuée révèlera le fait que l'internationalité du droit international privé ne se traduit pas de la même manière que celle du droit international public, étant nettement différente (A). En effet, l'internationalité du droit international privé est une notion spécifique, propre à cette matière (B), ce qui permet l'application, dans le système juridique du for d'une loi « extérieure » à celui-ci.

A. UNE INTERNATIONALITE DIFFERENTE DE CELLE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

103. Afin de décrypter le sens de la notion d'internationalité du droit international privé, le plus logique est de la comparer à la même notion présente dans la matière du droit international public qui, par définition, est considérée comme étant spécifiquement internationale. Il s'agit ainsi de prendre en considération deux éléments qui rendent le droit international public « international », à savoir, la qualité essentielle des parties et ses sources. Ces éléments seront ensuite comparés aux mêmes éléments contenus dans la matière du droit international privé afin d'observer si le résultat reste le même, à savoir, l'obtention d'une internationalité réelle, ou si le résultat est différent.

104. En même temps, il est intéressant de remarquer l'influence que la « querelle » concernant l'internationalité du droit international privé a eue sur les solutions proposées en la matière. De ce point de vue l'on oppose la théorie particulariste à la théorie internationaliste. On analysera donc dans un premier temps les éléments révélateurs de l'internationalité du droit international public en comparaison avec les mêmes dans la matière du droit international privé (1) pour présenter ensuite les solutions proposées en droit international privé pour résoudre les problèmes juridiques inhérents à cette matière et qui sont fondées sur son internationalité (2).

[193] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 35.

1. DES ELEMENTS REVELATEURS D'INTERNATIONALITE OPPOSES

105. En ce qui concerne les qualités essentielles des parties en tant que révélatrices de l'internationalité d'une matière juridique, le droit international public représente une branche du droit public et concerne les États et les relations d'ordre politique ou économique entre les États qui se nouent entre ceux-ci à travers des traités ou la mise en place des organisations internationales ou des juridictions internationales. De ce point de vue, tout comportement d'un État susceptible d'affecter d'autres États entre dans le champ d'application du droit international public. Si on poursuit la même logique, vu que les relations privées internationales intéressent, par hypothèse, deux ou plusieurs États, on pourrait alors conclure que toute intervention de l'un d'eux sera limitée par ses obligations à l'égard des autres. De ce point de vue l'internationalité du droit international privé peut placer cette matière au même niveau que celui de droit international public. Or, cela entre en conflit avec l'idée que lorsque les États font du commerce, ils se comportent comme des personnes privées et que c'est ainsi le droit international privé qui leur est appliqué[194].

106. L'idée d'un droit international privé situé au même niveau que le droit international public, au-delà d'un certain intérêt théorique, ne fait que mettre en avant la fonction de ce dernier, insérée ainsi en matière de relations privées internationales, de reconnaître aux États la possibilité de décider librement quelles règles adopter. De ce point de vue l'influence publiciste reste alors très limitée en droit international privé.

107. La possibilité de décider librement des règles à adopter dans une matière donnée peut être trouvée, par exemple, dans le droit de la nationalité, celui de la condition des étrangers ou des conflits de lois ou des juridictions. Ainsi, la nationalité d'une personne intéresse spécialement le droit international public, car chaque État possède à l'égard de ses nationaux une compétence personnelle opposable aux autres États, qui se manifeste en particulier par l'exercice de la protection diplomatique. En ce qui concerne la condition des étrangers, le droit international public coutumier pose le principe d'égalité de traitement des étrangers et des nationaux qui n'est, en réalité, jamais respecté, les étrangers se trouvant toujours dans une situation d'infériorité.

108. En matière de conflit de lois et de juridiction, les interventions du droit international public sont également limitées et se traduisent, par exemple, par le fait que les organes d'un État ne peuvent accomplir un acte de contrainte sur le territoire d'un autre État, sauf accord entre l'État contraignant et l'État du lieu de contrainte. L'arrêt *Lotus* de la Cour permanente de justice

[194] F. MONEGER, *Droit international privé*, 7e éd., LexisNexis, 2015, p. 2.

internationale du 7 septembre 1927 indique ainsi que « la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure - sauf l'existence d'une règle permissive contraire - tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État » [195].

109. L'on peut observer que les États possèdent, chacun, une sphère légitime de compétence dont ils ne peuvent sortir sans pénétrer illégitimement dans la sphère d'un autre État, le droit international public ne leur imposant aucune coopération car il se contente de protéger la souveraineté de chacun d'entre eux dans l'exercice de sa compétence.

110. En ce qui concerne les sources comme révélatrices de l'internationalité d'une matière juridique, certains auteurs[196] considèrent que le droit international privé est un mélange entre les règles nationales et internationales, semblable au mélange des règles fédérales et étatique (« *state norms* ») aux États Unis. La question de savoir si le droit international privé est international ou national représente ici une fausse distinction et il ne faut pas pendre en considération, en droit international privé, le sens général du terme « international » car celui-ci n'est pas le même que dans le droit international public.

111. De même, l'on soutient que l'« internationalité » ne se réfère pas aux sources des règles du droit international privé dont la grande majorité a une origine purement nationale[197]. C'est le cas, par exemple, des statuts adoptés par les parlements nationaux, la jurisprudence des tribunaux nationaux, les travaux préparatoires, les opinions de la doctrine, etc. L'idée peut être soutenue par deux arguments : premièrement, beaucoup d'États ont adopté leurs propres codes de droit international privé[198] ; deuxièmement, les règles de droit international privé varient d'un État à l'autre[199].

112. Les règles de droit international privé sont donc, en principe, des parties intégrantes du système juridique du for et, par conséquent, sont soumises au système hiérarchique de ses sources.

---

[195] CPJI, 7 sépt. 1927, *Lotus*, *Rec. CPJI*, Série A, p. 18.

[196] A. MILLS, *The Confluence of Public and Private International Law: justice, pluralism and subsidiarity in the international constitutional ordering of private law*, Cambridge University, 2009, p. 24 et p. 308.

[197] Voy. M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 34-44. Cependant l'origine purement nationale des sources des règles de droit international privé est concurrencée, dans le cas des États membres de l'Union européenne, par les règles de droit international privé de source régionale européenne.

[198] A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé : cours general », *Rec. cours La Haye*, vol. 341, 2009, p. 30-32.

[199] Voy. en ce sens B. AUDIT , L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 9 ; C.M.V. CLARKSON, J. HILL, *The conflict of laws,* Paperback, 2011, p. 1-3. O. KAHN-FREUND, « General problems of private international law », *Rec. cours La Haye*, vol. 143, 1974, p. 147 ; T.C. HARTLEY, « The Modern Approach to Private International Law: International Litigation and Transactions from a Common-Law Perspective », *Rec. cours La Haye*, vol. 319, 2006, p. 25-26 ; J.,-M., JACQUET, « La fonction supranationale de la règle de conflit de lois », *Rec. cours La Haye*, vol. 292, 2001, p. 159 ; F. VICHER, « General course on private international law », *Rec. cours La Haye*, vol. 232, 1992, p. 22.

C'est ainsi que, par exemple, c'est le législateur national qui décide si les règles de conflit de lois, les règles concernant la compétence juridictionnelle ou la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères, doivent être adoptées par le Parlement ou peuvent être adoptées par des autorités législatives d'un rang moindre, comme les arrêtés gouvernementaux ou ministériels. Le législateur national décide aussi si le contenu des règles appliquées en droit international privé doit être en conformité avec la Constitution de l'État en ce qui concerne, par exemple, l'égalité des sexes ou l'interdiction de discrimination basée sur la race ou la religion[200]. En ce sens, la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne a rendu deux décisions le 22 février 1983[201] et le 8 janvier 1985[202] où elle considère que « l'application, dans le cas du régime matrimonial et du divorce, de la loi nationale de l'époux, doit être abandonnée du fait de son incompatibilité avec la règle stipulé dans la Constitution fédérale allemande qui prévoit l'égalité des sexes »[203].

2. Des solutions se fondant sur l'internationalite du droit international prive

113. Ce tiraillement entre deux approches distinctes du droit international privé, l'une étatique et l'autre internationale, se reflète dans la coexistence[204] de deux théories opposées : la théorie particulariste et la théorie universaliste.

114. La théorie particulariste considère que chaque État doit donner aux rapports juridiques de droit international privé des solutions qui lui sont propres. Le droit international privé a incontestablement une origine étatique car cette matière fait partie de la *lex fori* et pour cette raison, les sources internes doivent être privilégiées[205]. En France E. Bartin est le représentant de cette opinion[206] dont l'importante influence se traduit aujourd'hui dans le maintien de la matière dans le champ étatique. La théorie universaliste, défendue en France par Pillet, considère qu'au contraire, les questions de droit international privé concernent la société internationale et que, par conséquent, les solutions doivent se trouver dans les sources internationales. Cette théorie peut être comprise de deux façons : une façon purement universaliste et une autre régionaliste. La vision purement universaliste avance l'idée que le droit international privé a une nature purement

[200] H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général », *Rec. cours La Haye,* vol. 312, 2005, p. 133-137, 191 et 402-407.
[201] Voy. *IPRax*, 1983, p. 223, note D. HEINRICH, p. 208-210.
[202] Voy. *IPRax*, 1985, p. 290, note G. BEITZKE, p. 268-272.
[203] Voy. aussi deux décisions similaires rendue par la Cour constitutionnelle italienne le 26 février et le 25 novembre 1987, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1987, p. 563, et 1988, p. 710, note B. ANCEL.
[204] F. MONEGER, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2015, p. 11.
[205] *Idem*, p. 10.
[206] E. BARTIN, *Etudes de droit international privé*, éd. Paris, A. Chevalier-Marescq, 1899.

internationale de la même façon que le droit international public[207]. L'arrêt de 1929 de la Cour Internationale de Justice indique à propos du droit international privé qu'il revêt le « caractère d'un vrai droit international, régissant les rapports entre des États »[208]. Dans ce cas on prend en compte les qualités essentielles des parties pour déterminer l'internationalité du droit international privé. Cependant, le droit international public concerne les États et les relations entre les États alors que le droit international privé concerne les relations entre les personnes privées[209]. De ce fait, lorsque les États se comportent comme des personnes privées, faisant du commerce par exemple, c'est le droit international privé qui leur sera appliqué[210].

115. La vision régionaliste s'est développée dans le sillage des nouvelles compétences de l'Union européenne en matière de droit international privé. Elles reflètent l'actualité de la théorie qui provoque ainsi un bouleversement dans l'ordre traditionnel entraînant un double niveau de la matière, à l'intérieur de l'Union européenne, respectivement en ce qui concerne les rapports des États membres avec les États hors l'Union européenne[211]. L'internationalité du droit international privé peut ainsi avoir une source régionale. La législation de l'Union européenne, adoptée ou en cours d'élaboration en la matière[212], fournit un bon exemple de régulation régionale des rapports de droit international privé.

116. Peut être que le point d'équilibre entre les deux théories, particulariste et universaliste, se situe dans la réalité objective du « pluralisme juridique mondial »[213] qui force à l'adoption d'une méthode de consensus entre la méthode étatique et celle appartenant aux contextes international et européen. La solution de consensus se base sur le constat que, de nos jours, nombreux sont les cas dans lesquels les droits élaborés dans des environnements différents – national, international ou européen – sont susceptibles d'être appliqués ensemble à une situation juridique donnée[214]. Ainsi, au lieu de choisir un droit parmi plusieurs susceptibles de s'appliquer, on prend en considération les éléments que chacun d'entre eux peut apporter pour réguler d'une manière plus

---

[207] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 40.
[208] Décision n° 14 de la *CPJI*, *préc.*, p.41.
[209] Aujourd'hui le droit international public concerne de plus en plus les individus, voy. de B. TAXIL, *Recherches sur la personnalité juridique internationale : l'individu, entre ordre interne et ordre international*, Paris I Panthéon-Sorbonne, 2005, 785 p.
[210] F. MONEGER, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2015, p. 2.
[211] Voy. A. FUCHS, H. MUIR WATT, E. PATAUT (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004.
[212] Voy. par exemple, K. BOELE-WOELKI, R.H. VAN OOIK, « The Communitarization of the Private International Law », *YPIL*, vol. IV, 2002, p. 1-36 ; M. BOGDAN, *Concise Introduction to EU Private International Law,* 3e éd., Paperback, 2016, 230 p. ; A. BORRAS, « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir », *Rec. cours La Haye*, vol. 317, 2005, p. 315- 536.
[213] J.S. BERGE, *L'application du droit national, international et européen*, Dalloz, 2013, p. 1 et s.
[214] *Idem,* p. 3.

juste et plus proche de l'attente des parties du rapport juridique de droit international privé. La notion de « pluralisme juridique mondial » désigne ainsi « une forme particulière de pluralisme juridique induit par les phénomènes de mondialisation du droit et ses différentes déclinaisons (globalisation, transnationalisation, fragmentation, régionalisation, etc.) »[215]. Ce type de pluralisme décrit la multiplication des lieux de fabrication et d'application du droit qui apparaissent en dehors ou au-delà du modèle strictement étatique[216]. En effet, le droit n'a pas que des sources nationales, étant aussi le résultat de l'activité propre d'organisations internationales et régionales, notamment européennes, que ces organisations aient une origine étatique[217] ou privé[218].

117. En conclusion, le droit international public ne joue en la matière, en dehors des traités, qu'un rôle très faible, son internationalité, qu'elle soit révélée à travers les qualités essentielles de ses parties ou de ses sources, n'ayant pas le même sens qu'en droit international privé. En ce qui suit nous allons donc présenter le véritable sens de l'internationalité en droit international privé, sens qui fait référence au caractère d'extranéité de ses relations juridiques.

B. UNE INTERNATIONALITE PROPRE AU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

118. Le droit international privé présente une internationalité propre qui est révélée par l'extranéité des rapports juridiques qu'il concerne (1) et qui est confirmée par les autorités susceptibles de régler les problèmes juridiques qui entrent dans son domaine (2).

1. INTERNATIONALITE LIEE A L'EXTRANEITE DES RAPPORTS JURIDIQUES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

119. Le terme « international » n'a pas le même contenu que celui employé en droit international public car il désigne le caractère d'extranéité (*cross border*) des rapports juridiques impliqués[219], sans se référer à l'origine de ses règles ou aux qualités essentielles des parties. Une relation juridique a donc un caractère international si au moins un des éléments qui la composent la relie à au moins un système juridique autre que celui de la *lex fori*. L'élément d'extranéité peut se révéler à travers plusieurs indicateurs tenant aux sujets (deux sujets de nationalités différentes),

[215] *Id.*, p. 8.
[216] *Id.*, p. 9.
[217] Organisation des Nations Unis, Organisation Mondiale du Commerce, Organisation internationale du travail, Organisation mondiale de la santé ou de la propriété intellectuelle, Union européenne, Cour internationale de justice, Cour permanente d'arbitrage, Centre international de règlement des différents liés à l'investissement, Cour européenne des droits de l'homme, etc.
[218] Organisations non gouvernementales multinationales, syndicats professionnels, etc.
[219] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 36.

à la source-localisation (acte ou fait survenus même entre deux compatriotes mais sur un territoire étranger), à l'objet (acte ou fait survenus entre deux compatriotes et dans leur pays commun mais à propos d'un bien situé ailleurs) et au tribunal saisi de la relation juridique (un tribunal relevant d'un autre État)[220]. Une fois l'élément d'extranéité observé, celui-ci déclenchera, par la suite, l'applicabilité de la règle de conflit qui indiquera, à son tour, la loi applicable à la situation juridique, la *lex fori* ou une loi étrangère.

120. Ces indicateurs ne dépendent pas toujours de la naissance du rapport juridique, pouvant se présenter également d'une manière indépendante (antérieure ou postérieure) mais affectant néanmoins ledit rapport. Ainsi, un rapport juridique à l'origine purement national peut devenir de droit international privé grâce à des évènements dûs au hasard comme c'est le cas, par exemple, d'une épouse qui déménage à l'étranger et qui demande le divorce en application de sa nouvelle loi de résidence. Il y a également des cas dans lesquels la situation litigieuse acquiert un caractère international à cause des circonstances extraordinaires reflétant un conflit transitoire[221]. C'est le cas, par exemple, des rapports juridiques réalisés dans les États divisés ou annexés, où il existe, sur le même territoire deux législations en vigueur: une émanant d'un législateur légitime, reconnu par l'État du for, bien que n'exerçant aucun pouvoir effectif sur le terrain ; l'autre émanant d'un gouvernement non reconnu par l'État du for mais qui est effectivement en vigueur sur le territoire de l'État étranger en question. C'est un problème qui a resurgi dans un certain nombre d'États après la première guerre mondiale, au sujet de l'application des lois soviétiques et des lois tsaristes. Le même problème se pose lorsqu'une partie d'un État tombe sous le pouvoir d'un gouvernement rebelle, comme ce fut le cas de la Lybie en 2011 ou, de nos jours, de l'Irak et de la Syrie dont des parties de leurs territoires se retrouvent sous le contrôle de l'État islamique[222].

2. INTERNATIONALITE REFLETEE A TRAVERS LES AUTORITES QUI REGLENT LES PROBLEMES JURIDIQUES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

121. Les problèmes juridiques de droit international privé sont l'apanage des autorités nationales parce qu'au niveau mondial il n'existe pas de juridiction spécialisée instituée pour statuer sur les litiges nés de situations juridiques internationales impliquant des particuliers[223]. Il

---

[220] B. ANCEL, *Histoire du droit international privé, op.cit.*, pag. 3. et s.
[221] K. A. SFEIR, *Droit international privé comparé*, T.I, Editions juridiques Sader, 2005.
[222] Crée depuis 2006, L'État islamique, abrégé en EI, est une organisation terroriste, militaire et politique, d'idéologie salafiste djihadiste, qui a atteint, en Irak et en Syrie, son expansion territoriale maximale en 2014 avec la prise de nombreuses villes comme Falloujah, Raqqa, Manbij, Boukamal, Mossoul, Tall Afar, Al-Qaim, Tikrit, Hit et Ramadi. Voy. en ce sens: https://fr.wikipedia.org/wiki/État_islamique_(organisation).
[223] A. PRUDHOMME, « Le droit international privé dans son développement moderne », *loc. cit.,* p. 932.

existe pourtant, dans d'autres domaines du droit, des organes internationaux ayant pour fonction la résolution des litiges impliquant des éléments d'extranéité comme c'est le cas, notamment, en matière pénale[224] et commerciale[225]. On peut donc s'interroger sur la possibilité de l'existence d'une instance internationale qui jugerait les litiges avec des éléments d'extranéité en appliquant des règles matérielles unifiées.

122. En pratique il serait tout à fait possible[226] de laisser les arbitres internationaux se charger des litiges de droit international privé de façon à ce que ce type d'affaire puisse échapper à la connaissance des juridictions étatiques[227]. Il existe, cependant, des obstacles quant à cette possibilité. Premièrement, cette privatisation de la justice anéantirait le service public de la justice, auquel l'État et les contribuables restent 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[228], même si certains auteurs remarquent que le domaine de l'arbitrabilité des litiges se trouve de plus en plus étendu[229] et que l'État voit son rôle juridictionnel de plus en plus atténué sous l'effet de la mondialisation[230].

123. En même temps, une règle d'origine internationale qui règle le problème de droit international privé paraît la voie à adopter pour tenir compte de l'association entre la nature du phénomène et la source du droit censée l'appréhender[231]. Opérant une coïncidence entre l'objet

---

[224] Voy. le site internet de la Cour pénale internationale: www. icc-cpi.int/home.html&l=fr.

[225] Par exemple, les tribunaux arbitraux tels que la Cour permanente d'arbitrage, l'Organe de Règlement des Différends de l'Organisation Mondiale du Commerce, voy. le site internet de l'Organisation mondiale du commerce: www. wto. org/indexfr. htm.

[226] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 30.

[227] Pour un exposé de l'essor de l'arbitrage international comme mode de règlement des litiges, voy. Ph. FOUCHARD, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie… », *loc. cit.*, p. 381 et s.

[228] Pour des exemples d'arbitrabilité objective, voy. B. Hanotiau, *Rec. cours La Haye,* vol. 296, 2002, p. 25 s., spéc. p. 117 et s. ; *contra,* M.-L. NIBOYET-HOEGY, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé, op. cit.,* p. 281-283.

[229] « 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 ? », *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003, p. 8. *Adde,* H. MUIR WATT, « L'affaire Lloyd's: globalisation des marchés et contentieux contractuel », *Rev. crit. dr. internat. privé* 2002, p. 509 s.

[230] « 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 », voy. Ph. FOUCHARD, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie… » *loc. cit.,* p. 382.

[231] Cela provient aussi du fait que, lorsque la situation juridique est en contact avec plus de deux États, « 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 », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1963, p. 503.

(situation internationale) et l'origine de la règle (internationale), l'instauration de règles coercitives unifiées au niveau international serait, dans cette logique, le parfait moyen de parvenir à une organisation homogène de la société civile internationale. Cependant, en pratique, cette réglementation est loin d'être aboutie[232] et aucune juridiction internationale (le *for* international) n'a été instituée et aucun régime juridique unitaire de source internationale (la *lex* internationale) n'a été adopté à ce jour. Il en résulte ainsi une concurrence des ordres juridiques étatiques dans la résolution des problèmes de droit international privé. De ce fait, à défaut d'autorités internationales, les autorités étatiques se révèlent donc être les mieux placées pour résoudre ce type de problèmes, les États conservant ainsi une part de leur souveraineté dans ce domaine. Les États jouissent, en outre, d'un élément indispensable à l'effectivité des règles juridiques: la contrainte, composante essentielle de la règle juridique, qui n'existe pas au niveau international[233] parce que « le droit suppose une autorité supérieure, acceptée ou subie par ceux qu'il doit régir, et les États souverains n'en reconnaissent pas »[234]. De ce fait, l'État jouit d'un monopole sur l'exécution des décisions intervenant sur son territoire[235]. La situation ainsi décrite peut être source d'avantages car 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 autorités locales.

124. Le droit international privé dispose donc d'une force particulière reposant précisément sur la structure étatique de sa mise en œuvre et certains auteurs[236] considèrent que la matière devrait avoir une portée générale afin de faire entrer dans son domaine les cas purement nationaux. De cette façon, en désignant les facteurs de rattachement avec d'autres systèmes juridiques, il

---

[232] 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 et compte soixante dix 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/uncitraltexts/salegoods71980CISG.html ; voy. J. GHESTIN (dir.), V. HEUZE, *La vente internationale de marchandises: droit uniforme. Traité des contrats*, LGDJ Paris, 2000.

[233] « 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 », voy. J. TOUSCOZ, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, LGDJ Paris 1964, p. 6.

[234] A. LAINE, *Introduction au droit international privé*, t. I, Librairie Cotillon Paris, 1888, p. 20.

[235] La *lex fori* règne en monopole sur les voies d'exécution : Cass., 1re civ., 30 octobre 2006, *Office des Poursuites et des Faillites de Lyon*, *Bull. civ*. 2006 I, n° 449 p. 385 ; *R.T.D.Civ.* 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 cet État sur les biens de son débiteur, il ne pouvait agir qu'en respectant les voies d'exécution régies par la *lex fori* .

[236] G. KEGEL, K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 9e éd., Munich, 2004, p. 6-7, P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé: cours général », *Rec. cours La Haye*, vol. 155, 1977, p. 23 ; M. DOGAUCHI, « Four-step analysis of private international law », *Rec. cours La Haye* , vol. 315, 2005, p. 28-35 ; E. VITTA, « Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 162, 1979, p. 55.

déciderait lesquels parmi tous ces cas sont nationaux et lesquels sont internationaux. En d'autres termes, on utiliserait le droit international privé comme justification de l'application de la *lex fori*. C'est une théorie qui est critiquée par certains auteurs qui suggèrent que la *lex fori* est applicable « par sa propre force » et non pas comme résultat de l'application des règles de droit international privé du for[237]. En même temps, la méthode ne serait pas du tout pratique car appliquer les règles de droit international privé pour vérifier l'applicabilité d'une loi dans le contexte d'un litige purement national et justifier ainsi l'application de la *lex fori*, serait une perte d'énergie s'il n'y a pas de lien déterminant avec un autre système juridique[238]. Il paraît alors, par exemple, plus justifié qu'un litige soit considéré comme international si, à cause de ses liens avec plus d'un seul pays, il y a au moins une possibilité qu'une loi, autre que la *lex fori*, soit applicable[239]. Le cas sera considéré comme international même si l'analyse de l'existence potentielle des liens déterminants mène à la conclusion que le litige se trouve sous la compétence de la *lex fori*. Le concept de « litige international » a donc un sens plus large que les litiges pour lesquels s'applique la loi étrangère, mais il a un sens plus restreint que les litiges surgissant dans le for[240].

125. La nature étatique du droit international privé lui donne ainsi un avantage pratique considérable en rapport avec la difficulté de la mise en œuvre des règles de droit international public. Cependant, cet avantage pratique du droit international privé s'accompagne également d'une faiblesse consistant dans le fait de voir s'imposer, dans la résolution des problèmes juridiques de ce type, la volonté du for saisi. Il est donc important de développer, malgré l'origine étatique du droit international privé, une coopération internationale du fait de la nature exogène des problèmes juridiques en la matière, afin de créer un équilibre entre la volonté du for saisi ainsi que les volontés des systèmes juridiques étrangers éventuellement impliqués.

§ 2. L'Effet incident de l'internationalite du droit international prive

126. C'est parce que le droit international privé présente une internationalité atypique, qui se traduit par le fait qu'il régit des rapports juridiques impliquant un élément d'extranéité tout en restant un droit étatique, que les règles européennes peuvent intervenir automatiquement dans la

[237] Th. DE BOER, *Rec. cours La Haye*, vol. 257, 1996, p. 239-250 ; P. Picone, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé : Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 276, 1999, p. 29-30 ; une idée qui parraît être dominante dans le système anglo-saxone P. HAY, « Flexibility versus predictability and uniformity in choice of law : reflections on current European and United States conflicts law », *Rec. cours La Haye*, vol. 226, 1991, p. 291.
[238] Th. DE BOER, *Rec. cours La Haye*, vol. 257, 1996, p. 242.
[239] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 32.
[240] Th. DE BOER, *Rec. cours La Haye*, vol. 257, 1996, p. 250-253.

matière, permettant ainsi, à travers une politique d'uniformisation, une influence incidente de ce droit sur l'application de la loi étrangère. Le droit de l'Union européenne présente ainsi la particularité d'une application automatique au niveau des droits nationaux des États membres de l'Union européenne, phénomène qui s'explique à travers la nature de cette organisation et les caractéristiques des règles européennes qui en découlent, à savoir, le principe de primauté et l'effet direct du droit de l'Union européenne. Même rattaché à une organisation internationale, le droit de l'Union européenne n'est pas considéré comme extérieur aux droits nationaux des États membres. En effet, il se superpose aux droits nationaux ayant ainsi une applicabilité limitée au territoire des États membres de l'Union européenne. Lorsqu'un État membre de l'Union européenne applique donc le droit de l'Union, cela ne signifie pas qu'il applique une loi étrangère dans le sens du droit international privé. A cela s'ajoute le fait que l'Union européenne a démarré un ample processus d'uniformisation du droit international privé qui, malgré des efforts considérables, reste inachevé. Pour l'instant, le régime juridique de l'application de la loi étrangère ne représente pas l'objet d'intérêt de ce processus législatif, ce qui peut provoquer un déséquilibre au sein de l'uniformisation tant souhaitée. Deux aspects semblent avoir ainsi une incidence en matière d'application de la loi étrangère au niveau européen : l'originalité de l'Union européenne ainsi que l'uniformisation inachevée du droit international privé réalisée au niveau européen. Il s'agit donc d'analyser l'application de la loi étrangère en fonction de l'originalité de l'Union européenne (A) ainsi que de l'uniformisation inachevée du droit international privé au niveau européen (B).

A. Une organisation internationale originale

127. Un État membre de l'Union européenne qui applique le droit de l'Union n'applique pas une loi étrangère. Cela est dû au fait que l'Union européenne dispose d'une nature et de règles présentant des caractéristiques atypiques traduites, entre autres, par l'effet direct et le principe de primauté du droit de l'Union européenne. C'est pour cela que le droit de l'Union européenne présente une applicabilité automatique au niveau des droits des États membres. Il s'agit donc de mettre en évidence la nature atypique de cette organisation internationale (1) ainsi que les caractéristiques des règles européennes qui en découlent (2).

1. Une nature atypique

128. L'Union européenne est une organisation internationale originale présentant une nature atypique. En effet, « si l'Union européenne semble être une organisation internationale, elle

représente l'une de ces organisations internationales dont on dit qu'elles n'ont pas l'air d'être des organisations internationales »[241]. Sa nature fait débat dans la doctrine qui la considère, tantôt comme ayant un caractère singulier car fondée sur des traités internationaux et ne remettant nullement en cause la souveraineté des États[242] ; tantôt sans être qualifié d'État, du moins au sens traditionnel, l'Union ne relèverait pas ou plus de la catégorie organisation internationale[243] ; tantôt on propose d'intégrer l'Union européenne dans une tierce catégorie située entre la confédération d'États et l'État fédéral.

129. Vu qu'il n'est pas certain, à cause d'une certaine mutabilité des catégories juridiques, que la nature de l'Union européenne puisse se réduire à une question de qualification, O. Dubos a proposé[244] de l'observer d'abord pour ensuite en déterminer la nature. C'est en fonction de cette nature ainsi « observée » de l'Union européenne que la classification évoluera, par la suite, soit par adaptation des catégories existantes, soit par création des nouvelles catégories. O. Dubos propose, en d'autres mots, d'aborder la nature de l'Union Européenne non pas d'une manière classique, en expliquant son existence à travers des catégories juridiques déjà existantes, mais d'adapter ces catégories juridiques à la spécificité de la nature de l'Union Européenne ou de même les inventer. Ainsi, l'Union européenne « tend à l'intégration, par un processus dynamique qui développe progressivement l'exercice en commun de leurs compétences, voire leur substitue les compétences propres de l'organisation elle-même. Ce processus transforme l'organisation autant que les États membres eux-mêmes. Certes, à chaque étape, leur consentement est nécessaire, mais la conception de la construction communautaire tend à dépasser radicalement l'interétatisme par une forme nouvelle d'organisation politique (...) Elle se distingue autant de l'organisation internationale classique que d'un super-État, et tend à aboutir à un type original de société politique qui dépasserait le cadre étatique traditionnel sans toutefois l'absorber »[245].

130. La clé de la compréhension de la nature de l'Union européenne vise donc la « souveraineté » et son application atypique dans ce cas. Le concept de souveraineté présente une dimension formelle (la puissance qui ne connait pas de puissance au–dessus d'elle) ainsi qu'une

---

[241] O. DUBOS, « L'Union européenne : sphynx ou énigme ? », *in Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Ed. A. Pedone, Paris, 2004, p. 29.

[242] C. LEBEN, « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *in L'Europe et le droit, Droits*, n° 14, p. 60 ; A. PELLET « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire», *Collected Courses of the Academy of European Law*, éd. Academy of Européen Law, 1997, vol. V-2, p. 193, spéc. p. 231 et s.

[243] Dès lors de « l'État européen », à la « fédération », jusqu'au tentateur « sui generis » les qualifications abondent ; J.-M. FERRY, *La question de l'État européen*, Paris, Gallimard, 2000 ; O. BEAUD, « Hans KELSEN: théoricien constitutionnel de la fédération », *in* C.M. HERRERA, (dir.), *Actualité de KELSEN en France*, Bruxelles, Paris, Bruyant LGDJ, 2001, p. 54 ; J.-L. QUERMONNE, « Existe-t-il un modèle politique européen », *RFSP* 1990, p. 192.

[244] O. DUBOS, « L'Union européenne : sphynx ou énigme ? », *loc. cit.*, p. 30.

[245] J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, 11e éd., LGDJ, 2014, p. 705.

dimension matérielle (l'ensemble des compétences de l'État)[246]. Ce concept, appliqué au cas de l'Union européenne, appelle un paradoxe qui consiste dans le fait que si l'Union n'est pas une organisation internationale classique, alors les États ne peuvent certainement plus être regardés comme souverains, puisqu'elle les dépasse ; si elle n'est pas un État puisqu'elle n'absorbe pas les États membres, elle n'est pas elle-même souveraine[247].

131. En réalité, si les États membres sont maîtres de l'Union, on observe que l'inverse est également vrai et que l'Union est « maître » des États membres. Ce paradoxe représente donc la limite de la souveraineté comme paradigme et c'est pour cela que l'utilisation du paradigme de la subraineté[248]a été proposé comme solution par O. Dubos. Ce paradigme consiste dans l'idée selon laquelle les États sont à l'origine de l'Union européenne et lui sont subordonnés[249]. Cependant, en proposant l'utilisation du paradigme de la subraineté O. Dubos avance l'idée d'une démarche dangereuse qui implique la reconnaissance du fait que l'Union européenne ne peut pas rentrer dans les catégories juridiques classiques du droit international public et qu'il faut inventer une nature propre à cette entité qui devra être, par la suite, justifiée par la doctrine en adaptant ou en inventant même des catégories juridiques nouvelles. Mais, si l'Union européenne ne trouve pas sa place dans une catégorie déjà existante, comment pourrait elle justifier juridiquement son existence ? La doctrine n'est pas encore arrivée à se décider par rapport à la voie à préférer, mais le consensus existe au moins en ce qui concerne la complexité de la nature de cette entité.

132. En matière d'application de la loi étrangère, la nature atypique de l'Union européenne implique, pour le juge du for saisi, deux conséquences apparemment contradictoires. D'un coté, il lui est évident qu'appliquer la loi d'un autre État membre de l'Union européenne revient à appliquer une loi étrangère. Cependant, d'un autre coté, dès qu'il s'agit d'une loi crée par le même État membre en collaboration avec d'autres État membres, au niveau européen, son application équivaut à l'application d'une loi nationale de l'État du for. Il s'agit là d'une l'impossibilité, pour le juge d'un État membre, de considérer le droit de l'Union européenne comme étant une loi étrangère. Cette impossibilité est renforcée par certaines caractéristiques singulières des règles européennes qui conduisent à leur application automatique par les juridictions des États membres.

---

[246] M. DETIENNE, *Transcrire les mythologies. Tradition, Ecriture, Historicité*, Paris, Albin Michel, 1994.
[247] O. DUBOS, « L'Union européenne : sphynx ou énigme ? », *loc. cit.*, p. 30.
[248] *Idem*, p. 31 et p. 44 et s.
[249] *Ibidem.*

2. CARACTERISQUES DES NORMES EUROPEENNES DECOULANT DE LA NATURE ATYPIQUE DE L'UNION EUROPEENNE

133. Le droit de l'Union européenne s'applique automatiquement sur le territoire des États membres de l'Union. Deux caractéristiques des règles européennes, découlant de la nature atypique de l'Union européenne, expliquent cette application automatique du droit de l'Union européenne, à savoir, l'effet direct et le principe de primauté.

134. L'effet direct du droit de l'Union européenne revêt deux aspects, à savoir, un effet vertical et un effet horizontal. L'effet direct vertical concerne les relations entre les particuliers et les États membres et permet aux particuliers de se prévaloir d'une norme européenne vis-à-vis d'un État. L'effet direct horizontal concerne, en revanche, les relations entre les particuliers et permet à un particulier de se prévaloir d'une norme européenne vis-à-vis d'un autre particulier. Selon le type d'acte concerné, la Cour de justice a accepté, soit un effet direct complet (c'est-à-dire un effet direct horizontal et un effet direct vertical), soit un effet direct partiel (limité à l'effet direct vertical). L'effet direct du droit de l'Union européenne a été consacré par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Van Gend en Loos* du 5 février 1963. Cet arrêt concernait le droit primaire de l'Union européenne, c'est-à-dire les textes au sommet de l'ordre juridique européen. La Cour de justice a ainsi énoncé que le droit de l'Union européenne engendre non seulement des obligations pour les États de l'Union européenne mais également des droits pour les particuliers. Les particuliers peuvent ainsi se prévaloir de ces droits et invoquer directement des normes européennes devant les juridictions nationales et européennes. Il n'est alors pas nécessaire que l'État membre de l'Union européenne reprenne la norme européenne concernée dans son ordre juridique interne. Cela permet ainsi aux particuliers d'invoquer directement une norme européenne devant une juridiction nationale ou européenne. Dans l'arrêt *Becker*[250], la Cour de justice a cependant refusé l'effet direct dès lors que les États possèdent une marge de manœuvre concernant la mise en œuvre de la disposition visée[251] et ce, aussi minime soit-elle.

135. Le principe d'effet direct concerne également les actes issus du droit dérivé, c'est-à-dire adoptés par les institutions sur la base des traités fondateurs. La portée de l'effet direct dépend, dans ce cas, du type d'acte. Les règlements disposent ainsi toujours d'un effet direct conformément à l'article 288 (ex-article 249 TCE) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui prévoit que « le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses

[250] CJCE, 19 janvier 1982, *Becker c/Finanzamt Munster-Innenstadt*, 8/81, *Rec.,* p. 53.
[251] CJCE, 12 décembre 1990, *Peter Kaefer et Andréa Procacci c/État français*, C-100 et 101/89, *Rec.,* p. I-4647.

éléments et il est directement applicable dans tout État membre ». Aux termes du même article du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la directive est un acte à destination des État de l'Union européenne et doit être transposée par ces derniers dans leurs droits nationaux : « La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». Elle nécessite donc une intervention des États, mais cette intervention n'est pas assimilable à une mesure de réception, comme en droit international. La Cour de justice leur a d'ailleurs reconnu, dans certains cas, un effet direct afin de protéger les droits des particuliers à condition que la directive en question soit claire, précise, inconditionnelle et que l'État membre n'ait pas transposé la directive dans les délais[252]. Cependant, l'effet direct ne peut être que de nature verticale et, de ce point de vue, les directives s'imposent aux États membres mais ne peuvent pas être invoquées par les États membres contre un particulier[253].

136. Les décisions peuvent avoir également un effet direct lorsqu'elles désignent comme destinataire un État de l'Union européenne. Une décision permet, en règle générale, de réglementer les situations particulières et n'oblige que les destinataires qu'elle désigne expressément : État(s) membre(s), entreprise(s) ou particulier(s). Comme les directives, les décisions peuvent comporter l'obligation pour un État membre de faire bénéficier le citoyen d'une position juridique plus favorable. Dans ce cas, le particulier ne peut faire valoir ses droits que si l'État membre en cause a pris un acte de transposition. Les décisions peuvent être directement applicables dans les mêmes conditions que les dispositions d'une directive, la Cour de justice leur ayant reconnu un effet direct seulement vertical[254].

137. Le principe de primauté prévoit, à son tour, que le droit de l'Union européenne a une valeur supérieure aux droits nationaux des États membres. Le principe de primauté vaut pour tous les actes européens disposant d'une force obligatoire et les États membres ne peuvent donc pas appliquer une règle nationale qui serait contraire au droit de l'Union européenne. Ce principe a été consacré dans l'arrêt *Costa c/ Enel* du 15 juillet 1964[255], dans lequel la Cour de justice a déclaré que le droit issu des institutions européennes s'intègre aux systèmes juridiques des États membres qui sont obligés de le respecter. Le droit de l'Union européenne a alors la primauté sur les droits nationaux. Ainsi, si une règle nationale est contraire à une disposition européenne, les

[252] CJUE, 4 décembre 1974, *Yvonne Van Duyn c/Home Office*, 41/74, *Rec.,* p. 1337.
[253] CJCE, 5 avril 1979, *Ministère public c/Ratti*, 148/78, *Rec.,* p. 1629.
[254] CJCE, 10 novembre 1992, *Hansa Fleisch Ernst Mundt GmbH & Co. KG c/Landrat des Kreises Schleswig-Flensburg*, C-156/91, *Rec.,* p. I-5589.
[255] CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ Enel*, 6-64, *Rec.,* p. 01141.

autorités des États membres doivent appliquer la disposition européenne. Le droit national n'est ni annulé ni abrogé mais sa force obligatoire est suspendue. La primauté du droit de l'Union européenne sur les droits nationaux est absolue. Ainsi, tous les actes européens ayant une force obligatoire en bénéficient, qu'ils soient issus du droit primaire ou du droit dérivé.

138. De même, tous les actes nationaux sont soumis à ce principe, quelle que soit leur nature : loi, règlement, arrêté, ordonnance, circulaire, etc. Peu importe que ces textes aient été émis par le pouvoir exécutif ou législatif de l'État membre. Le pouvoir judiciaire est également soumis au principe de primauté. En effet, le droit qu'il produit, la jurisprudence, doit respecter celui de l'Union. La Cour de justice a estimé que les constitutions nationales sont également soumises au principe de primauté[256]. Il revient ainsi au juge national de ne pas appliquer les dispositions d'une constitution contraire au droit de l'Union européenne.

139. L'effet direct et le principe de primauté, caractéristiques découlant de la nature de l'Union européenne, imposent ainsi le droit de l'Union européenne face aux droits nationaux. De ce point de vue, s'agissant du droit international privé des États membres, en général, et de l'application de la loi étrangère, en particulier, appliquer une norme européenne revient à appliquer son propre droit national. Le droit de l'Union européenne n'est donc pas une loi étrangère au sens du droit international privé des États membres. L'originalité de la nature de l'Union européenne ainsi que les caractéristiques de ses règles influencent donc la conception traditionnelle de ce que l'on considère comme étant une « application d'une loi étrangère ». En même temps, l'uniformisation inachevée du droit international privé réalisée au niveau européen présente également des conséquences en la matière.

B. L'UNIFORMISATION INACHEVEE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE AU NIVEAU EUROPEEN

140. La législation de droit international privé suit, au niveau européen[257], une politique d'uniformisation mais qui reste malheureusement inachevée. Par exemple, à côté d'autres aspects de droit international privé (comme la qualification, le renvoi, le conflit mobile, etc.), le régime juridique de l'application de la loi étrangère ne fait pas l'objet de ce processus législatif, ce qui peut provoquer, à long terme, un déséquilibre au sein de l'uniformisation tant souhaitée. Malgré tout, l'uniformisation européenne du droit international privé représente, à notre avis, la preuve

[256] CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ Enel*, préc.

[257] Voy. K. BOELE-WOELKI, R.H. VAN OOIK, « The Communitarization of the Private International Law », *loc. cit.*, p. 1-36 ; A. BORRAS, *Rec. Cours la Haye*, vol. 317, 2005, p. 340.

d'une flexibilité normative du droit de l'Union européenne en matière de droit international privé qui pourrait, un jour, aller dans le sens d'une réglementation européenne uniformisée du régime de l'application de la loi étrangère. En même temps, ce processus inachevé d'uniformisation a pour conséquences l'existence potentielle d'une *lex fori européenne*, d'un côté, ainsi qu'une proposition d'unification internationale des règles matérielles en matière de droit international privé, d'un autre côté.

141. Il s'agit donc de comprendre en quoi consiste concrètement la flexibilité normative du droit de l'Union européenne en matière d'uniformisation du droit international privé des États membres (1) ainsi que d'analyser les conséquences de l'uniformisation inachevée en droit international privé au niveau européen (2).

1. LA FLEXIBILITE NORMATIVE DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE EN MATIERE D'UNIFORMISATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

142. La flexibilité normative européenne peut être observée à travers l'évolution de la législation européenne concernant le droit international privé. En effet, à l'origine, le droit international privé n'était pas censé faire partie du processus d'intégration de l'Union européenne. Lorsque la Communauté économique européenne (CEE) a été créée en 1957, les règles mises en place par le Traité de Rome, dans sa forme d'origine, pour la création d'un marché intérieur basé sur la liberté de circulation des biens, personnes, services et capitaux, étaient presque exclusivement des règles concernant le droit public[258]. L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit international privé n'a donc pas été anticipée par le législateur européen. En effet, même si l'on avait bien prévu que l'article 293 CEE (ex - article 220) conduise à l'adoption entre États membres de conventions internationales portant sur le droit international privé[259], l'idée que le droit matériel européen puisse soulever des problèmes de droit international privé ou porter sur le droit international privé, n'est apparue que tardivement.

[258] Comme, par exemple, les règles concernant le droit de douanes, les restrictions qualitatives et quantitatives des importations, les permis de travail et de résidence, l'interdiction du comportement anticoncurrentiel, etc.

[259] Qui prévoyait que « les États membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants […] la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales ». Cet article a permis l'adoption de la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Sur l'historique de l'utilisation faite de cette disposition du traité, ainsi que sur les dispositions postérieures fondant progressivement une compétence communautaire en droit international privé, voy. Ph.-E PARTSCH, *Le droit international privé européen. De Rome à Nice*, Bruxelles, Larcier, 2003.

143. C'est ainsi qu'avec l'entrée en vigueur en 1999 du traité d'Amsterdam modifiant le Traité instituant la Communauté européenne, a été introduit l'article 65[260], à l'origine de la mise en œuvre d'un grand nombre de règlements dans le domaine du droit international privé[261]. Cet article accordait à la Communauté européenne le pouvoir législatif, « dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur », dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile. L'article 65 a été remplacé par l'article 81 lors de l'entrée en vigueur, en 2009, du Traité de Lisbonne sur le fonctionnement de l'Union européenne. L'actuel article a ainsi élargi les anciennes compétences en remplaçant la condition « dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur » par la formulation plus généreuse de « notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur ». Cela a permis à l'Union européenne l'adoption de plusieurs règlements en matière de droit international privé, comme, par exemple, le Règlement n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une

[260] Article 65 (ex-article 73 M) : « Les mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, qui doivent être prises conformément à l'article 67 et dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, visent entre autres à:
a) améliorer et simplifier:
- le système de signification et de notification transfrontière des actes judiciaires et extrajudiciaires;
- la coopération en matière d'obtention des preuves;
-la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, y compris les décisions extrajudiciaires;
b) favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence;
c) éliminer les obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres. »

[261] En l'ordre chronologique : Règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, *JOCE* 2000 L 160, p. 1 ; Règlement (CE) n° 1348/2000 du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, *JOCE* 2000 L 160, p. 37 ; 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 (ci -après Bruxelles I), préc. ; Règlement (CE) n° 1206/ 2001 du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, *JOCE* 2001 L 174, p. 1 ; Directive N° 2003/8 du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires, *JOCE* 2003 L 26, p. 41 ; 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, *JOCE* 2003 L 338, p. 1 (ci-après Bruxelles II bis) ; Règlement (CE) n° 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, *JOCE* 2004 L 143, p. 15 ; Règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer, *JOCE* 2006 L 399, p. 1 ; Règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, *JOCE* 2007 L 199, p. 1 ; Règlement Rome II du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, préc. ; Directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *JOCE* 2008 L 136, p. 3 ; Règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, préc. ; Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, *JOCE* 2009 L 7, p. 1 ; Règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après Bruxelles I bis refonte), *JOUE* L 351, p. 1.

coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps[262] ou le Règlement nº 650/2012 du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen[263].

144. Des dispositions concernant le droit international privé sont également contenues dans des textes qui ont comme but l'uniformisation législative des États membres pour l'établissement du marché intérieur, comme, par exemple, des directives concernant les clauses abusives dans les contrats de consommation [264], les statuts des travailleurs détachés [265] ou le commerce électronique[266]. Les règles concernant le droit international privé peuvent également être moins visibles et la Cour européenne de justice peut intervenir dans ce cas et estimer qu'un règlement concernant le droit privé matériel contient des règles de conflit « silencieuses »[267].

145. On observe, donc, un phénomène d'élargissement des compétences de l'Union européenne dans la matière du droit international privé. Ce phénomène a mené à la création d'une législation européenne de droit international privé, créant ainsi un dédoublement de la matière concrétisée dans le nouveau droit international privé européen. Ce dédoublement n'est cependant pas parfait, le processus législatif européen ayant manqué de prévoir une théorie générale du droit international privé concernant des questions classiques comme la qualification, les questions préalables, le renvoi, l'exception d'ordre public, les lois de police, les conflits interpersonnels et territoriaux, l'application de la loi étrangère, etc. Or, de ce point de vue, un besoin de clarification s'impose dans le droit de l'Union européenne vu le nombre toujours croissant de règlements européens de droit international privé qui peut poser des questions de cohérence quant à ce droit. Le droit de l'Union européenne doit donc s'éloigner de son premier réflexe qui consistait à accorder priorité à l'efficacité[268] au détriment du souci de cohérence des

---

[262] Suite à la Proposition de la Commission Européenne du 30 mars 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, COM(2010)105 final/2.

[263] Suite à la proposition de la commission européenne du 14 octobre 2009 relative à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, COM(2009)154 final.

[264] Voy. l'art. 6 (2) de la Directive nº 93/13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOCE* 1993 L 95, p. 29

[265] Voy. l'article 3 de la Directive nº 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *JOCE* 1997 L 18, p. 1.

[266] Voy. l'article 3 de la Directive nº 2000/31 du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *JOCE* 2000 L 178, p. 1.

[267] CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar GB Ltd c/Eaton Leonard Technologies Inc.,* C-381/98, *Rec.,* p. I-09305.

[268] Critiquant cette tendance et l'école de droit privé qui s'en dégage progressivement, voy. O.A. HAAZEN, « Comparative Law and Economies en het Europees privaatrecht als ongemengd rechtsstelsel », *NJB*, 1998, p. 1227-1233.

actes législatifs, cela étant explicable par le fait que le législateur européen construit sur un terrain vierge, dépourvu de parti pris théorique et de principes généraux matériels qui pourraient influencer le contenu des normes[269].

146. Le régime juridique de l'application de la loi étrangère n'est pas règlementé en tant que système harmonisé au niveau européen. Cette situation n'est pas conforme à la tendance d'uniformisation du droit international privé de l'Union européenne, provoquant l'insécurité juridique et contredisant l'objectif d'assurer l'accès à la justice pour tous les citoyens européens[270]. Il existe dès lors, dans le cadre de l'Union européenne, une législation très sophistiquée contenant des règles de conflit harmonisées qui couvrent divers domaines du droit international privé, et, en même temps, des législations peu claires sur le régime de l'application de la loi étrangère dans les vingt huit États membres.

147. La législation ainsi harmonisée des règles de conflit a été réalisée comme réponse au risque de *forum shopping* qui peut survenir lorsque, par exemple, les règlements en matière de conflits de juridictions laissent au demandeur une option entre les tribunaux d'États membres différents. Il existe, de ce fait, une complémentarité traditionnelle entre conflits de lois et conflits de juridictions, qui est apparue juste après la conclusion de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, de laquelle est issu le règlement Bruxelles I, transformé récemment en règlement Bruxelles I bis. La convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles est la réponse aux options de compétence judiciaire prévues en la matière par la convention de Bruxelles. En effet, à l'époque, le traité de Rome de 1957 instituant la Communauté économique européenne, s'il prévoyait la conclusion entre États membres de conventions sur les conflits de juridictions, ne prévoyait rien pour les conflits de lois. La convention de Rome était donc une convention internationale comme les autres, non rattachée directement au traité de Rome. C'est lors de la révision successive des traités que des bases juridiques ont été posées et, aujourd'hui, l'article 81 § 2 c TFUE prévoit l'adoption, selon la procédure ordinaire de codécision entre le Conseil et le Parlement européen, de mesures visant à assurer « la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence ». Une procédure législative spéciale, nécessitant l'unanimité des membres du Conseil, après consultation (et non codécision) du Parlement européen, est prévue pour les mesures relatives au droit de la famille. Si cette unanimité n'est pas obtenue, ce qui est de plus en

[269] Voy. R. ZIMMERMAN, « Savigny's Legacy. Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science », *LQR*, 1996, p. 576-605, spéc. p. 583.
[270] C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO, *Application of the foreign law, op. cit.*, p. 30.

plus difficile, il reste la possibilité d'adopter une coopération renforcée, telle que prévue par l'art. 20 TUE, solution qui a été utilisée pour l'adoption du règlement Rome III mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps[271]. Or, le juge appelé à régler un problème juridique de droit international privé doit savoir selon quelle loi il doit procéder et a donc besoin, pour la déterminer, d'une règle de conflit de lois qui soit la même dans tous les États de l'Union[272], car sinon, l'insécurité juridique rendrait impossible toute prévision. Malheureusement, l'uniformisation des règles de conflit au niveau européen est affaiblie en raison du vide législatif en matière du régime juridique de l'application de la loi étrangère qui reste différent dans les États membres. C'est pour cela qu'une législation européenne est souhaitable en matière d'application de la loi étrangère, même si, pour l'instant, il n'existe pas de projet en ce sens. Cela est d'autant plus nécessaire vu que la consolidation du marché intérieur provoque un nombre croissant de litiges internationaux devant les tribunaux nationaux des États membres et, par conséquent, un nombre croissant de cas dans lesquels la loi étrangère est sujette à intervenir.

148. En règle générale, il est d'ailleurs souhaitable d'achever cette uniformisation qui risque sinon de compliquer encore plus le droit international privé des États membres. L'uniformisation européenne inachevée en droit international privé entraîne ainsi des conséquences spécifiques.

2. Les consequences de l'uniformisation europeenne inachevee en droit international prive

149. L'uniformisation inachevée du droit international privé au niveau européen a des conséquences inattendues qui se traduisent, d'un côté, dans l'existence potentielle d'une *lex fori*

[271] Règlement n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *JOUE* 2010 L 343, p. 10-16.

[272] Il existe plusieurs instruments européens édictant des règles de conflit de lois : en matière d'obligations, les règlements Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles, préc., et Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, préc. Pour les obligations alimentaires, le Règlement n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires ne traite pas directement malgré son intitulé des conflits de lois, mais renvoie sur ce point (art. 15) au Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Ce protocole, conclu dans un cadre plus large que celui de l'Union européenne, est donc devenu droit de l'Union. En droit de la famille, le règlement Rome III, préc., met en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. Ce règlement lie actuellement 15 États membres. Dans le droit patrimonial de la famille, le Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012 relatif à la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen a l'originalité de réunir dans un même instrument les problèmes de conflit de juridictions et de conflits de lois. Il a servi de modèle dans sa structure à deux propositions de règlement, l'une sur les régimes matrimoniaux et l'autre sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

européenne (a) ainsi que, d'un autre côté, d'une proposition d'unification internationale des règles matérielles en la matière du droit international privé (b).

a. Une potentielle *lex fori* européenne

150. Même si la *lex fori* ne peut avoir une origine internationale, faute de juridiction de cette dimension, il est possible de parler, lorsque l'on prend en compte la source européenne du droit international privé des États membres, d'une *lex fori européenne*[273], étant possible de constater, un jour, un dépassement du qualificatif étatique de la *lex fori*. L'évolution de la législation européenne en matière de droit international privé impose ainsi un dédoublement de la *lex fori* dans une *lex fori étatique* et une *lex fori européenne*[274].

151. On peut observer que le for des États membres se trouve aujourd'hui partiellement projeté du stade national au stade régional européen. Il s'agit d'une projection partielle car, bien que le traitement des litiges internationaux d'origine européenne ne rentre pas dans les attributions formelles de la Cour de justice, et ce en dépit de 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. Si le droit international privé reçoit ainsi l'influence de la méthodologie employée par les juges de la Cour de justice, il reste cependant l'obstacle de la compétence de droit commun en matière de droit international privé européen, qui est assumée, en principe, par les juridictions étatiques, la Cour n'intervenant dans ce domaine qu'à titre préjudiciel[275]. Un risque d'interprétation divergente, au niveau des États membres, peut donc subsister, d'autant plus que la loi européenne applicable ne reçoit pas de caractère plénier dans tous les domaines du droit. Cela peut s'expliquer par le fait que si le système de droit de l'Union européenne se positionne en hiérarchie par rapport aux ordres juridiques des États membres, il reste cependant limité par les principes de subsidiarité[276] et de proportionnalité[277] qui restreignent

---

[273] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 40.

[274] Le phénomène n'est pas nouveau car on peut l'observer également en matière d'ordre public où, l'avènement de la législation européenne a imposé un ordre public européen à côté de l'ordre public des États membres, voy. *infra*. n°s 1190 et s.

[275] « Le juge national agit en qualité de juge communautaire de droit commun », TPICE, 10 juillet 1990, *Trtra pak Rausing c/ Commission*, T-51/89, *Rec.* p. II-309, point 42, disponible sur : http://eur- lex.europa.eu/ ; voy. O. Dubos, *Les juridictions nationales, juge communautaire* : *contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, *NBT*, vol. 4, Dalloz Paris, 2001, p. 560.

[276] Ce principe dispose que ne doit être accompli au niveau supérieur que ce qui l'est « mieux » qu'au niveau inférieur. C'est l'article 3B du traité de Maastricht qui a mis à l'honneur le principe et qui a été remplacé par l'article 5 du Traité sur l'Union européenne qui prévoit, dans son alinéa 3, qu'« en vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raisons des dimensions ou les effets de l'action

son hégémonie. Il revêt ainsi un caractère par nature incomplet[278]. À cet égard, 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 »[279]. La notion autonome employée dans la jurisprudence ne correspond donc à « aucune réalité juridique véritable »[280]. De ce fait, s'il peut paraître prématuré de parler du concept de *lex fori européenne*, les éléments constitutifs de la *lex fori* n'étant pas dans ce domaine pleinement aboutis, il semble pourtant important de souligner cette nouvelle voie qui s'esquisse dans la matière du droit international privé.

b. Une proposition d'unification internationale des règles matérielles

152. L'unification internationale semble nécessaire car le droit international privé européen présente un défaut consistant dans son existence sectorielle et limitée territorialement, plutôt qu'universelle[281]. De plus, en pratique, même les règles les plus ressemblantes de droit international privé fonctionnent le plus souvent de manière différente, en fonction des différentes approches nationales vis-à-vis de problèmes généraux, comme ceux concernant la qualification, le renvoi, l'exception d'ordre public ou l'application de la loi étrangère[282]. De ce fait l'harmonisation

---

envisagée, au niveau de l'Union.» ; voy. Y. BERTONCINI, T. CHOPIN, A. DULPHY, S. KAHN, C. MANIGAND, (dir.), *Dictionnaire critique de l'Union européenne*, éd. Armand Colin, Paris, 2008, p. 413-415.

[277] Selon le principe de proportionnalité, l'Union ne doit pas, dans l'exercice de ses compétences, faire plus que ce qui est nécessaire pour atteindre ses objectifs. Ainsi, dans la mesure du possible, elle doit, d'un point de vue formel, privilégier les moyens d'actions les moins contraignants pour les États membres (par exemple, la directive par rapport au règlement), sur le fond, éviter de prendre des législations excessivement détaillées.

[278] On affirme même que « la Communauté européenne n'a pas de *lex fori* en matière de droit privé », voy. J. BASEDOW, « Spécificité et coordination du droit international privé communautaire », *Trav. Com. fr. dr. int. pr* 2002-2004, éd. Pedone Paris 2005, p. 280 ; 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 », voy. D. ARCHER, *Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflit de lois)*, t. 1, Cergy-Pontoise 2006, n° 188 ; *adde,* Fr. VIANGALLI, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, PUAM Aix-en-provence 2004, n° 28 et n° 697 .

[279] 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 2000, n° 74-119 p. 62-82.

[280] M. AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *loc. 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, *Impérativité et ordre public…, op. cit.,* n° 7-8 p. 17.

[281] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 44.

[282] L'Union européenne a l'intention d'unifier ou d'harmoniser l'approche des états membres par rapport à quelques-uns de ces problèmes ; voy. l'art. 30 §1 du Règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles, préc. avec la Déclaration de la Commission sur le traitement de la loi étrangère : « La Commission, consciente des pratiques suivies dans les États membres en ce qui concerne le traitement de la loi étrangère, publiera au plus tard quatre ans après l'entrée en vigueur du Règlement Rome II et en tout cas dès qu'il est disponibles (august 2011), une étude horizontale sur l'application du droit étranger en matière civile et commerciale par les tribunaux des États membres, eu égard aux objectifs du programme de La Haye. Il est également prêt à prendre les mesures

du droit international privé est considérée comme un substitut temporaire par rapport à des projets plus ambitieux et plus difficiles qui ont pour but l'unification de la loi matérielle[283].

153. Evidement, si la loi matérielle devient unifiée au niveau international, il existera toujours un risque que le droit international privé ne soit plus nécessaire. Il est vrai que la question de l'application de la loi étrangère perdra de son intérêt chaque fois que le choix s'effectuera entre règles avec un contenu identique, mais l'expérience montre que même les projets les plus efficaces concernant l'unification de la loi matérielle, comme c'est le cas de la Convention des Nations Unies de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandise ou le règlement européen relatif au statut de la société européenne (SE)[284], laissent beaucoup de questions dans le domaine de compétence des lois nationales et c'est pour cela que le droit international privé ne deviendra pas superflu. Par exemple, l'article 7, point. 2 de la Convention sur la vente internationale de marchandise stipule que « les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle, seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé ». De même, en vertu des règles de conflit prévues par les articles 9 et 10 du Règlement européen relatif au statut de la société européenne, les matières non réglées par le règlement sont réglées par la loi de l'État membre ou la société européenne est enregistrée[285].

154. En même temps, l'application de règles matérielles uniformes suppose d'habitude que la règle de conflit du for rend applicable un système juridique qui contient ces règles uniformes ; c'est pour cela que l'art. 1, §1 (b) de la Convention sur la vente internationale de marchandise

---

appropriées si nécessaire. ». La Comission a ainsi institué l'Institut suisse de droit comparé de Lausanne afin de préparer le rapport, voy. U.P. GRUBER, I. BACH, « The Application of Foreign Law: A Progress Report on a New European Project », *YPIL*, Vol. XI (2009), p. 157-169.

[283] E. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *Rec. cours La Haye*, vol. 251, 1995, p. 57.

[284] Règlement n° 2157/2001 du 8 oct. 2001, *JOCE* 2001 L 294, p. 1.

[285] L'art. 9 prévoit ainsi que « 1. La SE est régie : a) par les dispositions du présent règlement ; b) lorsque le présent règlement l'autorise expressément, par les dispositions des statuts de la SE, ou c) pour les matières non réglées par le présent règlement ou, lorsqu'une matière l'est partiellement, pour les aspects non couverts par le présent règlement par: I) les dispositions de loi adoptées par les États membres en application de mesures communautaires visant spécifiquement les SE ; II) les dispositions de loi des États membres qui s'appliqueraient à une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire ; III) les dispositions des statuts de la SE, dans les mêmes conditions que pour une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire.

2. Les dispositions de loi adoptées par les États membres spécifiquement pour la SE doivent être conformes aux directives applicables aux sociétés anonymes figurant à l'annexe I.

3. Si la nature des activités exercées par une SE est régie par des dispositions spécifiques de la législation nationale, celles-ci s'appliquent intégralement à la SE. »

L'article10 prévoit que « sous réserve des dispositions du présent règlement, une SE est traitée dans chaque État membre comme une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire. »

prévoit que « la présente Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des États différents […] lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant »[286].

155. La doctrine émet cependant des réserves quant à l'utilité de l'unification de la loi matérielle, avançant comme argument le trait principal du droit international privé contemporain d'être un « conflit de cultures »[287], le porte-drapeau d'un individualisme toujours mis à l'épreuve dans une période où la globalisation occupe la première place du podium du développement de la société humaine[288]. De même qu'il est impossible d'atteindre une unification culturelle dans les domaines de la gastronomie ou de la musique, il serait vain d'essayer d'universaliser le droit privé[289]. Une seule exception peut pourtant se trouver dans la situation des règles matérielles unifiées qui ont une nature plus ou moins technique et qui sont nécessaires pour accroître l'efficacité des transactions commerciales transfrontalières[290]. C'est par rapport à cette exception que l'adoption d'un instrument global est considérée aujourd'hui comme « indéniablement utile »[291] ; « cet outil devrait avoir une nature universelle afin de permettre un meilleur accès à tous les droits étrangers. Cet instrument pourrait résulter du travail coordonné de la Conférence de La Haye avec les institutions européennes. Pour autant, une adaptation particulière pour la coordination intra-européenne ne serait pas à exclure. »[292]

CONCLUSION DE SECTION

156. Des réponses ont été recherchées dans le cadre de cette section par rapport à la question de l'influence de l'« internationalité » du droit international privé sur l'application de la loi étrangère. Il a ainsi été démontré que l'« internationalité » spécifique du droit international privé présente deux types d'effets en ce qui concerne l'application de la loi étrangère.

[286] Toutefois, l'art. 1 §1 (a) précise que la convention s'applique aussi aux contrats établis entre des parties ayant leur établissement dans des différents États contractants.
[287] E. JAYME, *Rec. cours La Haye*, vol. 251, 1995, p. 52 considère qu'« en fait, ce qui caractérise vraiment le droit international privé actuel, ce sont les conflits de cultures. »
[288] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 43.
[289] P. LEGRAND, « European Legal Systems Are Not Converging », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, nº 1, 1996, p. 52-81.
[290] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 43.
[291] GEDIP, vingt-deuxième réunion La Haye, 14-16 septembre 2012, voy. : http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-22.htm.
[292] *Ibidem.*

157. D'un côté, l'internationalité du droit international privé a un effet direct en permettant l'application même de la loi étrangère, possibilité qui n'existe pas en droit international public, malgré l'utilisation, par les deux matières, du même terme « international » dans leur syntagme. Le terme « international » n'a donc pas le même contenu que celui employé en droit international public.

158. L'internationalité du droit international privé a, d'un autre côté, un effet incident sur l'application de la loi étrangère, en permettant au droit de l'Union européenne d'influencer automatiquement le droit international privé des États membres sans passer par la procédure de la ratification des traités, comme dans le droit international public. De ce point de vue deux aspects ont une incidence en matière d'application de la loi étrangère au niveau européen : l'originalité de l'Union européenne ainsi que l'uniformisation inachevée du droit international privé. Il est donc nécessaire d'uniformiser les règles de conflits de lois de droit international privé ainsi que le régime juridique de l'application de la loi étrangère au sein de l'Union européenne.

SECTION 2

L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE CONDITIONNEE PAR LA VOLONTE DU FOR

159. Nous avons observé, dans la section précédente, que l'application de la loi étrangère est la conséquence directe de l'internationalité du droit international privé. Cependant, l'internationalité du droit international privé n'est pas en pouvoir à provoquer, à elle seule, l'application de la loi étrangère. Dans le cas contraire, chaque fois que l'on serait en présence d'un rapport juridique avec élément d'extranéité, la loi étrangère serait considérée comme la seule susceptible d'apporter une réponse adaptée au problème juridique née dudit rapport. En réalité, la loi étrangère n'est pas toujours appliquée afin de résoudre des problèmes juridiques liés à des rapports juridiques avec élément d'extranéité. De ce point de vue, l'application de la loi étrangère semble être également conditionnée, au delà de l'internationalité du droit international privé, par la volonté du système juridique du for.

160. Quelles sont, en effet, les raisons qui peuvent justifier, aux yeux du for, la nécessité d'appliquer une loi étrangère ? Est-ce que le système juridique du for est contraint d'appliquer une loi étrangère ou peut-il, au contraire, éviter une telle application ? Se demander quelles sont les raisons d'appliquer une loi étrangère implique la recherche des principes, des règles ou des lois qui décrivent et expliquent ce processus. De même, comment mettre en œuvre une loi qui est, par sa nature, étrangère au système juridique du for ? A travers quelle méthodologie une loi étrangère peut-elle être mise à la disposition du au juge du for afin d'être utilisée par celui-ci ? Se demander quelle est la méthodologie d'application d'une loi étrangère implique la recherche des principes, des règles ou des étapes qui forment les outils permettant de parvenir à un tel résultat.

161. Nous allons donc analyser, dans un premier temps, les raisons de l'application de la loi étrangère (§1), et, dans un deuxième temps, la méthodologie de l'application de la loi étrangère (§2).

§ 1. LES RAISONS DE L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

162. Parler des raisons de l'application de la loi étrangère c'est s'interroger sur les motivations qui peuvent convaincre le système juridique du for à favoriser ou à restreindre une telle application. Pourquoi un système juridique penchera-t-il dans un sens ou dans l'autre ? Il faudra se poser des questions, premièrement, par rapport aux implications d'autorité d'une éventuelle application de la loi étrangère. La loi étrangère s'imposera-t-elle, lors de son application dans le système juridique du for, de la même façon qu'elle l'aurait naturellement fait dans son système

juridique d'origine, ou son autorité sera-t-elle moindre ? Ensuite, quel est l'intérêt d'appliquer une loi extérieure au système juridique du for ? Est-ce pour protéger les intérêts du système juridique du for ou ceux du système juridique étranger, ou encore les deux ? Ce sont des questions qui méritent des réponses et les développements qui suivent tenteront de les apporter. Nous allons étudier, dans un premier temps, les justifications de l'application de la loi étrangère (A), pour analyser, dans un second temps, l'intérêt d'appliquer une loi étrangère (B).

A. Les justifications de l'application de la loi etrangere

163. Lorsqu'une loi étrangère est désignée par la règle de conflit du for, se pose la question de l'autorité ainsi obtenue par cette loi qui n'appartient pas au système juridique du juge saisi. Appliquer une loi étrangère consiste-t-il à lui attribuer une « compétence » dans l'ordre juridique du for ou simplement à raisonner sur la proposition qu'elle énonce ? L'application d'une loi étrangère à travers l'« intermédiaire » d'une règle de conflit peut-elle provoquer un changement de son autorité devant le juge saisi, modifiant sa nature de droit et la transformant en un simple fait ? Ce sont des questions auxquelles la doctrine de droit international privé a dû répondre afin de justifier l'application de la loi étrangère. À notre avis, les justifications apportées peuvent être classées en fonction de la connexion de leur objet, plus ou moins étroite, avec la structure de la loi étrangère. D'un côté, il existe des justifications concernant les éléments constitutifs de la loi étrangère, à savoir l'élément impératif et l'élément rationnel, correspondant à l'ordre de commandement émanant du législateur et à la proposition cohérente proposée par le législateur[293]. Ce sont des justifications que l'on a appelées intrinsèques car liées intimement à la structure de la loi étrangère. D'un autre côté, les justifications de la doctrine de droit international privé concernant l'application de la loi étrangère ont également pris en compte le problème de la souveraineté, l'explication ainsi apportée étant de nature extrinsèque car extérieure à la structure de la loi étrangère.

164. Nous analyserons dans un premier temps les explications extrinsèques de l'application de la loi étrangère (1), car chronologiquement apportées en premier par la doctrine, pour passer ensuite à l'analyse des explications intrinsèques (2).

[293] Voy. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques de droit international privé*, *op. cit.,* 1956, n° 50 et s., p. 110 et s.

1. LES JUSTIFICATIONS EXTRINSEQUES DE L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

165. Expliquer l'application de la loi étrangère a constitué une préoccupation essentielle dans le contexte où les conflits de lois étaient perçus comme des conflits de souverainetés. En effet, accepter l'application d'une loi étrangère dans le système juridique du for était vu comme une abdication de la souveraineté locale ; même si de nos jours cette préoccupation a reculé avec les conceptions qui l'inspiraient, il reste important d'avoir un aperçu des idées qui l'ont accompagnée, ce qui peut permettre de comprendre la méfiance qui persiste encore aujourd'hui envers l'application de la loi étrangère.

166. Deux explications principales avaient ainsi été exposées. Selon une première explication donnée par la théorie des droits acquis qui est essentiellement liée à la conception territorialiste des conflits des lois, le juge n'applique pas à proprement parler une loi étrangère. En effet, il donne simplement effet à des droits nés à l'étranger et qui suivent leur titulaire partout où il se déplace. Par exemple, le juge peut appliquer la loi du domicile aux questions personnelles ou apprécier les conséquences d'un fait dommageable selon la loi de survenance étrangère[294]. Selon une deuxième explication donnée par la théorie de la réception ou de l'incorporation de la loi étrangère dans le droit du for, *rinvio ricettizio*, l'exclusivisme des systèmes juridiques conduit à dénier tout caractère juridique aux règles étrangères[295]. Lorsque le juge est amené ainsi à appliquer une loi étrangère, il l'incorpore dans le droit du for ou crée une règle analogue pour le cas d'espèce. Cette théorie a été développée notamment par la doctrine italienne[296] qui a utilisé pendant un certain temps l'idée de l'exclusivisme du système juridique qui exclut tout caractère juridique « de ce qui ne rentre pas en lui-même »[297]. Pour *réceptionner* la loi étrangère, le juge du for doit ainsi respecter l'autorité d'une règle de droit international privé appartenant à son propre système juridique[298]. Par conséquent, la loi étrangère n'a pas d'autorité juridique devant le juge du

---

[294] B. AUDIT , L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 10.

[295] Pour un exposé de cette théorie en langue française, R. AGO, *Rec. cours La Haye*, vol. 58, 1936, p. 307.

[296] Sur le *rinvio ricettizio* au sens étroit de la réception (*recezione materiale*) voy. D. ANZILOTTI, *Corso di lezioni di diritto internazionale privato*, Roma, Athenaeum, 1918, p. 162 et s., du même auteur, *Corso di diritto internazionale privato (inconplete)*, Roma Athenaeum, 1925, p. 57 et s. ; G. PACCHIONI, *Diritto internazionale privato*, 2e éd., Padova, 1935, p. 105 et s. ; G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, 3e éd., Napoli, 1923, p. 303. Dans une certaine mesure c'est encore la conception de G. BALLADORE-PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, 2e éd., Milan, 1950, p. 23 et s. Sur le *rinvio ricettizio* au sens large de la réception (*recezione formale* ou *rinvio di produzione giuridica*) voy. T. PERASSI, *Diritto internazionale* (*appunti*), Roma, 1919, p. 67 et s. ; R. AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, p. 109 et s. ; G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato*, 8e éd. 1965, p. 17 et s. ; A. BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano, 1966.

[297] *Ibidem.*

[298] Il en va cependant différemment en présence d'une décision étrangère : voy. H. PEROZ, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, LGDJ, 2005, n° 122 à 193, p. 76 à 108 ; du même auteur, note sous Cass., 1re civ., 19 oct. 1999, *JDI*, 2000, p. 752, spéc. n° 8 à 12.

for et elle ne l'obtient que grâce à la désignation faite par la règle de conflit du for. De ce fait, la question du titre de l'application de la loi étrangère ne se pose pas, car le juge n'applique jamais la loi étrangère mais des règles incorporées au système juridique du for.

167. C'est un arrêt de la Cour de cassation italienne du 16 février 1966[299] qui a affirmé cette théorie en considérant que la règle de conflit italienne possède une force génératrice de droit. Elle incorpore ainsi au système juridique interne des normes qui tiennent leur caractère de droit du système juridique du for, tandis que leur contenu doit être déterminé sur la base du système juridique étranger que la règle de conflit italienne a déclaré compétent.

168. A travers cette théorie, l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for se fait avec l'emploi d'un artifice qui consiste dans la transformation intellectuelle de la loi étrangère dans un droit national (a), ou au moins dans un droit naturalisé (b). Aucune de ces deux possibilités n'ayant convaincu on a également essayé de réformer la théorie à travers la *local law theory* (c).

a. Transformation de la loi étrangère en droit national ou sa réception matérielle

169. Lorsque le juge du for transforme intellectuellement la loi étrangère en droit national, on considère que ce ne sont pas les règles étrangères que l'on applique, mais des règles nationales identiques créées dans chaque cas d'espèce, en vertu de la règle de conflit du for. La nature artificielle évidente de cette démarche entre en contradiction avec la méthode d'interprétation des lois, car la loi étrangère ainsi transformée dans des règles nationales doit être interprétée en fonction du système national comme toute règle qui en fait partie[300]. Or, même des textes identiques mais interprétés en fonction de systèmes juridiques différents peuvent donner des solutions différentes. Cela risque donc de perturber le résultat recherché par la mise en œuvre de la règle de conflit et la solution que consacre le droit étranger.

170. Il faut donc chercher à obtenir une disposition reproduisant celle de la loi étrangère dans le sens d'une identité de fond et non pas de forme[301]. Pour atteindre cette identité de fond, les

[299] Cass. italienne, 16 février 1966, *Finaly c./ Bounin, Commune di Firenze et autres*, *Riv. dir. int.*, 1966, p. 408, *Giur. It.*, 1966, I, p. 1402, note M. CAPPELLETTI. Voy. également, du même auteur, *Riv. dir. int.* 1966, p. 299-341, ainsi que *Scritti in memoria di Antonino Giujfrè*, 1967, t. II, p. 145-159.

[300] Voy R. AGO, *Rec. cours La Haye*, vol. 58, 1936, p. 306 ; J. MAURY, « Les règles générales des conflits de lois: Cours », *Rec. cours La Haye*, vol. 57, 1936, p. 385.

[301] J. MAURY, *Rec. cours La Haye*, vol. 57, 1936, p. 356.

règles étrangères ou, si l'on veut, les règles nationales qui les reproduisent, doivent être interprétées en fonction de l'ordre juridique étranger[302].

b. Transformation de la loi étrangère en droit naturalisé ou sa réception formelle

171. Une autre variante de la théorie implique la réception formelle qui « naturalise » la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for. La loi étrangère s'applique, dans ce cas, par elle-même mais elle est insérée dans le système juridique national avec la « signification et la valeur » qu'elle revêt au sein du système juridique dans lequel on l'a créée[303]. Même si l'idée permet de dégager correctement la solution indiquée par la loi étrangère, elle contient une contradiction dans le sens où, du moment que l'on accepte que la loi étrangère soit insérée avec sa signification et sa valeur étrangères, cela signifie logiquement la reconnaissance de son appartenance au système juridique étranger et non pas à celui national. Elle laisse donc « entendre, sans l'avouer » qu'il s'agit d'une loi étrangère[304] en n'expliquant pas pourquoi des règles étrangères insérées dans l'ordre national ne s'appliquent pas exactement de la même façon que les autres règles nationales.

c. Les critiques et l'échec américain d'amélioration de la théorie de la réception

172. On a premièrement reproché à la théorie de la réception le manque de réalisme de sa construction[305]. En effet, si les systèmes juridiques incorporaient les lois étrangères désignées par les règles de conflit du for, cela équivaudrait à l'absorption par chaque droit national de l'ensemble des systèmes juridiques du monde. Or, si la règle de conflit peut désigner le système juridique étranger compétent, elle ne peut, en revanche, ni nationaliser la loi applicable, ni créer dans le système juridique du for des règles matérielles semblables aux règles étrangères. Un deuxième reproche de la théorie a été formulé en soulignant sa contrariété au sens profond du droit international privé qui suppose la coexistence de différents systèmes juridiques nationaux[306].

---

[302] R. AGO, *Rec. cours La Haye*, vol. 58, 1936, p. 306 ; J. MAURY, *Rec. cours La Haye*, vol. 57, 1936, p. 385.
[303] *Idem*, p. 307.
[304] M.F. YASSEEN, *Rec. cours La Haye*, vol. 106, 1962, p. 523.
[305] P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2014, n° 85 ; I. ZAJTAY, « L'application du droit étranger : science et fictions », *RIDC*, vol. 23, n° 1, 1971, p. 49-61.
[306] Voy. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques de droit international privé*, *op. cit.,* 1956, p. 16 : « La tâche est plus complexe, et d'une plus grande portée : il s'agit 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... » ; W. WENGLER, « Fragen der Faktizität und Legitimität bei der Anwendung fremden Rechts », *Festschrift für Hans Lewald*, 1953, p. 615, qui affirme que « sur ce point les législateurs nationaux partent de deux prémisses considérées comme évidentes : d'une part, l'ensemble de la terre et ses habitants se divisent en territoires étatiques et en peuples étatiques ; d'autre part, dans les États ainsi constitués les rapports sociaux des hommes sont régis par un droit national effectivement appliqué... » ; voy. aussi « Questions et solutions pratiques de droit international privé », *JDI* 1880, p. 180.

Si l'exclusivisme des systèmes juridiques, le fondement de cette théorie, défend l'idée qu'un système juridique ne doit pas se voir imposer, sans le vouloir, des règles qui ne sont pas les siennes, cela ne représente pas, en revanche, un obstacle à ce qu'il décide lui-même d'appliquer dans son propre ressort une loi étrangère[307]. De ce point de vue le titre d'application d'une loi étrangère réside dans la règle de conflit du système juridique national lui-même[308], idée qui se concilie très bien avec la souveraineté d'un État ou avec l'exclusivisme d'un système juridique. Cela est parfaitement logique puisqu'une loi étrangère ne peut s'appliquer là où elle n'est pas applicable par elle-même qu'en vertu d'une règle juridique du for : la règle de conflit.

173. Vu les critiques formulées à propos ce la théorie de la réception, une théorie voisine a été proposée aux États-Unis sous le nom de *local law theory*[309]. L'idée fondamentale de cette théorie est que le droit n'a pas d'existence avant sa sanction en justice et que c'est le droit du for qui s'applique toujours, même quand il s'agit d'une question contenant des éléments étrangers. Dans ce dernier cas le juge ne fera qu'adopter des règles identiques ou au moins similaires à celles en vigueur dans le système juridique étranger désigné comme compétent par la règle de conflit du for. Or, dire qu'il « n'y a de droit que déduit en justice est inexact en théorie et en pratique »[310] car le droit existe avant et en dehors des procès. Malheureusement la tentative d'amélioration de la théorie de la réception a été un échec car on retrouve à propos de sa voisine américaine les mêmes critiques qui avaient été formulées pour la théorie de la réception matérielle et formelle classique.

2. LES JUSTIFICATIONS INTRINSEQUES DE L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

174. L'application de la loi étrangère peut également être expliquée en fonction de ses éléments constitutifs, à savoir, un élément impératif et un autre rationnel[311]. Le premier élément constitutif est représenté par l'ordre de commandement émanant du législateur alors que le deuxième

---

[307] On peut parler, à cet égard, d'une « ouverture des ordres juridiques les uns aux autres », MONACO cité par H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé,* 3e éd., LGDJ, 1959, p. 381, note 4.

[308] H. DÖLLE, « De l'application du droit étranger par le juge interne », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1955, p. 237 ; E. RABEL, « Das Problem der Qualifikation », *RabelsZ*, 1931, t. I, p. 63.

[309] W.W. COOK et L. HAND sont considérés comme les pères fondateurs de la *local law theory*, voy. dans ce sens S.C. SYMEONIDES, *American Private International Law*, Wolters Kluwer, 2008, p. 92.

[310] J. MAURY, *Rec. cours La Haye*, vol. 57, 1936, p. 382 ; voy. également, pour une critique plus poussée de cette théorie surtout sur ce point, A. NUSSBAUM, « Principles of Private International Law », Cambridge University, 1943, p. 35 ; F.J. DE SLOOVERES, « The Local Law Theory and Its Implications », *Harvard Law Revue*, 1928 (41), p. 451 : « *The rights may be recognized without giving a remedy in any particular forum is not without general acceptance; nor is it artificial, inasmuch as in matured law the right (juristically) precedes the remedy, and subsequently be enforced elsewhere* » ; W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y Filosofia del Derecho International Privado*, t. 1, 2e éd. Buenos Aires, Ed. Juridicas-Europa-américa, 1954, p. 233-235, où il est souligné que la *local law theory* rejette la discution entre le droit objectif et le droit subjectif.

[311] E. FOHRER - DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, *op. cit.*, p. 11.

concerne la proposition cohérente proposée par le législateur[312]. Lors de son application dans le système juridique du for, la loi étrangère perd le premier élément car le pouvoir de la souveraineté qui l'édicte s'arrête à son territoire[313]. Elle conserve, cependant, le second élément au titre de norme effectivement appliquée à un type de situation et dans un milieu donnés[314]. Cette situation traduit un compromis entre deux qualifications – droit et fait – qui se constate lors de l'application d'office de la loi étrangère, de l'établissement de son contenu et du contrôle par la Cour de cassation de son application.

175. Attribuer à la loi étrangère une autorité dans le système juridique du for impliquerait la reconnaissance de ses deux éléments – impératif et rationnel. Or, « appliquer la loi d'un État étranger, ce n'est ni lui attribuer, ni lui reconnaître une compétence, c'est simplement raisonner sur la proposition qu'elle énonce pour en déduire des droits subjectifs »[315]. Cela signifie que lors de son application par le juge du for, la loi étrangère perd son élément impératif. Le juge du for ne tient, donc, compte que de l'élément rationnel de la loi étrangère et tout se passe dès lors comme s'il appliquait une règle de son propre ordre juridique. En effet, la désignation de la loi étrangère par la règle de conflit élimine l'aspect international de la question de droit qui se trouve alors réduite à une question de pur droit interne[316]. Appliquer une loi étrangère ne devrait donc pas susciter des questionnements sur la souveraineté de l'État du for. Lors de l'application d'une loi étrangère le juge du for suit simplement l'ordre de son propre législateur car c'est la règle de conflit de la *lex fori* qui lui prescrit, dans ce cas, l'application de cette loi. De ce point de vue la loi étrangère ne peut pas, par sa propre force, s'imposer au juge du for et ce qui la rend applicable c'est la désignation effectuée par la règle de conflit, reflet de la volonté du législateur. Le titre de l'application de la loi étrangère s'explique donc parfaitement par la fonction de la règle de conflit du for[317] qui est de désigner cette loi applicable. Le juge doit donc simplement rechercher dans la loi applicable, même étrangère, la règle de décision qui correspond aux faits invoqués et la mettre en œuvre afin de dire le droit. Si, dans le système juridique étranger, il n'existe pas de règle de droit qui correspond à ces faits, le juge doit débouter le demandeur comme il l'aurait fait si la question lui avait été posée en application de son propre droit[318].

---

[312] H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques de droit international privé*, *op. cit.,* 1956, p. 110 et s.
[313] E. FOHRER - DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, *op. cit.*, p. 11.
[314] B. AUDIT , L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 13.
[315] P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1979, p. 1, p. 349, p. 537, spéc. n° 18, p. 21.
[316] E. FOHRER - DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, *op. cit.*, p. 12.
[317] I. ZAJTAY, « L'application du droit étrange: science et fictions », *loc.cit.*, p. 51.
[318] E. FOHRER - DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, *op. cit.*, p. 12.

176. On peut observer que la loi étrangère est dépourvue de son élément impératif lors de son application par le juge du for. De ce fait, elle ne peut s' « imposer » à lui qu'à travers la désignation de la règle de conflit du for qui « projette » ainsi son autorité sur la loi étrangère et qui permet l'utilisation de l'élément rationnel. La décision du juge d'appliquer la loi étrangère dépend donc essentiellement de la volonté du législateur du for qui, à travers la règle de conflit, établit si une loi étrangère est ou non applicable. L'on se demande, cependant pourquoi appliquer finalement une loi étrangère ou quel serait, en d'autres mots, l'intérêt de l'appliquer.

B. L' INTERET D'APPLIQUER UNE LOI ETRANGERE

177. Ne serait-il pas plus simple, pour l'autorité du for saisie, d'appliquer la *lex fori* et de ne pas risquer de s'aventurer dans des *terres inconnues* ? *Quel* est l'intérêt et surtout *qui* a intérêt à appliquer une loi étrangère ? Le *quel* et le *qui* étant liés dans cette matière car interdépendants, nous allons procéder à une analyse de l'intérêt d'appliquer une loi étrangère en nous positionnant des deux côtés : du côté du système juridique du for et du côté du système juridique étranger.

178. Lorsqu'on utilise le terme « intérêt », du latin *interest,* sa signification générale exprime une attitude favorable, ce qui va dans le sens de quelque chose, de quelqu'un, qui constitue pour eux un avantage, ce qui importe, ce qui convient, est avantageux[319]. Utilisé en rapport avec notre sujet, le terme présuppose donc un aspect positif de la question et, de ce point de vue, il est important d'analyser si l'application de la loi étrangère apporte une protection des intérêts des systèmes juridiques rattachés au problème juridique de droit international privé. Il s'agit donc de vérifier l'existence de cette protection en rapport avec les intérêts du système juridique du for (1) mais aussi avec ceux du système juridique étranger (2).

1. LA PROTECTION DES INTERETS DU SYSTEME JURIDIQUE DU FOR

179. L'application d'une loi étrangère nécessite au préalable la désignation réalisée par la règle de conflit du for. La règle de conflit, comme toutes les autres règles du for, est normalement adoptée et appliquée dans l'intérêt du système juridique du for et a pour mission de faire valoir ses politiques législatives[320].

180. Pourquoi serait-il dans l'intérêt du for d'appliquer une loi étrangère? J. Story considérait, de ce point de vue, que le fondement de l'application d'une loi étrangère pouvait se trouver dans «

[319] http : //www.larousse.fr/dictionnaires/francais/intérêt/43680.

[320] A. BUCHER, *Rec. cours La Haye*, vol. 341, 2009, p. 170: « L'État du for, auteur de la règle de conflit, s'inspire de son propre intérêt de régulation quant à la loi applicable aux situations internationales. »

l'intérêt mutuel et l'utilité », « les inconvénients qui résulteraient d'une doctrine contraire » et « une sorte de nécessité morale de rendre justice »[321]. Il se référait évidemment aux intérêts du système juridique du for d'assurer des solutions rationnelles, appropriées et justes dans les cas de droit international privé[322]. Les arguments concernant l'utilité de l'application de la loi étrangère aussi que les inconvénients qui peuvent résulter d'un refus général de l'appliquer, sont les facteurs déterminants dans la façon de formuler les règles du for en matière de conflits de lois[323]. Les relations internationales risquent d'être simplement entravées si les lois étrangères sont généralement ignorées par le for[324]. En effet, la loi étrangère est appliquée parce qu'elle est mieux placée pour régir une situation juridique de droit international privé dont les rattachements avec un ou plusieurs systèmes juridiques étrangers sont plus pertinents que ceux qu'elle entretient avec le for[325]. De ce point de vue, M. Bogdan considère que si une situation juridique de droit international privé présente presque toujours des rattachements avec le for, car sinon les tribunaux n'auraient aucune compétence pour la juger, ce rattachement, la résidence habituelle du défendeur, par exemple, peut être suffisant et adapté pour fonder la compétence juridictionnelle tout en n'étant pas pertinent du point de vue du fond du litige, par exemple en ce qui concerne la validité d'un contrat conclu à l'étranger bien avant que le défendeur ait décidé d'habiter sur le territoire du for[326]. Un résultat « juste » dans un cas particulier peut donc varier en fonction du contexte géographique de la situation, phénomène appelé pluralisme juridique[327].

181. Malgré le pluralisme juridique des situations juridiques de droit international privé, il existe cependant des lois qui sont plus aptes que d'autres à être appliquées en raison de leur rattachement très fort avec le cas d'espèce, ce qui rend impossible d'en éviter l'application. C'est le principe de proximité ou du rattachement le plus étroit qui s'applique dans ce cas (a), bien qu'il soit concurrencé par les principes de souveraineté ou de l'autonomie de la volonté (b).

a. Le principe de proximité et l'application de la loi étrangère

182. Il existe plusieurs raisons pour lesquelles le rattachement d'une situation juridique de droit international privé à un certain système juridique étranger rend l'application de sa loi évidente. La loi étrangère doit, ainsi, être parfois appliquée afin d'éviter des résultats totalement absurdes. Par

---

[321] J. STORY, *Commentaries on Conflict of Laws*, Boston, 1834, p. 32.
[322] H. EEK, « Peremptory norms and private international law », *Rec. cours La Haye*, vol. 139, 1973, p. 17.
[323] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 62.
[324] Th. DE BOER, *Rec. cours La Haye*, vol. 257, 1996, p. 274.
[325] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 62.
[326] *Idem.*
[327] A. MILLS, *The Confluence of Public and Private International Law*, *op. cit.*, p. 5.

exemple, si le législateur français décide d'édicter une règle de conflit qui vérifie la condition du respect de l'autorité de l'officier d'état civil lors de la célébration d'un mariage seulement en appliquant le droit matériel français de la famille, la plupart des des mariages conclus à l'étranger ne pourraient pas être reconnus en France car célébrés par une personne non autorisée par la loi française. Une telle règle serait absurde et c'est pour cela que l'on a retenu la règle selon laquelle un mariage conclu à l'étranger conformément à la loi étrangère peut, en principe, être considéré comme remplissant les conditions de validité si les conditions de forme de la loi du lieu où il a été conclu ont été respectées (*lex loci celebrationis*)[328]. Le lien de rattachement pertinent peut ainsi ne pas tenir compte d'un rattachement particulièrement fort avec le système juridique étranger en question, les époux pouvant être mariés dans un État qu'ils visitaient temporairement en tant que touristes, sans en être les citoyens ou les résidents habituels.

183. S'il s'agit, dans ce cas, d'un exemple démontrant la nécessité de protéger les « droits acquis » (*vested rights* ou *duly acquired rights*)[329], la loi étrangère est, cependant, souvent appliquée dans des situations où il est difficile de parler de type de protection. Il est, par exemple, assez courant que la responsabilité délictuelle soit soumise à la loi de l'État où le dommage est survenu (*lex loci delicti*) ou que la succession soit régie par la loi personnelle du *de cujus* (*lex patriae* ou *lex domicilii*). Ces règles de conflit similaires ont généralement en commun le fait que chaque relation de droit privé doit être régie par la loi du système juridique avec lequel elle présente le rattachement le plus proche car les parties ont tendance à adapter leur comportement à cette loi, supposée être la mieux adaptée aux circonstances culturelles et socio-économiques de la situation. Préférer en toutes ces circonstances l'application de la *lex fori* mènerait à l'isolement économique de l'État du for. Dans le droit de l'Union européenne cela constituerait un obstacle à la liberté d'établissement et à la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux, raison d'être du principe de la reconnaissance mutuelle[330].

---

[328] C.M.V. CLARKSON, J. HILL, *The Conflict of Laws, op. cit.,* p. 270-272 ; G. KEGEL, K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 9e éd., Munich, 2004, p. 808-810 ; E.F. SCOLES, P. HAY, P.J. BORCHERS and S.C. SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, 4e éd., St. Paul, 2004, p. 564-570.

[329] D.J.L. DAVIES, « Règles générales des conflits de lois », *Rec. cours La Haye*, vol. 62, 1937, p. 461-475 ; G. PARRA-ARANGURREN, « General course of private international law : selected problems », *Rec. cours La Haye*, vol. 210, 1988, p. 143-158 ; F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours générale de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 213, 1989, p. 152-165 ; A.V.M. STRUYCKEN, « Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement : General Course on Private International Law », *Rec. cours La Haye*, vol. 311, 2004, p. 448-452.

[330] 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) », *Rec. cours La Haye*, vol. 307, 2004, p. 177-218.

184. Sur la base de ces considérations, P. Lagarde a formulé le « principe de proximité » qui représente l'un des principes généraux du droit international privé et selon lequel une relation juridique est régie par la loi du système juridique avec lequel elle est la plus étroitement rattachée [331]. Ce principe est particulièrement visible lorsque la règle de conflit n'utilise pas de facteur de rattachement spécifique mais fait explicitement référence à la loi du système juridique avec lequel la relation est plus étroitement rattachée[332]. Cette solution a, d'ailleurs, été adoptée dans le droit de l'Union européenne et favorise l'application de la loi étrangère. En effet, les règles de conflit des instruments européens qui reposent sur le principe de proximité ne font pas de différence selon que la proximité s'établit avec la loi du for ou avec celle d'un État étranger et sont par nature bilatérales, pouvant donc conduire indifféremment à l'application de la loi du for ou à celle d'un État étranger[333].

185. Les règles de conflit édictées par les textes européens ne peuvent donc se limiter à indiquer que telle situation est rédigée par la loi de l'État avec lequel elle a les liens les plus étroits, car ce serait beaucoup trop vague pour la sécurité juridique. Cependant, il se peut exceptionnellement que dans une espèce concrète donnée, le rattachement retenu ne soit pas réaliste et ne corresponde pas à la plus grande proximité. En pareil cas, la plupart des règlements européens prévoient une clause d'exception rédigée sur le modèle suivant : « S'il résulte de toutes les circonstances que la situation présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux articles précédents, la loi de cet autre pays s'applique ».

186. Le succès rencontré par le principe de proximité est révélé par les nombreux instruments européens qui l'utilisent et la diversité des domaines dans lesquels il intervient. Par exemple, en matière de successions, sous réserve de la clause d'exception, le rattachement retenu est celui de la loi de l'État de la dernière résidence habituelle du défunt[334] puisque c'est presque toujours dans cet État, davantage que dans celui de sa nationalité, que le défunt avait son centre de vie et qu'y étaient localisés ses intérêts. En matière contractuelle, la Convention de Rome de 1980 avait

---

[331] P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain : cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 196, 1986, p. 29 : « Un rapport de droit est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. » ; A. BUCHER, *Rec. cours La Haye*, vol. 341, 2009, p. 75-78.

[332] L'art. 4. 1 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles de 1980, même s'il est complété par l'art. 4. 2-4.

[333] P. LAGARDE, « L'européanisation du droit international privé - Conflits de lois », rapport publié sur http://www.ejtn.eu/pagefiles/6333/rapport_vienne_lagarde.pdf, p. 8.

[334] L'art. 21. 1 du Règlement Successions n° 650/2012 du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, prévoit que « sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès. »

retenu le critère de la prestation caractéristique, soit la prestation du professionnel pour laquelle il perçoit un prix. Cette prestation caractéristique est celle du vendeur dans le contrat de vente ou celle du prêteur dans le contrat de prêt, etc. On présumait donc, sauf preuve contraire, que le contrat présentait les liens les plus étroits avec l'État dans lequel le débiteur de la prestation caractéristique avait sa résidence habituelle ou son établissement professionnel. Le règlement Rome I est venu, ensuite, préciser le rattachement retenu pour les contrats nommés (résidence habituelle du vendeur, du prestataire de services, du distributeur et du franchisé etc), alors que dans les cas des contrats non nommés le critère de la prestation caractéristique n'intervient plus qu'à titre subsidiaire[335].

187. Le principe de proximité s'impose également, à travers son utilité pratique et pragmatique, dans la matière délictuelle. Dans ce cas le rattachement de proximité est considéré, dans la plupart des États, comme étant le lieu du fait dommageable. Cependant, dans le cas des délits de presse, de l'atteinte à la vie privée, de la diffamation ou les délits de pollution, ce lieu n'est pas toujours facile à déterminer car il s'agit là d'un délit commis à distance, le fait générateur du dommage survenant dans un certain État, tandis que le dommage est subi dans un autre. Le règlement Rome II retient dans ces cas, dans son article 4, la loi de l'État dans lequel le dommage est effectivement subi. Certains types de délits très spécifiques, comme la responsabilité du fait des produits, la concurrence déloyale, la grève, les atteintes à l'environnement ou aux droits de propriété intellectuelle mettent également en évidence la difficulté de se contenter du critère général du lieu du dommage. Le règlement Rome II donne des solutions concrètes à ces cas particuliers dans ses articles 5 à 9.

188. L'application de la loi avec laquelle la relation juridique présente le rattachement le plus fort peut, du moins en théorie, contribuer à la réalisation d'un certain degré d'uniformisation, et donc indirectement, de prévisibilité[336] des décisions judiciaires dans divers systèmes juridiques[337]. Si le droit international privé de tous les systèmes juridiques, directement ou indirectement, désigne la loi qui présente le rattachement le plus fort à la relation juridique en cause, cela peut conduire, du moins en théorie, à l'application de la même loi avec, nous l'espérons, le même résultat, ce qui peut rendre le *forum shopping* moins attractif[338]. Il faut admettre, cependant, que cette uniformité de résultat n'est pas facile à réaliser, principalement parce que les opinions des

[335] P. LAGARDE, *rapp. cité*, p. 9.
[336] A. PHILIP, « General course on private international law », *Rec. cours La Haye*, vol. 160, 1978, p. 31-32.
[337] C.M.V. CLARKSON, J. HILL, *The Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 8.
[338] A.V.M. STRUYCKEN, *Rec. cours La Haye*, vol. 311, 2004, p. 231-232.

législateurs nationaux concernant la question du rattachement le plus fort sont souvent divisées. Par exemple, alors que le droit international privé de certains systèmes juridiques adhère à l'idée selon laquelle une personne physique est dans le domaine du droit de la famille plus étroitement liée avec l'État dont elle est citoyenne, d'autres systèmes juridiques préfèrent soumettre ces questions à la loi de l'État où elle réside habituellement ou est domiciliée. Ce genre de différence et aussi beaucoup d'autres différences entre les règles de droit international privé de divers systèmes juridiques donnent souvent lieu à des rapports juridiques qui sont considérés valables dans certains systèmes juridiques, mais nuls dans d'autres[339]. Même si cette situation est probablement impossible à éviter complétement, elle risquerait d'être encouragée si les tribunaux nationaux insistaient sur l'application exclusive de la *lex fori*.

189. Malgré son utilité pratique évidente, ce principe est, cependant, concurrencé par d'autre principes.

b. Les principes concurrents au principe de proximité

190. A côté du principe du rattachement le plus étroit, beaucoup de systèmes juridiques fondent certaines de leurs règles de conflit sur d'autres principes comme le principe de souveraineté ou celui de l'autonomie de la volonté. Le principe de souveraineté considère, ainsi, comme suffisant le rattachement, même faible, avec le système juridique du for, pour rendre applicable la *lex fori*[340]. Dans le même sens, les règles unilatérales prescrivent égelement l'application de la *lex fori*. Leur utilisation peut cependant, dans une certaine mesure, être limitée par des règles de compétence permettant la saisine du tribunal seulement si le problème juridique est étroitement rattaché au système juridique du for[341].

191. Un autre principe général concurrent du droit international privé est le principe de l'autonomie de la volonté permettant aux parties, à l'égard de certains types de relations juridiques (tels que le domaine des contrats), de décider de la loi applicable à leurs droits et obligations réciproques[342]. Le principe de l'autonomie de la volonté conduit parfois à l'application de la loi d'un système juridique sans rattachement étroit avec la relation juridique, mais qui présente d'autres avantages comme, par exemple, le fait que son contenu soit bien connu par les

[339] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 66.
[340] P. LAGARDE, *Rec. cours La Haye*, vol. 196, 1986, p. 49-56.
[341] La section 2 de l'Acte suédois sur l'adoption internationale (*SFS* 1971, p. 796) indique que les demandes d'adoption sont toujours décidées conformément à la loi suédoise, tandis que la section 1 du même acte prévoit que les demandes d'adoption peuvent être déposées dans les tribunaux suédois si l'adoptant est de nationalité suéidoise ou est domicilié en Suède ou si une autorisation spéciale a été accordée par les autorités suédoises dans le cas individuel.
[342] P. LAGARDE, *Rec. cours La Haye*, vol. 196, 1986, p. 61-65.

parties ou qu'elle soit particulièrement développée dans un domaine particulier (par exemple, la loi anglaise en ce qui concerne les contrats d'assurance maritime). Ce choix permet aux parties d'atteindre un degré élevé de prévisibilité, qu'il s'agisse de choisir la *lex fori* ou d'un système juridique étranger. Ce principe a reçu la consécration en droit de l'Union européenne à l'occasion de l'adoption de la Convention de Rome de 1980, dont les dispositions sur ce point ont été transférées avec peu de modifications dans le Règlement Rome I[343], mais il a été vite adopté dans d'autres domaines du droit international privé européen.

192. Le Règlement Rome II prévoit, en matière d'obligations non contractuelles, qu'une fois le fait dommageable survenu, les parties peuvent disposer de leurs droits et il est logique de leur permettre de choisir la loi applicable aux conséquences de ce fait ; il va beaucoup plus loin en admettant un accord librement négocié sur la loi applicable, même avant la survenance du fait générateur du dommage, mais seulement entre des parties exerçant toutes une activité commerciale[344].

193. De même, en matière de divorce et de séparation de corps les époux ont la possibilité de choisir à tout moment, mais au plus tard au moment de la saisine de la juridiction, la loi applicable conformément à l'article 5 du Règlement n° 1259/2010 du 20 décembre 2010. Cet article établit ce choix parmi la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention, celle de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention, ou la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention ou la loi du for.

---

[343] Le règlement Rome I a cependant complété la convention de Rome en matière de protection de la partie faible au contrat. La convention prévoit ainsi certaines limitations à l'autonomie de la volonté. Ainsi pour les consommateurs et les travailleurs, la technique utilisée consiste à dire que le choix d'une loi ne peut avoir pour effet de les priver de la protection que leur assurent les dispositions impératives de la loi applicable à défaut de choix. La convention de Rome s'en tenait là. Le règlement Rome I a voulu également protéger la partie faible dans les contrats d'assurance et dans le transport de passagers. Il a retenu une autre technique, moins efficace, consistant à limiter l'éventail des lois pouvant être choisies.

[344] L'art. 14 prévoit : « 1. Les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle:
a) par un accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage; ou b) lorsqu'elles exercent toutes une activité commerciale, par un accord librement négocié avant la survenance du fait générateur du dommage. Ce choix est exprès ou résulte de façon certaine des circonstances et ne porte pas préjudice aux droits des tiers.
2. Lorsque tous les éléments de la situation étaient, au moment de la survenance du fait générateur du dommage, localisés dans un pays autre que celui dont la loi a été choisie, le choix d'une loi par les parties ne peut porter atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord.
3. Lorsque tous les éléments de la situation étaient, au moment de la survenance du fait générateur du dommage, localisés dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties de la loi d'un pays tiers ne peut, le cas échéant, porter atteinte à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il ne peut être dérogé par un accord, et telles qu'elles ont été mises en œuvre dans l'État membre du for. »

194. Enfin, le Règlement successions de 2012 admet, à l'article 22, l'autonomie de la volonté à deux niveaux, car il permet au testateur de soumettre sa succession à sa loi nationale ainsi qu'aux parties à un pacte successoral concernant la succession de plusieurs personnes, par exemple, un pacte concernant la succession d'un homme et de son épouse, de soumettre la validité et les effets du pacte à la loi nationale de l'une des personnes dont la succession est concernée par le pacte.

195. En droit de l'Union européenne, comme dans tout système accordant aux parties une faculté de choix de la loi applicable, il a été nécessaire de prévoir quelle loi serait applicable à défaut de choix. Tous les règlements cités le font et généralement en recherchant la loi de l'État qui, compte tenu de la particularité de la matière et de l'ensemble des circonstances de la cause, présente les liens les plus étroits avec la situation. Or, cela démontre le besoin de l'articulation entre ces divers principes car représentant une garantie de flexibilité du système juridique face aux solutions à prévoir en ce qui concerne les problèmes de droit international privé. De ce point de vue le droit de l'Union européenne réussit à combiner, dans un souci de flexibilité, des principes qui semblent, à première vue, incompatibles entre eux.

2. LA PROTECTION DES INTERETS DU SYSTEME JURIDIQUE ETRANGER

196. La doctrine reconnaît qu'à l'évidence, l'absence de traité contraignant ou d'autre instrument international decharge le système juridique du for de toute obligation légale de faire appliquer, par ses tribunaux, une loi étrangère[345]. Cela ne veut pas dire, en revanche, qu'il ne devrait pas tenir compte des intérêts des systèmes juridiques étrangers de voir leurs lois appliquées. On a ainsi proposé[346] de choisir le système juridique qui a l'intérêt légitime le plus significatif de voir ses règles matérielles appliquées, démarche qui impose une analyse des objectifs qui accompagnent les règles matérielles pertinentes appartenant aux systèmes juridiques qui sont liés à l'affaire et qui sont donc potentiellement applicables[347]. Il s'agit là d'une analyse realisée dans le but d'observer si les différents législateurs ont un intérêt légitime pour que leurs lois soient

[345] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 52.

[346] D.J. EVRIGENIS, « Tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 118, 1966, p. 332-394 ; F.K. JUENGER, « General course on private international law », *Rec. cours La Haye*, vol. 193, 1983, p. 207-252 ; D.F. CAVERS, « Contemporary conflicts law in American perspective », *Rec. cours La Haye,* vol. 131, 1970, p. 73-171 ; S.C. SYMEONIDES, « The American choice-of-law revolution in the courts : today and tomorrow », *Rec. cours La Haye*, vol. 298, 2002, p. 9-448 ; R. DE NOVA, « Historical and comparative introduction to conflict of laws », *Rec. cours La Haye*, vol. 118, 1966, p. 591-610 ; G. KEGEL, « The crisis of conflict of laws », *Rec. cours La Haye*, vol. 112, 1964, p. 91-236 ; E. VITTA, *Rec. cours La Haye*, vol. 162, 1979, p. 163-187 ; A. BUCHER, *Rec. cours La Haye*, vol. 341, 2009, p. 54-61; P. LALIVE, *Rec. cours La Haye*, vol. 155, 1977, p. 326-370; G. PARRA-ARANGURREN, *Rec. cours La Haye*, vol. 210, 1988, p. 159-182 ; W. REESE, « Discussion of mayor areas of choice of law », *Rec. cours La Haye*, vol. 111, 1964, p. 301-417 ; F. VISCHER, « General course on private international law », *Rec. cours La Haye*, vol. 232, 1992, p. 44-73.

[347] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 52.

appliquées dans le cas d'espèce et leurs objectifs ainsi préférés. Cette approche a des racines dans les idées de l'école des statuts du Moyen Age, mais a acquis une influence considérable aux États-Unis[348] lors de la révolution américaine des « conflits des lois »[349], à travers la doctrine des l'intérêts étatiques (*the governmental interest theory*) qui a été développée, à l'origine, par B. Currie[350].

197. Il existe, cependant, différentes variantes de cette doctrine (a), qui a été critiquée à cause de ses origines profondément unilatéralistes et de son manque d'ouverture envers l'application de la loi étrangère (b).

a. Les variantes de la doctrine des intérêts étatiques

198. La doctrine de B. Currie est opposée ouvertement à l'utilisation des règles de conflit[351], le système juridique du for appliquant sa propre loi dans tous les cas où un problème juridique de droit international privé est soulevé devant ses tribunaux, que le for ait un intérêt ou pas et sans tenir compte des intérêts des autres systèmes juridiques rattachés éventuellement à la question. B. Currie considère ainsi que lorsqu'un tribunal est appelé à appliquer la loi d'un État étranger qui est différente de la loi du for, il doit rechercher les politiques exprimées par les lois respectives et établir les circonstances qui permettraient raisonnablement à chacun des États concernés de faire valoir un intérêt à l'application de ces politiques. Ce faisant, le tribunal doit employer le procédé de l'interprétation des lois. Si le tribunal constate qu'un seul État a intérêt à ce que sa politique

---

[348] Des opinions similaires peuvent être aussi observées parmi les auteurs européens, comme, par exemple, A. BUCHER, *Rec. cours La Haye*, vol. 341, 2009, p. 71-74.

[349] Pour une présentation plus développée de cette « révolution » voy. S.C. SYMEONIDES, *Rec. cours La Haye*, vol. 298, 2002, p. 9-448 ; R. DE NOVA, *Rec. cours La Haye*, vol. 118, 1966, p. 591-610 ; D. J. EVRIGENIS, *Rec. cours La Haye*, vol. 118, 1966, p. 332-394 ; F.K. JUENGER, *Rec. cours La Haye*, vol. 193, 1983, p. 207-252 ; D.F. CAVERS, *Rec. cours La Haye,* vol. 131, 1970, p. 73-171 ; G. KEGEL, *Rec. cours La Haye*, vol. 112, 1964, p. 91-236 ; P. LALIVE, *Rec. cours La Haye*, vol. 155, 1977, p. 326-370 ; G. PARRA-ARANGURREN, *Rec. cours La Haye*, vol. 210, 1988, p. 159-182 ; W. REESE, *Rec. cours La Haye*, vol. 111, 1964, p. 301-417 ; F. VISCHER, *Rec. cours La Haye*, vol. 232, 1992, p. 44-73 ; E. VITTA, *Rec. cours La Haye*, vol. 162, 1979, 163-187 ; A. BUCHER, *Rec. cours La Haye*, vol. 341, 2009, p. 54-61. La « révolution » était une réaction à l'état précédent rigide du droit international privé aux États-Unis, symbolisé par le Premier Restatement et caractérisé par des règles « larges, globales, inflexibles, monolithiques, basées sur un critère de rattachement unique choisi pour des raisons métaphysiques », voy. S. C. SYMEONIDES, *Rec. cours La Haye*, vol. 298, 2002, p. 422 ; L. BRILMAYER, « The role of substantive and choice of law policies in the formation and application of choice of law rules », *Rec. cours La Haye*, vol. 252, 1995, p. 20, affirme que « ce que l'on appelle approches modernes ont été présentes depuis des décennies, et ne peut plus attirer les adeptes à travers le simple fait d'apparaitre fraîches et de s'étiqueter en tant que progressistes. Leurs problèmes pratiques sont de plus en plus clairs. »

[350] B. CURRIE, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, cité par B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité : cours général », *Rec. cours La Haye*, vol. 305, 2003, p. 247-301 ; M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 53 ; P. HAY, *Rec. cours La Haye*, vol. 226, 1991, p. 350-355 ; G. KEGEL, *Rec. cours La Haye*, vol. 112, 1964, p. 97-207 ; G. KEGEL, K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, p. 199 ; E. F. SCOLES et autres, *Conflict of Laws*, *op. cit*, p. 25-38 ; S.C. SYMEONIDES, *Rec. cours La Haye*, vol. 298, 2002, p. 38-50 ; S. VRELLIS, *Rec. cours La Haye*, vol. 328, 2007, p. 279-289.

[351] B. CURRIE, *Selected Essays*, *op. cit.*, p. 183.

législative soit appliquée dans les circonstances de la cause et que l'autre État n'en a pas, il doit appliquer la loi du seul État intéressé. Si le tribunal constate qu'il existe un conflit évident entre les intérêts des deux États, il doit procéder à un nouvel examen. Une interprétation plus modérée et mesurée de la politique ou de l'intérêt de l'un ou l'autre État peut éviter le conflit. Si, après réexamen, le tribunal constate qu'un conflit entre les intérêts légitimes des deux États est inévitable, il doit appliquer la loi du for. Si le for se déclare incompétent pour régir le litige mais qu'un conflit inévitable existe entre les lois des États étrangers, le juge doit appliquer la loi du for afin de pallier un déni de justice. Dans cette doctrine il n'y a donc pas de place pour la recherche d'un quelconque équilibre entre les différents intérêts légitimes des systèmes juridiques impliqués, puisqu'elle est orientée vers l'application de la *lex fori*, l'application de la loi étrangère étant acceptée seulement si le système juridique du for n'a aucun intérêt à appliquer ses règles matérielles et si un autre système juridique affirme un tel intérêt[352]. La doctrine de B. Currie reste ainsi imprévisible car la manifestation de cet intérêt est souvent soumise à des éléments circonstanciels et peut être ainsi manipulée pour atteindre un certain résultat, comme celui de permettre au système juridique du for d'appliquer sa propre loi[353].

199. Le deuxième *Restatement of conflits of laws* de 1971[354] semble exprimer une approche plus tolérante que celle de B. Currie[355], énumèrant sept facteurs qui devraient influencer le choix de la loi applicable en tenant compte du « lien le plus significatif » avec le problème juridique et les parties. Parmi ces facteurs qui peuvent influencer le choix de la loi applicable, l'on trouve l'intérêt du système juridique du for ou des systèmes juridiques étrangers de promouvoir leurs objectifs[356]. Il est ainsi recommandé le maintien d'un certain équilibre concernant l'importance à accorder aux intérêts des différents systèmes juridiques et la limitation de l'application automatique de la *lex fori*.

200. L'importance à accorder aux intérêts étatiques constitue également le fondement de la doctrine de la dépréciation comparative[357] dont un des promoteurs a été A. Pillet. Cette doctrine

---

[352] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 54.
[353] *Ibidem*.
[354] La publication a l'ambition de fournir, sous la forme de dispositions codifiées et commenté, un texte précis et concis qui présente la loi américaine actuellement en vigueur dans un domaine particulier, voy. P. Hay, *Rec. cours La Haye*, vol. 226, 1991, p. 358-385 ; E.F. SCOLES et autres, *Conflict of Laws*, *op. cit*, p. 58-68 ; S.C. SYMEONIDES, *Rec. cours La Haye*, vol. 298, 2002, p. 58-63.
[355] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 54.
[356] Les autres facteurs sont les besoins des systèmes interétatiques et internationaux, la protection des attentes des parties, les politiques fondamentales qui sous-tendent le domaine particulier du droit, les objectifs de la sécurité, la prévisibilité et l'uniformité des résultats, et la facilité de détermination et d'application de la loi identifiée comme applicable.
[357] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 55.

prend en compte les conséquences négatives, sur les intérêts d'un système juridique, provoquées par la non-application de ses règles matérielles[358], la loi finalement appliquée appartenant au système juridique dont les intérêts seraient les plus touchés[359].

Mais comment comparer concrètement les intérêts d'un système juridique à promouvoir ses objectifs ? Comment déterminer quelle loi représente une meilleure politique législative qu'une autre ? La doctrine reconnaît la difficulté de cette démarche et avance l'idée que, dans ce cas, il s'agirait d'une simple appréciation de l'engagement de chaque système juridique intéressé envers ses objectifs dans les circonstances concrètes du problème juridique dont le juge du for est saisi[360]. Dans ce sens, l'affaire *In re Paris Crash* du 3 mars 1974[361] exprime bien la mise en œuvre de cette idée. Il s'agissait, dans le cas de l'espèce, d'un crash survenu en France, d'un avion fabriqué aux États-Unis et dont le propriétaire et exploitant était une compagnie aérienne turque. Le crash avait provoqué le décès d'un grand nombre de citoyens appartenant à différents États. La Cour départementale du Département central de la Californie avait décidé de suivre, dans ce cas, l'approche de la théorie des intérêts étatiques, en rejetant l'idée d'appliquer la loi du domicile des requérants (car domiciliés dans différents États, situation qui aurait provoqué une fragmentation de la responsabilité du défendeur) et constatant que la Californie était intéressée à protéger les défendeurs résidents sur son territoire. Ses intérêts étaient significativement plus élevés que les intérêts des autres systèmes juridiques rattachés au problème juridique en question, parce que, aux yeux de la Cour départamentale, la Californie avait un intérêt d'uniformité des décisions concernant le payement des dommages causés par un produit américain distribué dans le monde entier.

201. Une approche plus souple concernant la doctrine des intérêts étatiques a été formulée par R. J. Weintraub, qui considère que[362] « premièrement, le tribunal doit déterminer si les systèmes juridiques qui sont rattachés aux parties ou au problème juridique, contiennent des lois contradictoires. Deuxièmement, s'il y a des lois contradictoires, le tribunal doit déterminer les objectifs de ces systèmes juridiques qui sont reflétés par la mise en œuvre de ces lois.

---

[358] E.F. SCOLES et autres, *Conflict of Laws*, *op. cit*, p. 31-32.

[359] Cette idée est connue sous le nom du principe du moindre sacrifice, voy. en ce sens, A. PILLET, « Théorie continentale des conflits de lois », *Rec. cours La Haye*, vol. 2, 1924, p. 467-471 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 69 ; G. KEGEL, K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, p. 190.

[360] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 56

[361] U.S. District Court for the Central District of California, 1er août 1975, 399 F. Sup. 732 (C.D. Cal. 1975), disponible sur : http ://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/399/732/1489756/.

[362] R.J. WEINTRAUB, « The Choice-of-Law Rules of the European Community Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: Simple and Predictable, Consequence-Based, or Neither ? », *TILJ*, vol. 43., 2008, p. 407.

Troisièmement, le tribunal doit décider si, lorsque la loi d'un système juridique n'est pas appliquée, cela risque d'entraîner pour ce système juridique une conséquence que ses objectifs visaient justement à éviter. En quatrième lieu, les conséquences de l'application de la loi d'un système juridique doivent être équitables pour les parties à la lumière de leurs rattachements avec ce système juridique. » Dans l'opinion de J. Weintraub, le choix d'appliquer une loi étrangère ne devrait pas entraîner de conséquences négatives dans un autre système juridique. Si cela n'est pas possible, le tribunal doit expliquer son choix en se rapportant aux conséquences ainsi provoquées. Il devrait ainsi expliquer pourquoi le tribunal a décidé d'éviter les conséquences dans le système juridique choisi et de les imposer aux autres États.

202. Les différentes variantes de la doctrine des intérêts étatiques suggèrent donc ses imperfections que l'on a tenté d'améliorer avec l'avènement de chaque nouvelle variante. Certaines critiques concernent cependant la doctrine en général et méritent dont d'être révélées.

b. Les critiques de la doctrine des intérêts étatiques

203. La doctrine des intérêts étatiques a eu le mérite d'avoir dégagé la notion de « faux conflit » ou faux problème qui fait partie intégrante de sa méthode de solution des conflits de lois. Par exemple, il existe un faux conflit ou un faux problème lorsque les dispositions matérielles ou substantielles des lois pertinentes des États qui ont un titre à régir un point particulier de droit privé à caractère international sont les mêmes ou sont compatibles, ou sont différentes mais aboutissent toutes à un résultat identique, ou encore sont différentes mais qu'un seul État a intérêt à appliquer sa propre loi. Il en est de même lorsqu'aucun des États n'a d'intérêt à appliquer sa propre loi. Cependant, en France, l'application de la théorie de l'équivalence[363] permet d'obtenir des résultats voisins et d'éviter ainsi les faux conflits sans utiliser la doctrine des intérêts étatiques.

204. La difficulté se présente, en revanche, lorsqu'il existe un vrai conflit, c'est-à-dire lorsque les lois en présence sont différentes ou, même si elles sont semblables, n'aboutissent pas à un résultat identique et que chaque État a intérêt à appliquer sa propre loi. L'approche du B. Currie et sa notion de « faux conflit » ne présentent pas un grand intérêt pour les États qui ont codifié les règles de droit international privé. En l'absence de règles codifiées, les tribunaux pourraient suivre son approche pour éviter les dispositions matérielles ou substantielles d'une loi d'un État qui n'a pas vraiment d'intérêt étatique à protéger.

[363] Voy. *infra.* n°s 813-817.

205. Qualifiée d' « impressionnisme juridique » et comparée à l'explosion d'un obus dans un jardin bien entretenu[364], la doctrine des intérêts étatiques intègre, malheureusement, la prepondérence de l'arbitraire dans le jugement car elle permet au tribunal d'arriver à la solution qu'il préfère dans un cas particulier[365]. En suivant cette doctrine, le tribunal recherche, en premier lieu, les États qui ont un intérêt étatique à faire valoir, un processus quasi automatique de construction et d'interprétation qui n'a rien à voir avec les conflits de lois. A l'étape suivante, le tribunal doit appliquer la loi de l'État qui s'intéresse au rapport litigieux. Si plusieurs États, y compris celui du for, sont intéressés par le même rapport litigieux, c'est la loi du for qui prévaut même si elle n'est pas celle de l'État dont l'intérêt est prédominant, parce que le for n'a pas à peser les intérêts des États impliqués. En d'autres termes, l'intérêt du for prévaut en dépit de toutes autres considérations, approche qui encourage le *forum shopping* et empêche l'uniformité des résultats. Le danger réside, dans ce cas, en ce que le for exagère son propre intérêt et minimise l'importance des intérêts des systèmes juridiques étrangers en conflit.

206. Il existe, de plus, des difficultés pratiques à deviner les objectifs et à mesurer les intérêts des systèmes juridiques étrangers, situation qui rend le résultat du processus de conflit de lois imprévisible[366]. Comment le tribunal saisi peut-il déterminer le véritable intérêt étatique étranger d'une loi adoptée il y a plus d'un siècle et décider quel est l'intérêt le plus important lorsque deux États sont poussés par des considérations différentes dans leurs politiques législatives respectives? De même, quel État devrait voir ses intérêts étatiques pris en considération dès le commencement du processus de résolution du conflit de lois ? Le simple fait qu'un système juridique étranger présente de l'intérêt de voir ses règles matérielles appliquées n'est pas, en soi, une raison pour que les tribunaux d'un autre État appliquent effectivement ces règles.

207. La notion d'intérêt étatique est, par conséquent, trop équivoque pour guider les tribunaux et c'est pour cela que les législateurs de la plupart des pays européens, ainsi que le législateur du droit de l'Union européenne, n'affectionnent pas l'approche américaine. A cette raison s'ajoute le fait que cette doctrine concerne principalement la résolution des conflits entre les législations des États américains, où l'on s'attend à ce que les tribunaux d'un État américain comprennent,

---

[364] Y. LOUSSOUARN, « Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 139, 1973, p. 338-339.

[365] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 59.

[366] Cette imprévisibilité des résultats semble être un trait commun dans la plupart de approches américaines comme, par exemple, dans l'approche des *principles of preference* proposée par D.F. CAVERS, *Rec. cours La Haye,* vol. 131, 1970, p. 152, l'approche de la *lex fori by non-choice* proposée par A.A. EHRENZWEIG, « Specific Principles of Private Transnational Law », *Rec. cours La Haye*, vol. 124, 1968, p. 181, l'approche des *principle of reasonableness* proposée par A.F. LOWENFELD, « International litigation and the quest for reasonableness : general course on private international law », *Rec. cours La Haye*, vol. 245, 1994, p. 292-295.

respectent et soutiennent les intérêts et les politiques d'un autre État américain[367]. En même temps, une grande partie (mais pas toute) de la jurisprudence américaine, basée sur la doctrine des intérêts étatiques, a été créé par les tribunaux fédéraux qui sont insensibles aux intérêts des différents États étrangers, ce qui fait qu'elle peut difficilement être transplantée aux conflits entre les systèmes juridiques d'autres États[368].

208. En conclusion, la loi étrangère est appliquée dans l'intérêt du système juridique du for, même si cet intérêt appartient aussi au système juridique étranger. La loi étrangère est normalement appliquée par le système juridique du for non pas comme une faveur accordée au système juridique étranger, mais plutôt parce que son application est propice, dans certaines situations, au bon fonctionnement des relations commerciales internationales ou familiales et que ce bon fonctionnement est dans l'intérêt du système juridique du for. Appliquer une loi étrangère pour résoudre un problème juridique de droit international privé ne signifie pas que le for a un simple rôle d'« observateur détaché »[369], chose révélée, entre autres, par la possibilité d'appliquer la loi étrangère même lorsque son système juridique considère que dans ce cas particulier une autre loi devrait être appliquée.

209. L'importance accordée aux intérêts du for n'est, en aucun cas, une plaidoirie en faveur de l'application exclusive de la *lex fori*. Au contraire, l'intérêt du for de trouver des solutions raisonnables pour des problèmes juridiques de droit international privé exige, très souvent, l'application de la loi étrangère et cela se vérifie également en ce qui concerne les règles de conflit contenues dans les traités internationaux et d'autres instruments internationaux contraignants[370] car c'est du fait de son intérêt que l'État du for en a décidé l'adoption ou l'adhésion. Nous avons ainsi analysé les idées qui justifient et encouragent l'application de la loi étrangère et nous allons, en ce qui suit, étudier la méthodologie de ce type d'application.

---

[367] E. VITTA, « The Impact in Europe of the American Conflicts Revolution », *A.J.C.L.,* vol. 30, 1982, p. 1-18, spéc p. 6.

[368] S. STRÖMHOLM, *Torts in the Conflict of Laws. A comparative Study*, Stockholm, 1961, p. 2 ; D. MCCLEAN, « De conflictu legum : perspectives on private international law at the turn of the century : general course on private international law », *Rec. cours La Haye*, vol. 282, 2000, p. 66-67, affirme que les théories américaines sur le conflit de telles que l'analyse de l'intérêt étatique et la dépréciation comparative sont des produits d'une histoire intellectuelle que le reste du monde ne partage pas, et sont en grande partie des produits locaux, recherchant des réponses pour ce qui sont en grande partie des problèmes d'origine locale.

[369] J.-M. JACQUET, *Rec. cours La Haye*, vol. 292, 2001, p. 195 ; A. BUCHER, *Rec. cours La Haye*, vol. 341, 2009, p. 99-105.

[370] L'art. 2 du Règlement Rome I prévoit que « la loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre. »

§ 2. LA METHODOLOGIE DE L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

210. La méthodologie de l'application de la loi étrangère se réfère à l'ensemble des principes, des règles ou des étapes, constituant le moyen de parvenir au résultat d'une telle application. L'opération d'application d'une loi se réfère, en général, à la mise en œuvre de cette règle juridique, moment où les droits subjectifs des parties quittent leur caractère incertain et se concrétisent. Cela permet, dans une situation donnée, de passer de l'abstraction d'un texte à sa portée pratique. En effet, la règle juridique peut être reconnue à travers ses deux éléments : son dispositif et son présupposé. Le dispositif est ce qui est prévu par la règle (droit, ordre, interdiction), alors que le présupposé est la condition d'application de la règle[371]. Appliquer une règle juridique implique ainsi, dans un premier temps, de constater la réalisation, dans les faits, des divers éléments visés dans son présupposé pour mettre ensuite en œuvre son dispositif.

211. Que se passe-t-il lorsque le juge du for doit appliquer une règle juridique étrangère ? La question est pertinente si l'on prend en considération le fait qu'en droit international privé la règle juridique vise le règlement des relations juridiques rattachées à plusieurs systèmes juridiques[372]. Sa façon d'appliquer une règle juridique change-t-elle lorsqu'il s'agit de résoudre un rapport juridique de droit international privé ? En réalité, que cette règle appartienne au système juridique du for ou au système juridique étranger, cela n'influence pas le raisonnement du juge, qui se fonde toujours sur la proposition énoncée par une règle dont l'hypothèse correspond aux données de l'espèce. L'opération de mise en œuvre d'une règle juridique ne présente, ainsi, aucune particularité selon que la règle juridique qui en est l'objet présente ou non un caractère d'extranéité, son but étant d'apporter une réponse à une question posée au juge[373] par les parties du litige. Mais si le juge ne change pas sa façon de d'appliquer la règle juridique pour donner une solution à un problème juridique, l'on s'interroge sur ce qui change alors au moment de l'application d'une règle juridique étrangère. Pour répondre à ces questions il faut comparer les deux opérations d'application, celui d'une règle juridique en général (A) et celui d'une règle juridique étrangère (B).

[371] Par exemple, l'article 1382 du C. civ. prévoit que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »
[372] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 789.
[373] E. FOHRER - DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères, op. cit.*, p. 17.

A. L'APPLICATION D'UNE REGLE JURIDIQUE

212. La règle juridique est une règle de conduite dont le rôle est d'organiser les relations entre les membres d'une société, en permettant certains comportements, en ordonnant ou en défendant d'autres. Son principal caractère (à côté des caractères abstrait, général ou étatique) est celui d'être obligatoire, nonobstant sa portée (règle absolue, rigide, souple, etc.), sa source (légale, coutumière) ou son degré de généralité (générale, spéciale)[374].

213. Si l'opération d'application d'une règle peut paraître simple car elle implique « l'inclusion de la norme (...) dans le raisonnement conduisant à la solution, c'est-à-dire dans le syllogisme judiciaire »[375], les choses peuvent être plus compliquées en réalité. La doctrine fait des distinctions très subtiles au sein de cette opération[376]. Ces distinctions sont la conséquence du caractère équivoque de la notion même d'application[377]. De ce fait, on rencontre de nombreuses expressions visant à qualifier l'opération d'application d'une règle de droit ; à l'application « coercitive » (*Erzwingende Rechtsanwendung* en droit allemand) s'oppose ainsi l'application « non coercitive », c'est-à-dire sans exécution. Lorsqu'il s'agit de l'application d'une règle étrangère l'on parle également d'application directe et indirecte. L'application d'une règle juridique est une opération qui, au fond, est la même que celle de l'application d'une règle étrangère car la règle étrangère est également une règle juridique bien que présentant, il est vrai, une certaine spécificité du fait de sa extranéité[378]. Pour comprendre ce procédé il faut donc analyser les deux éléments fondamentaux d'une règle juridique, à savoir, sa structure (1) dont dépend sa mise en œuvre (2).

1. LA STRUCTURE D'UNE REGLE JURIDIQUE

214. Pour comprendre la structure de la règle juridique il faut partir du fait qu'elle présente certains caractères qui modèlent sa structure. En effet, une règle juridique a un caractère étatique, de par son origine, ce qui signifie que cette règle émane de l'autorité de l'État. De même, une règle juridique présente un caractère général ou abstrait. A travers son caractère général, une règle s'applique à tous les individus de la société dans laquelle elle a vocation à s'appliquer, ne désignant aucune personne spécifiquement. Une règle de droit abstraite a vocation à s'appliquer à des

[374] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 788.
[375] P. LALIVE, « Sur l'application du droit public étranger », *Ann. Suisse de Dr. int.*, XXVII, 1971, p. 103, spéc. p. 126 ; voy. également F. RIGAUX, « Appliquer une règle de droit, c'est en déduire les conséquences juridiques qu'elle porte pour une situation particulière » *in* « Droit économique et conflit de souverainetés », *RabelsZ*, vol. 52, 1988, p. 108.
[376] E. FOHRER - DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères, op. cit.*, p. 17.
[377] Voy. notamment en droit allemand l'emploi des termes *Anwendung*, *Berücksichtigung*, *Beachtung* ou en droit anglais, celui d'*enforced* utilisé à propos du droit privé tandis que le droit public serait seulement *applied.*
[378] E. FOHRER - DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères, op. cit.*, p. 18.

situations générales et non pas à la situation de telle ou telle personne. Un autre caractère de la règle juridique réside dans le fait qu'elle s'impose aux sujets de droit étant, par conséquent, obligatoire. Enfin, le dernier caractère de la règle de droit est son caractère coercitif. Cela signifie que la règle de droit est obligatoire et conduit à sanctionner celui qui ne la respecterait pas.

215. Ces caractères trouvent leur reflet dans la structure de la règle juridique. La règle de droit est ainsi composée de deux éléments[379] : un « présupposé » (*Tatbestand*) et un « dispositif » (*Rechtsfolge*)[380]. Le présupposé rassemble ainsi un ou plusieurs événements généralement factuels, parfois juridiques, desquels le juge déduit une conclusion en mettant en œuvre le dispositif de la règle, c'est-à-dire la partie qui « sanctionne » la réalisation de ces événements. L'article 1626 du Code civil dispose, par exemple, que « Quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente ». Le présupposé de cette règle consiste dans le fait que l'acquéreur d'un bien se trouve, après la vente, évincé de son bien ou des charges prétendues sur cet objet ; le dispositif impose au vendeur de garantir de droit de l'acquéreur. Une règle peut, dès lors, se schématiser de la façon suivante : « Tel ensemble de faits entraîne (ou n'entraîne pas) telle conséquence juridique »[381].

2. Un dispositif mis en œuvre

216. Appliquer une loi compétente c'est résoudre une question de droit concrète au moyen de normes empruntées à cette loi. Lorsqu'un juge est saisi d'un problème concernant, par exemple, la responsabilité délictuelle d'une personne, conformément au droit français, il empruntera à cette législation les règles matérielles (nommées aussi règles de décision) demeurant aux articles 1382 et suivants du Code civil. Ces articles représentent le fondement de la décision du juge ainsi que les conséquences qui en découlent. Le juge vérifie, donc, si l'hypothèse de la règle répond aux éléments de fait qu'il a pu dégager - opération de qualification -, et lorsque c'est le cas, il met en œuvre le dispositif - effet juridique - qu'elle énonce. Présupposé et effet juridique de la règle appliquée doivent refléter des éléments de la question juridique dont le juge est saisi. La solution juridique se déduit comme une conséquence de l'énoncé même de la règle. Il existe donc un lien entre la règle juridique et l'opération d'application. De ce fait, la relation liant le juge à l'ensemble

[379] H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, Paris 1948, cession 2002, spéc. n° 16 et s. ; P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé,* coll. « Bibliothèque de droit international privé », vol. XVII, Paris, Dalloz, 1973, p. 206.
[380] Voy. dans ce sens D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé, Paris, Masson, 1987,* n° 317 ; E. FOHRER - DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères, op. cit.*, p. 18.
[381] Comp. P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2014, n° 83.

des règles de droit dont il fait usage pour trancher un litige devrait toujours être une relation d'application, car « les règles (...) sont (...) faites pour être (...) appliquées »[382].

217. Il s'agira d'une application à proprement parler si la loi constitue le lien nécessaire pour le passage de l'abstrait de la situation vers le concret de la décision. Si le juge est saisi, par exemple, d'une action en responsabilité, et que la loi qu'il met en œuvre l'autorise à affirmer l'existence d'une telle responsabilité, la relation entre cette loi et le juge est une relation d'application car la première a permis la résolution du litige par l'entremise du second. Si l'application d'une règle, relevant de son propre ordre juridique, semble ne pas poser beaucoup de problèmes, l'opération d'application d'une règle étrangère présente, de son côté, des particularités liées à l'extranéité de cette règle.

B. L'APPLICATION D'UNE REGLE ETRANGERE

218. L'application d'une règle juridique ne présente aucune particularité selon que la règle juridique qui en est l'objet présente ou non un caractère d'extranéité. Si le raisonnement reste le même il faut donc rechercher la particularité de l'application d'une règle juridique appartenant à une loi étrangère à travers l'autre élément qui pourrait l'influencer, à savoir, la méthode d'application d'une telle règle. En effet, l'application d'une règle juridique implique l'application d'une règle matérielle qui contient dans son texte la solution recherchée pour le problème juridique dont le juge est saisi. L'application de la loi étrangère demande, en revanche, l'utilisation d'une règle de conflit qui désignera ainsi la loi compétente à régir le problème juridique dont le juge du for est saisi et qui sera, par la suite, enfin, appliquée au cas d'espèce. La méthode directe implique l'application d'une règle matérielle, d'origine nationale ou internationale, ou d'une loi d'application immédiate, appelée aussi loi de police. En général ces règles juridiques ne peuvent pas désigner l'application d'une loi étrangère car la solution au conflit de lois se trouve directement indiquée dans leur contenu. Même lorsque ces règles ont une origine internationale ou régionale, du fait de la ratification de l'accord qui les contient ou de l'intégration dans l'Union européenne et de l'acceptation de l'acquis communautaire, elles seront considérées comme du droit étatique.

219. Cependant, l'application des lois de police a des conséquences en matière d'application de la loi étrangère, conséquences qui ne sont pas les mêmes en fonction de la source des lois de police utilisées.

---

[382] M. BAUER, *Le droit public étranger…*, *op. cit.*, n° 58, p. 50.

220. La méthode conflictuelle impose, en revanche, le passage par une règle de conflit pour pouvoir, par la suite, appliquer une règle matérielle, du for ou étrangère. C'est donc l'approche conflictuelle qui représente l'antichambre traditionnelle de l'application éventuelle d'une loi étrangère. Ainsi, l'application de la loi étrangère impose le détour par la règle de conflit, détour qui ne peut pas, en principe, être écarté[383]. De ce point de vue les lois de police présentent, en matière d'application de la loi étrangère, des conséquences inattendues qui méritent d'être révélées. Il s'agit donc d'analyser les incidences des règles de conflit (1) et des lois de police en matière d'application de la loi étrangère (2).

1. REGLES DE CONFLIT ET APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

221. Les règles de conflit peuvent se présenter tantôt sur un mode bilatéral, tantôt sur un mode unilatéral.

222. Dans le cas des règles unilatérales, la règle de droit international privé délimite seulement la sphère de compétence de sa propre loi nationale. Elles procèdent par délimitation, sans se préoccuper d'identifier la *lex causae* dans l'hypothèse où la *lex fori* n'est pas compétente, l'article 310 devenu 309 du Code civil[384] représentant un bon exemple dans ce sens. Les règles bilatérales, en revanche, désignent la loi compétente en utilisant des points de rattachement. On procède dans ce cas par détermination, en donnant compétence à une loi qui peut être celle du for ou une loi étrangère.

223. Le rôle de la règle juridique, de fournir la solution à la question juridique[385], ne change pas selon que le juge applique la *lex fori* ou une loi étrangère. En revanche, l'application d'une loi étrangère présente la spécificité d'être une opération en deux étapes. La première étape impose ainsi la constatation de l'applicabilité de la loi étrangère par la mise en œuvre de la règle de conflit du for qui désigne la loi applicable. La deuxième étape met en œuvre la règle étrangère désignée, ce qui implique la recherche de la solution que donne la loi étrangère à la question juridique. L'application d'une loi étrangère passe donc par sa désignation préalable.

---

[383] E. FOHRER - DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères, op. cit.*, p. 17.

[384] L'art. prévoit 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 ou de la séparation de corps. » C'est ainsi que procède également le droit pénal international français à travers les art. 113-2 à 113-10 du Nouveau Code pénal.

[385] Sont volontairement laissées de côté les difficultés liées à la connaissance du contenu de la loi étrangère ainsi que la question de sa conformité à l'ordre public international français. Il est supposé que la loi étrangère est connue et qu'elle n'est pas choquante pour le for.

224. C'est à la règle de conflit de lois que revient la fonction de designer la loi compétente dans un rapport juridique de droit international privé. De ce point de vue, la fonction de la règle de conflit peut être considérée d'un point de vue répartitif (a) ou d'un point de vue régulateur (b).

a. La fonction de répartition de la règle de conflit

225. D'inspiration publiciste, cette compréhension de la règle de conflit de lois « classe » les situations de droit privé qui présentent un élément d'extranéité selon leurs « liens » plus ou moins étroits avec l'un ou l'autre système juridique national. La règle de conflit sert alors à rechercher la loi du siège du rapport. L'accent est mis ainsi sur la fonction de répartition de la règle de conflit en ce qu'elle « attribue » les relations internationales à des législations internes. En d'autres termes, la règle de conflit attribue des questions juridiques à un système juridique donné selon un rattachement prédéterminé.

b. La fonction de régulation des intérêts privés

226. Dans une seconde acception plus moderne et d'inspiration privatiste, la règle de conflit est considérée comme ayant, avant tout, une fonction de régulation des intérêts privés. Ce qui la caractérise dans ce cas est le regard qu'elle porte sur la relation juridique, préalablement à la désignation d'une loi, afin de choisir celle qui paraît la mieux adaptée pour résoudre le problème juridique.

227. En conclusion, cela a peu de conséquences de considérer la règle de conflit de lois comme ayant une fonction régulatrice plutôt que répartitrice. Elle conduit toujours à la désignation d'un système juridique dans lequel sera choisie une règle matérielle qui donnera la solution à la question juridique soumise au juge. Par exemple, la bilatéralisation de l'article 3, alinéa 3 du Code civil soumet l'état et la capacité des personnes à leur loi nationale. La règle de conflit peut désigner ainsi la loi française lorsque le litige concerne l'état ou la capacité d'un Français ou une loi étrangère lorsqu'il s'agit de l'état ou la capacité d'un étranger. Ce qui compte c'est la solution apportée à la question juridique dont le juge du for est saisi. La règle de conflit désigne la loi compétente et c'est ainsi sa règle matérielle qui donne au juge les moyens d'énoncer une solution concrète au litige, l'appartenance de cette règle à un système étranger étant, de ce fait, indifférente. C'est la ressemblance du présupposé de cette règle avec les faits de l'espèce qui suffit pour déduire l'issue du différend par la mise en œuvre de son dispositif. Le raisonnement conflictuelle implique, en conséquence, la désignation du système juridique dans lequel sera

puisée la règle matérielle nécessaire à la résolution du litige, indifféremment de son origine nationale ou étrangère.

228. Si les règles de conflit de lois assurent, à travers leur neutralité, l'application de la loi étrangère dans la même proportion, au moins théorique, que celle de la *lex fori*, les lois de police étrangères peuvent également être appliquées mais dans des conditions très limitatives.

2. LOIS DE POLICE ET APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

229. Disséminées dans les domaines les plus divers du droit[386], les lois de police sont celles « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays » qui l'édicte[387]. La théorie des lois de police a été formulée en France à partir de l'article 3, alinéa 1 du Code civil français dont le texte prévoit que « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ». La formulation générale de ce texte a eu comme effet un manque de précision quant à la définition[388] et au domaine d'intervention des lois de police.

230. Les lois de police influencent l'application de la loi étrangère, présentant, en fonction de leur source (étatique ou étrangère), des conséquences différentes quant à ce type d'application.

---

[386] Dans le domaine contractuel, l'autonomie de la volonté perd du terrain devant les dispositions impératives qui se multiplient comme c'est la cas du contrat de travail où la place des prescriptions administratives relatives à l'hygiène et à la sécurité du travail va croissant de telle sorte qu'il est inconcevable qu'elles relèvent d'une loi autre que celle de l'État sur le territoire duquel le travail est effectué. De même, si la protection des incapables était assurée traditionnellement en France dans le cadre familial, ce qui entraînait la compétence de la loi personnelle, aujourd'hui, cette protection est assurée par l'État par des mesures d'assistance éducative dont l'avènement remet en cause la solution classique du conflit de lois. Cette situation a été illustrée par le célèbre arrêt de la Cour internationale de justice de La Haye du 28 novembre 1958 rendu dans l'affaire *Boll,* (*Pays-Bas c/Suède*, *Rec.* 1958, p. 55) où elle avait considéré qu'en matière de protection de l'enfance il n'existe pas de conflit de lois car de telles lois n'ont pas et ne peuvent pas avoir d'aspirations extraterritoriales. Voy., en ce sens, H. BATIFFOL, Ph. FRANCESCAKIS, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1959, p. 259 ; G.A.L. DROZ, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1958, p. 626 ; M. SIMON-DEPITRE, *Trav. Com. fr. dr. int. pr*, 1963, p. 109.

[387] Définition proposée par Ph. FRANCESCAKIS *in Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1966-1969, p. 165 et reprise dans l'arrêt Cass., com. 13 juill. 2010, *D.* 2010. *Jur. gén.* 2339, note V. DA SILVA, et 1863, obs. M. DELPECH ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2010, p. 720, rap. A. POTOCKI ; *JCP* 2010. 972, note D. BUREAU et L. D'AVOUT.

[388] La délimitation des lois de police pose cependant une triple incertitude. Ainsi, premièrement, les contours des lois de police sont impossibles à définir de façon nette parce qu'il n'y a pas de différence de nature entre les lois de police et les autres lois car toute loi tend à garantir des intérêts économiques ou sociaux dans les États modernes. Le seul élément qui peut, en effet, différencier les lois de police et les autres lois consiste dans le fait de savoir à partir de quel moment on est en droit de considérer que les intérêts économiques et sociaux sont si impérieux que l'on est en présence d'une loi de police. Cela soulève un problème de degré entre les lois de police et les autres lois, problème qui ne peut ne pas être résolu sans un certain degré de subjectivisme, chose qui rend la différenciation encore plus difficile. Deuxièmement et découlant de la première incertitude, la qualification de loi de police ne peut résulter que d'un examen concret de chaque disposition législative. De ce fait, il est impossible de considérer qu'il existe une catégorie, un bloc homogène des lois de police. La troisième incertitude qui accompagne la délimitation des lois de police et qui influence directement l'application de la loi étrangère est le large pouvoir d'appréciation du juge dans ce domaine. Il existe, de ce fait, un risque d'arbitraire car, en fonction de ses convictions, le juge peut trouver des lois de police partout, ou au contraire n'en trouver aucune. Ce risque d'arbitraire accompagné, en plus, d'une certaine peur de l'inconnu, c'est sans nul doute la première éventualité qui est la plus plausible.

Ainsi, traditionnellement, l'application d'une loi de police étatique entraîne la mise à l'écart de la règle de conflit du for et l'éventuelle application d'une loi étrangère. Lorsque la règle de conflit conduit donc à l'application de la loi étrangère, le législateur du for peut imposer la condition préalable de la vérification de l'existence, en la matière, d'une loi de police ou d'une règle d'application immédiate. De ce point de vue, la méthode conflictuelle serait concurrencée par la méthode des lois de police[389] qui, tout en se situant sur le plan conflictuel, puisqu'elle est fondée sur la prise en considération de facteurs de rattachement, n'en est pas moins différente de la méthode classique[390].

231. De même, dans le contexte de la construction de l'espace européen de liberté, sécurité et de justice, les juges des États membres sont tenus de respecter les lois de police qui se sont développées à ce niveau et qui s'imposent à eux. Or, il n'est pas toujours évident, pour le juge du for, d'observer l'application d'une loi de police européenne surtout lorsque le législateur européen n'a pas pris le soin d'en préciser le caractère. De ce point de vue, les critères dégagés par l'interprétation réalisée en la matière par la Cour de justice de l'Union européenne s'imposent aux juges des États membres. En revanche, le juge du for peut être mis dans la situation où il réalise que, malgré la désignation opérée par la règle de conflit, le rapport juridique se rattache également à un autre système juridique qui prévoit, dans ce cas précis, l'application de ses lois de police. L'application de telles lois de police aura également des conséquences sur l'application de la loi étrangère.

232. Quelle est la nature exacte de ces conséquences sur l'application de la loi étrangère? Lorsqu'on applique une loi de police, s'agit-il d'une éviction ou d'une exception à l'application de la règle de conflit bilatérale qui entraîne, à son tour, l'application d'une autre loi étrangère? La réponse à ces questions sera différente en fonction de la nature de la source des lois de police (étatique ou étrangère). Etant donné que les caractéristiques des règles européennes, à savoir, la primauté et l'effet direct, imposent le droit de l'Union européenne en tant que droit national aux yeux des juges des États membres, il faut donc étudier les lois de police européennes dans une catégorie dédiée aux lois de police à coloration étatique. Il s'agit donc d'analyser les conséquences

[389] La méthode conflictuelle est concurrencée également par d'autres méthodes comme l'impressionnisme juridique ou la *proper law* et les règles de conflit à caractère substantiel.

[390] H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 2, 1973, p. 79 et s. ; P. GRAULICH, « La signification actuelle de la règle de conflit », *in Mélanges Weill*, 1983, p. 295 ; P. MAYER, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits* 2, 1985, p. 129 et s. ; *adde.*, A. BUCHER, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1993-94, p. 209 et s.

sur l'application de la loi étrangère de l'application des lois de police à coloration étatique (a) ainsi que celle des lois de police étrangères (b).

a. L'application des lois de police à coloration étatique

233. Les lois de police à coloration étatique sont représentées par les lois de police du for (α) ainsi que celles du droit de l'Union européenne (β).

α. L'application des lois de police du for

234. Premièrement, la spécificité des rapports de droit international privé entraîne des règles adaptées quant à l'application des lois de police en la matière. De ce fait, l'application de la loi de police n'intervient directement et immédiatement dans le cas d'un rapport juridique international entrant dans son domaine d'application matériel qu'à la condition que celui-ci présente, de par ses éléments d'extranéité, un certain rattachement avec l'État du for. L'application de la loi de police par le for est ainsi subordonnée à l'existence de certains liens de rattachement entre la situation internationale litigieuse et le territoire du for (condition de proximité). Le type de lien exigé, qui s'explique par le caractère territorial de l'application des lois de police, varie selon la loi en cause. Par exemple, la loi française sur l'assistance éducative, loi de police, ne saurait être appliquée à un mineur résidant à l'étranger, la résidence en France étant le critère d'application territoriale de cette loi de police[391].

235. De même, en matière successorale, un arrêt de la Cour de cassation du 10 octobre 2012 a fixé le statut international des dispositions relatives à l'attribution préférentielle sous l'empire du droit international privé français actuel, statut qui était incertain jusque là, en prévoyant qu'elles « sont, en raison de leur destination économique et sociale, des lois de police de sorte qu'ont vocation à s'appliquer celles que fixe la loi du lieu de situation de l'immeuble »[392]. Il faut, en outre, observer que l'arrêt a également le mérite de fixer le traitement réservé aux attributions préférentielles sous l'empire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012 « successions internationales », texte appliqué en France à toutes les successions internationales ouvertes à compter du 17 août 2015.

---

[391] Cass, 1re civ., 6 avril 1994, n° pourvoi 92-15000, qui précise qu'« attendu que les lois relatives à l'assistance éducative sont d'application territoriale et qu'il s'ensuit que les juridictions françaises sont incompétentes pour prendre des mesures d'assistance éducative à l'égard de mineurs résidant à l'étranger, sauf application éventuelle des dispositions contraires des articles 3 à 5 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, qui, en l'espèce, n'ont pas été mises en oeuvre par l'autorité française. »

[392] Cass., 1re civ., 10 oct. 2012, n° 11-18. 345 : *JurisData* n° 2012-022733.

236. Enfin, le cadre de l'application des lois de police en matière immobilière et mobilière a été fixé par deux arrêts de la Cour de cassation. Ainsi, à l'occasion de l'arrêt *Agintis*[393] la chambre mixte de la Cour de cassation a qualifié la loi du 31 décembre 1975 (les articles 12, alinéa 1, et 13, alinéa 2) relative à la sous-traitance, comme loi de police au sens de l'article 7-2 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles[394]. Il s'agissait en l'espèce de la construction d'un ensemble industriel dans le sud de la France, le maître de l'ouvrage étant une société française, alors que l'entrepreneur principal était une société allemande qui avait sous-traité le lot « tuyauterie » à la société française Agintis. Le contrat était soumis au droit allemand qui ne prévoit pas d'action directe au profit du sous-traitant, alors que l'article 12, alinéa 1, de la loi de 1975 accordait au sous-traitant la possibilité d'une « action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas (…) ». Malgré la qualification de loi de police de la loi de 1975, son application ne s'est pas réalisée automatiquement en matière de sous-traitance immobilière internationale car une condition de proximité s'imposait. La Cour a ainsi considéré qu'elle ne pouvait appliquer la loi de police en matière de sous-traitance immobilière internationale que si l'immeuble était construit en France[395], condition qui se trouvait remplie en l'espèce.

237. La portée de l'arrêt *Agintis* a été précisée avec l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 27 avril 2011[396]. Dans le cas d'espèce il s'agissait également d'un contrat de sous-traitance internationale soumis au droit suisse. Le client - le maître de l'ouvrage - était une société italienne, le fournisseur - l'entrepreneur principal - une société française, le premier ayant commandé au second du matériel de télécommunication, dont la fabrication a été sous-traitée à une autre société italienne. L'entrepreneur principal s'est vu consentir une ouverture de crédit par une banque en garantie de laquelle il a cédé à cette dernière, dans les formes prévues par l'article

---

[393] Cass., ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006, *D.* 2008, p. 5, obs. X. DELPECH ; *RDI* 2007, p. 511, avis O. GUERIN, et 2008, p. 38, obs. C. CHARBONNEAU ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2009, p. 728, note M.-E. ANCEL ; *RTD Com.* 2008. 456, obs. P. DELEBECQUE.

[394] « Les dispositions de la présente Convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat. »

[395] L'arrêt énonce que « s'agissant de la construction d'un immeuble en France, la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police au sens des dispositions combinées de l'article 3 du C. civ. et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. »

[396] Cass., com., 27 avr. 2011, n° 09-13 : *D.* 2011, p. 1277, obs. X. DELPECH, 1654, note Y.-E. LE BOS, et 2434, spéc. 2438, obs. L. D'AVOUT ; *RDI* 2011, p. 618, obs. H. Périnet-Marquet ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2011, p. 624, rap. A. MAITREPIERRE, et 659, note M.-E. ANCEL ; *Dr. & patri.* déc. 2011, p. 90, note M.-E. ANCEL ; *RDC* 2011. 1294, obs. J.-B. RACINE ; *JDI* 2012, p. 148, obs. P. DE VAREILLES-SOMMIERES ; sur ce thème égal. M.-E. ANCEL, « La protection internationale des sous-traitants », *Trav. Com. fr. dr. int. pr*, 2008-2010, p. 2-25 ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. dr. internat. privé* 2011, p. 207.

L. 313-23 du code monétaire et financier, la créance qu'il détenait sur le maître de l'ouvrage[397]. Or l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 interdit à l'entreprise principale de céder ou nantir les créances résultant du contrat passé avec le maître de l'ouvrage qui correspondent à des travaux sous-traités, sous réserve d'obtenir le cautionnement de sous-traitance visé à l'article 14 de cette même loi. Le sous-traitant italien a donc cherché à invoquer l'inopposabilité de la « cession Dailly » à son encontre, sanction qui est habituellement retenue par la jurisprudence française en cas de non-respect, par l'entrepreneur principal, des prescriptions de l'article 13-1[398].

238. A la différence de l'arrêt *Agintis,* la Cour de cassation n'a pas considéré comme applicable, dans ce cas, la loi de 1975 en tant que loi de police française. En effet, la Cour a considéré que, pour que l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 soit applicable, il faut que « soit caractérisée l'existence d'un lien de rattachement de l'opération avec la France au regard de l'objectif de protection des sous-traitants », la nature mobilière des biens (matériel de télécommunication) étant indifférente dans ce cas. Or, il paraissait difficile de trouver un lien de rattachement sérieux avec la France : le maître d'ouvrage et le sous-traitant étaient établis en Italie, la fabrication, la livraison et l'installation des produits en cause (matériel de télécommunication) avaient eu lieu en Italie et le contrat de sous-traitance était soumis à la loi suisse.

239. En conclusion, pour qu'une loi dont l'« observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique » d'un État[399] soit appliquée à un rapport de droit international privé, il est nécessaire que le tribunal compétent à juger de l'affaire l'impliquant, vérifie l'existence d'un lien étroit avec ce même État. Manquer à cette obligation rendra la décision sans base légale, la cassation risquant d'intervenir dans ce cas. Cette condition empêchera le juge du for de voir trop facilement des lois de police dans un domaine où la compétence d'une loi étrangère pouvait être retenue jusque-là, entraînant une incertitude pour les parties qui se voient ainsi, en plein litige, mises face à une hypothèse qu'elles n'avaient pas envisagée. Même si ce problème n'apparaît que dans les cas où le juge n'applique pas seulement une loi de police indiquée comme telle par le législateur, mais la déclare également comme étant une loi de police, la condition du lien étroit représente une garantie contres d'éventuels abus en ce sens.

240. Au vu des détails de l'application des lois de police du for, cette application n'équivaut pas à une éviction car la règle de conflit n'entre pas en jeu, la mise en œuvre de la loi de police se faisant avant toute recherche de la règle de conflit susceptible d'être appliquée dans le cas

[397] Il s'agit d'une « cession Dailly » à titre de garantie.
[398] Cass., com., 22 nov. 1988, n° pourvoi : 86-16400 ; Cass., com., 16 mai 1995, n° pourvoi : 92-20658.
[399] Cass., com., 13 juill. 2010, *préc.*

d'espèce. De ce point de vue, l'application des lois de police du for permet de rendre une solution unilatérale à un problème de droit international privé, la méthode directe primant sur la méthode indirecte.

β. L'application des lois de police européennes

241. Il existe toujours un risque d'affrontement entre les lois de police européennes et les lois de police des États membres même si l'impérativité des lois de police, ainsi que le principe de la primauté du droit de l'Union européenne, auraient dû empêcher le surgissement de tels conflits. En même temps, des conflits peuvent naître également entre l'ordre juridique européen et la loi d'un État tiers qui n'a pas l'obligation de s'aligner sur les objectifs de l'Union européenne. Il revient à la Cour de Justice de l'Union européenne de se prononcer par rapport à ce type de conflit à travers le mécanisme des questions préjudicielles, sa jurisprudence étant, de ce point de vue, assez fournie. Les arrêts *Ingmar*[400] et *Inspire Art*[401] reflètent, par exemple, certains principes concernant les lois de police et dégagés par la Cour de justice.

242. Dans l'arrêt *Ingmar* du 9 novembre 2000, le litige opposait un agent commercial britannique à la société qui l'employait. Le salarié réclamait des indemnités de fin de contrat prévues par les articles 17 et 18 de la directive européenne n° 86/653/CEE du Conseil, du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants[402], mais ignorées de la loi californienne choisie par les parties en vertu du principe de la loi d'autonomie. La Cour a accordé à l'agent commercial les indemnités demandées, faisant prévaloir le droit de l'Union européenne sur la loi californienne. Sur la base des objectifs poursuivis par la directive européenne, elle l'a considérée comme dotée d'une impérativité l'apparentant à une loi de police ayant la primauté sur la loi d'un État tiers, dans son considérant 26 : « [...] les articles 17 et 18 de la directive, qui garantissent certains droits à l'agent commercial après la cessation du contrat d'agence, doivent trouver application dès lors que l'agent commercial a exercé son activité dans un État membre et alors même que le commettant est établi dans un pays tiers et que, en vertu d'une clause du contrat, ce dernier est régi par la loi de ce

[400] CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar, préc.* À la même époque, la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans son arrêt du 28 novembre 2000, prenait une position différente, *D.* 2001, note CHEVRIER, *JCP* 2001. II. 10527, note BERNAUDEAU, *JDI* 2001, p. 511, note JACQUET. Voy. sur les nombreux problèmes relatifs aux agents commerciaux et concernant l'application des lois de police : J. RAYNAUD, « Le droit à l'indemnité de l'agent commercial dans le contrat international, L'influence des lois de police communautaires », *JCP* 2001. 13.

[401] CJCE, ass. plén., 30 septembre 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contre Inspire Art Ltd.*, C-167/01, *Rec.,* p. I-10155.

[402] *JO* L 382, p. 17.

pays ». La Cour avait justifié cette décision dans son considérant 25 en utilisant le principe de proximité : « Force est donc de constater qu'il est essentiel pour l'ordre juridique communautaire qu'un commettant établi dans un pays tiers, dont l'agent commercial exerce son activité à l'intérieur de la Communauté, ne puisse éluder ces dispositions par le simple jeu d'une clause de choix de loi. La fonction que remplissent les dispositions en cause exige en effet qu'elles trouvent application dès lors que la situation présente un lien étroit avec la Communauté, notamment lorsque l'agent commercial exerce son activité sur le territoire d'un État membre, quelle que soit la loi à laquelle les parties ont entendu soumettre le contrat. »

243. De même, dans l'arrêt *Inspire Art* du 30 septembre 2003, il s'agissait d'un conflit entre une directive européenne et une loi hollandaise de 1997 qualifiée de loi de police par les autorités néerlandaises. Il appartenait à la Cour de déterminer si une société immatriculée en Angleterre, mais ayant toute son activité aux Pays-Bas était ou non assujettie à cette loi qui contenait des dispositions plus sévères que celles prévues par la loi anglaise, loi de la société. La Cour a répondu par la négative au motif que la loi hollandaise de 1997 était contraire à la liberté d'établissement : « les articles 43 CE (« [...] les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre ») et 48 CE (qui étend le bénéfice du droit d'établissement, dans les mêmes conditions que celles prévues pour les personnes physiques ressortissantes des États membres, aux « sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté ») s'opposent à une législation nationale, telle la loi hollandaise, qui soumet l'exercice de la liberté d'établissement à titre secondaire dans cet État, par une société constituée en conformité avec la législation d'un autre État membre, à certaines conditions prévues en droit interne pour la constitution de sociétés, relatives au capital minimal et à la responsabilité des administrateurs. Les raisons pour lesquelles la société a été constituée dans le premier État membre, ainsi que la circonstance qu'elle exerce ses activités exclusivement ou presque exclusivement dans l'État membre d'établissement, ne la privent pas, sauf à établir au cas par cas l'existence d'un abus, du droit d'invoquer la liberté d'établissement garantie par le traité ».

244. Ces deux arrêts confirment donc que lorsqu'il s'agit d'un conflit entre la loi de police d'un État membre et une des libertés fondamentales prévues par un Traité européen, c'est l'atteinte à la

liberté fondamentale prévue dans ce traité qui aura priorité[403]. Cette jurisprudence a un impact considérable sur la théorie générale (concept et régime) des lois de police en droit international privé car elle contribue à faire perdre au concept de loi de police son caractère unitaire. En effet, la variété des conflits que fait naître l'émergence des lois de police européennes est telle qu'ils sont moins que jamais réductibles à un dénominateur commun. En ce qui concerne leur régime, l'impérativité qui les caractérisait, n'est plus appliquée de façon systématique. L'impérativité est admise ou rejetée au cas par cas[404], ce qui est positif, mais a pour conséquence une imprévisibilité qui, à long terme, risque de provoquer une certaine insécurité des rapports juridiques.

b. Les critères d'application des lois de police étrangères

245. Si l'application par le juge de sa propre loi de police ou d'une loi de police européenne n'est pas surprenante, l'application d'une loi de police étrangère[405] peut, en revanche, soulever des questions complexes, comme celles concernant leur définition ou leur sort. A l'origine, l'application des lois de police étrangères n'était même pas envisagée. Cependant la Première Chambre civile de la Cour de cassation française, dans un arrêt du 25 janvier 1966, rendu dans l'affaire *Royal Dutch*[406], a appliqué des arrêtés néerlandais qui étaient incontestablement des lois de police. Par la suite, les questions de la définition et du sort des lois de police étrangères ont été clarifiées à travers deux arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation intervenant en matière de droit des transports et prononcés sur le fondement de la Convention de Rome[407].

246. Ainsi, le premier arrêt, confirmant l'arrêt *Royal Dutch* et se fondant sur l'art 7 §1 de la Convention de Rome sur les obligations contractuelles, a appliqué des lois de police étrangères en

---

[403] La position adoptée par la Cour de justice dans l'affaire *Inspire Art* se situe dans la même ligne que celle des arrêts *Centros* du 9 mars 1999, C-212/97, *Rec.,* p. I-01459 : *JDI* 2000, p. 482, note M. LUBY ; *D.* 1999, p. 550, note M. MENJUCQ ; *Rev. soc.*, note G. PARLEANI, et du 5 nov. 2002, C-208/00., *Rec.,* p. I-09919 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003, p. 508, note P. LAGARDE, *JCP* 2003. II. 10032, note M. MENJUCQ. Voy. sur ce point : T. BALLARINO, « Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire », *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003, p. 373 ; L. BERNARDEAU, « Droit d'établissement et transfert du siège des sociétés », *Gaz. Pal.* 2003, n° 31, p. 38.

[404] La confrontation des arrêts *Portugala* (CJCE, 24 janvier 2002, *Portugala*, C-164/99, *Rec.,* p. I-787) et *Inspire Art* (CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, préc.) permet d'illustrer la variété des résultats auxquels il conduit d'une espèce à l'autre. Dans l'affaire Portugala comme dans le second cas, celui de l'affaire Inspire Art, la Cour de Justice des Communautés reconnaît que la motivation du législateur national qui invoque l'impérativité de sa loi de police était l'intérêt général, mais dans le premier cas, cette impérativité lui est accordée alors que dans le second, elle lui est refusée. La raison en est qu'aux yeux de la Cour, il ne suffit pas que l'entrave à une liberté fondamentale soit constatée, encore faut-il qu'elle soit suffisamment grave pour que toute cohabitation soit impossible.

[405] Sur l'ensemble du problème, voy. P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *JDI*, 1981, p. 277 ; J.C. SCHULTZ, « Les lois de police étrangères », *Trav. com. fr. int. pr.*, 1982-1983, p. 39.

[406] *D.* 1966. 390, note Y. LOUSSOUARN, *JDI*, 1966, p. 631, note Bredin, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1966, p. 238, note FRANCESCAKIS.

[407] F. JAULT-SESEKE, « Panorama de droit international privé 2010 », *D.* 2011, p. 1374.

raison des liens étroits qu'elles présentaient avec la situation concernée[408]. L'article 7 §1 prévoyait ainsi que « lors de l'application en vertu de la présente Convention de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat ». Cependant : « pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découlent de leur application ou de leur non-application »[409].

247. Dans le cas d'espèce, il s'agissait d'un embargo du Ghana sur la viande bovine d'origine française qui avait empêché un acheminement de marchandise par un transporteur maritime contre lequel l'expéditeur avait intenté une action en responsabilité devant les juridictions françaises. Le transporteur va solliciter, à son tour, dans une demande reconventionnelle, la nullité du contrat pour cause illicite. A cela, la Cour d'appel répond que l'embargo, décrété unilatéralement par l'État du Ghana sur la viande bovine d'origine française, n'a pas de force obligatoire à l'égard du chargeur et de l'opérateur auquel il a confié sa marchandise et qu'au regard de la loi applicable, la cause des contrats de transport ne remplit aucune des conditions énoncées par l'article 1133 du Code civil français[410]. Ce faisant, la Cour d'appel refuse tout effet à cette loi étrangère. Cependant, le pourvoi formé en cassation soulignait que la réglementation locale s'imposait au transporteur. L'arrêt de principe de la Cour de cassation a suivi la logique en précisant que la réglementation locale peut être considérée comme une loi de police étrangère et celle-ci, en tant que telle, a vocation à être appliquée par le juge compétent. L'arrêt de la cour d'appel a ainsi été cassé par la Cour de cassation le 16 mars 2010, au motif qu'il appartenait au juge de déterminer par application de la Convention de Rome l'effet pouvant être donné à la loi ghanéenne invoquée devant elle : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait de déterminer par application de la Convention de Rome l'effet pouvant être donné à la loi ghanéenne invoquée devant elle, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

---

[408] Com. 16 mars 2010, n° 08-21.511, *Bull. civ.* IV, n° 54 ; *D.* 2010, p. 824, et p. 2323, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *RTD Com.* 2010, p. 457, obs. P. DELEBECQUE ; *JCP* 2010. 530, note L. D'AVOUT et D. BUREAU ; DMF 2010, n° 714, note S. SANA-CHAILLE DE NERE et rap. A. POTOCKI (extrait) ; *Rev. dr. transp.* 2010. Comm. 131, note P. DELEBECQUE ; *RDC* 2010, p. 1385, note P. DEUMIER.

[409] On rencontre une imposition voisine dans les Conventions de La Haye de 1984 sur le trust, de 1978 sur les contrats d'intermédiaire ainsi que dans le règlement européen Rome II, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (art. 12-2).

[410] Qui prévoit que « la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public. »

248. Le second arrêt[411] manifeste, en revanche, la volonté de la Cour de cassation de ne pas retenir trop aisément la qualification de loi de police. En l'espèce, un transporteur espagnol avait acheminé des jus de fruits d'Espagne vers la France. N'ayant pas été payé par l'expéditeur, également espagnol, il réclame le règlement du prix au destinataire français, sur le fondement de l'article L. 132-8 du Code de commerce qui institue une garantie de paiement au profit du transporteur en lui permettant de réclamer au destinataire le prix des marchandises transportées. Le droit français n'étant pas la loi du contrat, seule la qualification de l'article L. 132-8 en loi de police permettait de faire droit à cette demande. Les juges du fond l'ont admis, l'article assurant « la protection des intérêts économiques des transporteurs ». Leur décision a été, par la suite, censurée par la Cour de cassation qui a considéré que l'article L. 132-8 « n'est pas une loi dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation quelle que soit la loi applicable et de constituer une loi de police ». Elle a donné, ainsi, aux lois de police une définition s'inscrivant dans le sillage du nouvel article 9 du règlement Rome I[412], bien que l'arrêt soit rendu au visa de la Convention de Rome, seule applicable à la cause.

249. Avec ces deux arrêts, la Cour de cassation circonscrit le champ de l'impérativité internationale dont la pertinence est d'ailleurs contestée dès lors que l'on admet son contournement par le biais des clauses de compétence. A cet égard, il convient de mentionner que, pas plus que la clause attributive de juridiction[413], dont l'autonomie par rapport au contrat

---

[411] Cass., com., 13 juill. 2010, n° 10-12.154, n° pourvoi 10-12154 ; *Bull. civ.,* IV, n° 131 ; *D.* 2010, p. 2339, obs. X. DELPECH, note voy. V. DA SILVA, et p. 2323, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *RTD Com.* 2010, p. 779, obs. B. BOULOC ; *JCP* 2010. 972, note D. BUREAU et L. D'AVOUT ; *JDI* 2011, p. 91, note F. JAULT-SESEKE ; *Rev. dr. transp.* 2010. Etude 12, obs. C. LEGROS, Comm. 183, obs. C. PAULIN, et Comm. 184, obs. P. DELEBECQUE.

[412] Qui prévoit qu'« il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application. » ; sur lequel, voy. not. L. D'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2165 ; *adde.* S. FRANCQ et F. JAULT-SESEKE, « Les lois de police, une approche de droit comparé », *in Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Credimi, Litec, 2011, p. 357 ; On retrouve également la possibilité de l'application des lois de police étrangères dans l'article 16 de la Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et de représentation en vigueur depuis le 1er mars 1992 qui prévoit que « 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. »

[413] Cass., 1re civ., 22 oct. 2008, n° pourvoi 07-15.823, *D.* 2008, p. 2790, obs. I. GALLMEISTER, 2009, p. 200, note F. JAULT-SESEKE, p. 684, *chron.* A. HUET, p. 1557, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE, et p. 2384, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2009, p. 1, l'étude de D. BUREAU et H. MUIR WATT ; *RTD Com.* 2009, p. 646, obs. P. DELEBECQUE.

principal a finalement été affirmée[414], la clause compromissoire n'est paralysée par l'applicabilité d'une loi de police[415].

250. Quelles sont donc les conditions de l'application d'une loi de police étrangère ? La réponse n'est pas évidente car ces conditions peuvent être différentes en fonction de l'instrument juridique utilisé comme fondement pour l'application des lois de police étrangères. Ainsi, par exemple, l'article 16 de la Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et de représentation en vigueur depuis le 1er mars 1992 prévoit que « 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. »

251. En se référant aux lois de police étrangères la Convention parle, dans un premier temps, des dispositions impératives. Or, cela peut entraîner la confusion du juge du for car une disposition impérative n'est pas toujours une loi de police. C'est pour cela que la Convention vient avec la précision que ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit de l'État auquel appartiennent lesdites lois impératives. En faisant cela la Convention met le juge du for dans la posture d'accomplir une condition supplémentaire en se mettant à la place du juge étranger et en vérifiant si une certaine loi impérative étrangère s'impose malgré la désignation de la règle de conflit étrangère. La qualification de loi de police est donc faite en tenant compte de la qualification étrangère. Malgré son évidente complexité, la méthode a le mérite de respecter la nature que la loi détient concrètement dans son propre système juridique.

252. Un autre exemple est donné par l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 16 mars 2010[416] où l'on a pris le soin de définir les lois de police étrangères et leur rôle. L'arrêt énonce ainsi plusieurs critères cumulatifs déclinés à partir de la Convention de Rome de 1980 dans son art. 7. Un premier critère se réfère, comme dans le cas de l'article 16 de la Convention

---

[414] Cass., 1re civ., 8 juill. 2010, n° pourvoi 07-17.788, *D.* 2010, p. 1869, obs. X. DELPECH, et p. 2323, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *R.T.D.Civ.* 2010, p. 780, obs. B. FAGES ; *JDI* 2011, p. 107, note S. SANA-CHAILLE DE NERE.

[415] Cass., 1re civ., 8 juill. 2010, n° pourvoi 09-67.013, *D.* 2010, p. 1797, obs. X. DELPECH, 2884, note M. AUDIT et O. CUPERLIER, p. 2540, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra, et p. 2933, obs. T. CLAY ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2010, p. 743, note D. BUREAU et H. MUIR WATT.

[416] Cass., com., 16 mars 2010, n° pourvoi 08-21.511 : *Bull. civ.* IV, n° 54 ; *D.* 2010, p. 824, et p. 2323, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *RTD Com.* 2010, p. 457, obs. P. DELEBECQUE ; *JCP* 2010. 530, note L. D'AVOUT et D. BUREAU ; *DMF* 2010, n° 714, note S. SANA-CHAILLE DE NERE et rap. A. POTOCKI (extrait) ; *Rev. dr. transp.* 2010. Comm. 131, note P. DELEBECQUE ; *RDC* 2010, p. 1385, note P. DEUMIER.

de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et de représentation de 1992, aux dispositions impératives. Ces dispositions sont applicables, selon la loi du pays en cause, quelle que soit la loi applicable, condition qui rejoint également celle de la convention de la Haye de 1992. De plus, il s'agit des dispositions impératives de la loi autre que celle qui est applicable au fond (ce sont des dispositions qui ne sont pas désignées par la règle de conflit en cause) et qui appartiennent à la loi d'un pays ayant un lien étroit avec la situation. De ce point de vue, si l'article 9.3 du règlement Rome I est très proche du texte analysé, il est un peu plus restrictif sur ce thème. Cet article prévoit ainsi qu'« il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application ». Il s'agit donc des lois de police étrangères (du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées) qui rendent l'exécution du contrat illégale. Or, cela impose un certain dégré de contrariété entre les lois de police et la loi applicable à l'exécution du contrat. De plus, le juge peut choisir s'il applique ou non les lois de police étrangères en fonction de leur nature et leur objet. Cela peut entraîner un certain degré d'imprévisibilité qui peut provoquer le déséquilibre sur le marché interne car deux juges appartenant à des États membres différents peuvent avoir des opinions contradictoires sur l'application ou non de ces lois de police. On déplore le trop plein de critères sur lesquels le juge peut s'appuyer pour rendre sa décision et qui peuvent provoquer l'insécurité juridique en la matière d'application des lois de police étrangères avec l'accroissement du risque de *law shopping*.

253. Le règlement Successions prévoit une disposition particulière fondée sur la souveraineté et énoncée sous une forme bilatérale. En effet, l'une des originalités de ce règlement est d'assurer l'unité de la succession, en soumettant à une même loi la succession mobilière et la succession immobilière. Il se peut toutefois que l'État de situation des immeubles ne l'entende pas de cette oreille et veuille appliquer sa propre loi ou certaines de ses dispositions à la succession aux immeubles situés sur son territoire pour des raisons de caractère politique *lato sensu*. L'article 30 de ce règlement en tient compte. Il prévoit que « lorsque la loi de l'État dans lequel sont situés certains biens immobiliers, certaines entreprises ou d'autres catégories particulières de biens comporte des dispositions spéciales qui, en raison de la destination économique, familiale ou sociale de ces biens, imposent des restrictions concernant la succession portant sur ces biens ou

ayant une incidence sur celle-ci, ces dispositions spéciales sont applicables à la succession dans la mesure où, en vertu de la loi de cet État, elles sont applicables quelle que soit la loi applicable à la succession. » On observe donc que les solutions dégagées par la jurisprudence sont perfectibles et, de ce point de vue, les propositions véhiculées par la doctrine pourraient venir en aide au législateur national, européen ou international.

254. Une première possibilité dans ce sens se fonde sur le caractère unilatéral des lois de police. Les conséquences d'une telle option devraient conduire le juge à refuser de statuer du moment où sa propre loi de police du for n'est pas applicable. Pour éviter le déni de justice, Francescakis a proposé de consulter la règle de conflit classique pour déterminer la loi étrangère à laquelle il convient de se référer, le problème ne se posant plus en termes de lois de police. Un tel système méconnaît évidemment le caractère de loi de police de la loi étrangère.

255. On a également proposé de bilatéraliser les lois de police, idée qui se heurte, cependant, à l'impossibilité de bilatéraliser un rattachement exorbitant, ou de fait appel à la notion d'« unilatéralité partielle », qui suppose que pour appliquer une loi de police étrangère il faut prendre en considération le domaine déterminé par le législateur étranger qui a pris le soin de déterminer lui-même le champ d'application dans l'espace de la loi qu'il a édictée[417]. Cependant, lorsqu'on se trouve dans un conflit positif de lois de police étrangères[418], le recours à la règle de conflit du for semble inéluctable.

256. A notre avis, la solution qui s'impose devrait tenir compte des critères révélés par la jurisprudence. Le juge du for pourrait appliquer une loi de police étrangère s'il observe que dans un cas concret s'imposent des dispositions impératives d'un système juridique ayant un lien étroit avec la situation mais dont la loi n'est pas applicable au fond, c'est-à-dire que ce sont des dispositions qui ne sont pas désignées par la règle de conflit du for. De plus, ces dispositions sont applicables, selon la loi du système juridique en cause, quelle que soit la loi applicable au fond selon ses propres règles de conflit, cette condition mettant en avant l'interprétation étrangère des lois de police.

257. L'application d'une la loi de police étrangère a une double conséquence en matière d'application de la loi étrangère. Ainsi, d'un côté, elle évince la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for et donc normalement applicable et, d'un autre côté, assure l'application d'une loi étrangère ayant le statut, aux yeux du législateur étranger, d'une loi de police. L'application des

---

[417] Y. LOUSSOUARN, *Rec. cours La Haye*, vol. 139, 1973, p. 336.

[418] Sur l'hypothèse du cumul des lois de police voy. X. BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de sociétés*, Paris, 1998, n° 54 et s., qui, pour résoudre la question, propose de se référer à la théorie dite des « lois de police atténuées ».

lois de police étrangères n'impose donc pas l'application d'une règle de conflit, et même lorsque Francescakis a proposé de faire dépendre l'application des lois de police étrangères de leur désignation par la règle de conflit du for[419], l'on a considéré que cela reviendrait à nier la présence d'une loi de police étrangère par nature impérative[420].

CONCLUSION DE SECTION

258. Du fait de la nature étatique du droit international privé, la formulation de ses règles reste l'apanage du système juridique du for, à travers des processus législatifs ou jurisprudentiels. L'application de la loi étrangère est donc conditionnée par le for. Une analyse du « pourquoi » et du « comment » de l'application de la loi étrangère s'est donc imposée naturellement.

259. Pourquoi appliquer une loi étrangère ? Pour répondre à cette question il a fallu analyser les justifications et les intérêts exprimés par rapport à notre sujet. Les justifications concernent ainsi la question de l'autorité de la loi étrangère et le fait de savoir si celle-ci va s'imposer, lors de son application dans le système juridique du for, de la même façon qu'elle l'aurait naturellement fait dans son système juridique d'origine ou si son autorité sera moindre. En effet, si la loi étrangère reste du droit, lorsqu'elle est appliquée à la suite de la désignation de la règle de conflit du for, son application doit, en revanche, être justifiée car la situation ne représente pas une mise en œuvre habituelle d'une règle juridique.

260. C'est en fonction de leur lien avec les éléments constitutifs de la loi étrangère (l'élément impératif et l'élément rationnel) que les justifications ont été analysées, étant ainsi partagées en justifications intrinsèques et extrinsèques. Les justifications intrinsèques ont ainsi révélé que lorsque la loi étrangère est appliquée par le for, elle perd l'élément impératif représenté par l'ordre de commandement émanant du législateur étranger mais elle conserve le second élément rationnel concernant la proposition cohérente proposée par le législateur au titre de norme effectivement appliquée à un type de situation et dans un milieu donnés. Les justifications extrinsèques, liées à l'idée de souveraineté, avancent l'idée qu'accepter l'application d'une loi étrangère dans le système juridique du for serait une abdication de la souveraineté locale. Même si, de nos jours, cette préoccupation a reculé avec les conceptions qui l'inspiraient (la théorie des droits acquis et la

[419] FRANCESCAKIS cité par Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 152.
[420] F. DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit…*, *op. cit.*, 1973, n° 72, p. 54.

théorie du *rinvio ricettizio*), les idées qui l'ont accompagnée expliquent, au moins en partie, la méfiance qui persiste envers l'application de la loi étrangère.

261. Afin de savoir quel est l'intérêt d'appliquer une loi étrangère, deux axes de recherche ont été suiviées, axes qui impliquent, d'un côté, l'intérêt du système juridique for d'appliquer une loi étrangère et d'un autre coté, l'intérêt du système juridique étranger de voir sa loi appliquée par le système juridique du for. Il est ainsi dans l'intérêt du système juridique du for d'appliquer une loi étrangère afin d'assurer des solutions adaptées à la spécificité des problèmes juridiques de droit international privé. Un isolationnisme du for, à travers l'application exclusive de la *lex fori,* risquerait purement et simplement d'entraver les relations internationales. Le for a donc besoin d'appliquer la loi étrangère non pas parce qu'elle est plus « juste » ou d'une qualité meilleure que la *lex fori*, mais parce qu'elle est mieux placée pour régir une situation juridique de droit international privé.

262. Il existe de nombreuses théories qui décrivent la façon dont le for peut déterminer si une loi étrangère est mieux placée qu'une autre à régir une situation juridique de droit international privé: le principe du rattachement étroit traduit dans le principe de proximité, le principe de souveraineté, le principe de l'autonomie de la volonté, la doctrine des intérêts étatiques avec ses diverses approches plus ou moins souples. La théorie choisie par le système juridique du for reste cependant sans importance, puisque, dans tous les cas, la loi étrangère sera appliquée dans l'intérêt du système juridique du for, même si cet intérêt peut coïncidern dès fois, avec l'intérêt du système juridique étranger de voir sa loi appliquée. Le système juridique du for doit ainsi utiliser le droit international privé pour désigner le système juridique qui est rattaché au problème juridique d'une telle manière qu'il ne peut que conduire à un résultat approprié correspondant aux attentes des parties.

263. Comment appliquer une loi étrangère ? La méthodologie de l'application de la loi étrangère implique la recherche des règles constituant le moyen de parvenir au résultat d'une telle application. Il fallait comprendre, avant tout, ce qu'est l'application une règle juridique. Appliquer une règle juridique implique, dans un premier temps, de constater la réalisation, dans les faits, des divers éléments visés dans son présupposé pour ensuite mettre en œuvre son dispositif. Est ce que le raisonnement du juge du for change lorsqu'il applique une règle juridique étrangère par rapport à l'application d'une règle juridique étatique ? Que cette règle appartienne au système juridique du for ou au système juridique étranger, cela n'influence pas le raisonnement du juge, qui se fonde toujours sur la proposition énoncée par une règle dont l'hypothèse

correspond aux données de l'espèce. Que change-t-il alors au moment de l'application d'une règle juridique étrangère ? Ce qui change lorsque le juge du for applique une règle juridique étrangère c'est la méthode d'application car ce type d'application implique le passage par la règle de conflit. On serait ainsi tenté de dire que l'application de la loi étrangère impose toujours l'application préalable de la règle de conflit ; sauf qu'il peut arriver qu'une loi étrangère soit appliquée sans le passage par la règle de conflit, du fait de la possibilité récente d'appliquer les lois de police étrangères. Il faut préciser qu'il ne s'agit pas, dans ce dernier cas, d'une éviction de la loi normalement compétente car la règle de conflit n'entre pas en jeu, la mise en œuvre de la loi de police se faisant avant toute recherche de la règle de conflit susceptible d'être appliquée dans le cas d'espèce. L'application des lois de police étrangères présente, en revanche, une double fonction consistant, d'un côté, en l'éviction de la loi étrangère normalement applicable car désignée par la règle de conflit du for et, d'un autre côté, en l'application d'une loi étrangère ayant le statut, aux yeux du législateur étranger, d'une loi de police.

264. L'application de la loi étrangère implique donc des justifications, des intérêts et des méthodes particuliers du fait de sa spécificité qui dépendent tous de la volonté du for. Cette volonté doit être utilisée dans le sens de la recherche des solutions adaptées aux problèmes juridiques de droit international privé et cela exige très souvent l'application de la loi étrangère.

CONCLUSION DE CHAPITRE

265. En conclusion, l'application de la loi étrangère est la conséquence de l'internationalité spécifique du droit international privé et dépend de la volonté du système juridique du for. Le fait que l'application de la loi étrangère soit la conséquence de l'internationalité spécifique du droit international privé signifie qu'une telle internationalité provoque cette application. En effet, lorsqu'on parle de l'internationalité spécifique du droit international privé il faut comprendre qu'il ne s'agit pas de la même internationalité que celle du droit international public. Pour démontrer cette affirmation nous avons procédé à l'analyse comparative des éléments qui rendent international le droit public, appliqués à la matière du droit international privé, comme les sources de la matière, les qualités essentielles des parties et les éléments qui relient le rapport juridique aux autres ordres juridiques. Nous avons ainsi conclu que le terme « international » dans la syntagme droit international privé n'a pas le même sens qu'en droit international public car il désigne le caractère d'extranéité des rapports juridiques impliqués, sans se référer à l'origine des règles de droit international privé ou aux qualités essentielles des parties. Par conséquent, un rapport juridique est considéré comme de droit international privé si au moins un des éléments qui le composent (sujets, source-localisation, objet, tribunal saisi de la relation juridique) le relie à au moins un système juridique autre que celui de la *lex fori*.

266. L'internationalité spécifique du droit international privé se traduit ainsi par le fait que ce droit peut régir des rapports privés internationaux tout en gardant sa nature étatique. Pourquoi provoque-t-il donc l'application de la loi étrangère ? La réponse se trouve, à notre avis, dans l'impossibilité du système juridique du for de s'isoler juridiquement et d'appliquer la *lex fori* dans tous les cas, même dans ceux impliquant des problèmes juridiques avec élément d'extranéité. En effet, si le système juridique du for choisit de protéger en toute circonstance ses ressortissants sans tenir compte des plaintes formulées par les étrangers, il provoquera une discrimination qui, à long terme, risque de lui coûter au niveau économique car il sera moins attirant pour le développement des rapports juridiques extraterritoriaux. Le système juridique du for est donc obligé de quitter, de temps en temps, son champ de solutions purement étatiques et d'appliquer des solutions à coloration étrangère.

267. Il faut également prendre en compte la spécificité de l'internationalité du droit international privé dans le contexte du droit de l'Union européenne. En effet, le cocktail entre l'internationalité spécifique du droit international privé et les caractéristiques des règles européennes, à savoir l'effet direct et le principe de primauté qui traduisent aussi l'originalité de

l'Union européenne, fait que le droit de l'Union européenne influence automatiquement le droit international privé des États membres. Or, du fait de cette application automatique qui facilite l'intégration des règles européennes dans le droit national des États membres, un processus d'uniformisation a été déclenché en la matière au niveau européen même si au début elle n'était pas concernée, puisque, lorsque la Communauté économique européenne (CEE) a été créée en 1957, les règles mises en place par le Traité de Rome, dans sa forme d'origine, pour la création d'un marché commun basé sur la liberté de circulation des biens, personnes, services et capitaux, étaient presque exclusivement des règles concernant le droit public.

268. Cependant, l'uniformisation réalisée en droit international privé reste inachevée. Il n'existe, dès lors, des règles de conflit harmonisées que concernant certains aspects du droit international privé, comme, par exemple, en matière d'obligations, du droit de la famille ou de successions. Malheureusement, d'autres aspects de droit international privé comme, par exemple, les régimes matrimoniaux[421] ou l'application de la loi étrangère, échappent à cette uniformisation. De même, le régime d'application de la loi étrangère ne fait pas partie de ce processus, chaque État prévoyant son propre système d'application. Donc d'un côté, il reste des règles de conflit de droit international privé qui n'ont pas été harmonisées et, d'un autre côté, le régime juridique de l'application de la loi étrangère reste différent dans les États membres.

269. Cette situation représente-t-elle un risque pour l'Union européenne ? La réponse est affirmative, car si le processus d'uniformisation se veut l'outil permettant d'augmenter l'influence du droit de l'Union européenne en matière de droit international privé, son inachèvement provoque de l'insécurité juridique et contredit les objectifs de l'Union européenne. Il est donc nécessaire, afin d'éviter le *forum shopping* évident, d'unifier les règles de conflits de lois de droit international privé ainsi que le régime juridique de l'application de la loi étrangère dans l'espace européen.

270. L'application de la loi étrangère dépend, en même temps, de la volonté du système juridique du for. Cela ne signifie pas que l'application de la loi étrangère soit la conséquence de la volonté du for, mais que sa mise en œuvre en dépend. En effet, chaque système juridique a la

[421] Il existe cependant un projet en ce sens, le Parlement européen ayant adopté une résolution législative le 10 septembre 2013 sur la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux (COM (2011) 0126-C7-0093/2011-2011/0059 (CNS)). Ce projet est nécéssaire dans la situation où, actuellement, la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux est entrée en vigueur le 1er septembre 1992 pour la France, le Luxembourg et les Pays-Bas alors qu'à l'origine cinq États étaient signataires : l'Autriche, le Portugal, la France, le Luxembourg et le Pays-Bas.

liberté de décider quelle sera la loi la mieux adaptée pour régir une situation de droit international privé. Les nombreuses théories existantes en ce sens démontrent la diversité des attitudes que les systèmes juridiques nationaux peuvent avoir envers le choix de la loi la mieux adaptée, de son point de vue, pour régir un rapport juridique de droit international privé.

271. Ainsi, le principe du rattachement étroit traduit dans le principe de proximité formulé par P. Lagarde indique que la loi le mieux adaptée pour régir une relation juridique est celle du système juridique avec lequel elle est la plus étroitement rattachée. Les principes de souveraineté et de l'autonomie de la volonté représentent deux extrêmes dans le choix qu'un système juridique peut adopter en cette matière. Le principe de souveraineté favorise l'application de la *lex fori* alors que celui de l'autonomie de la volonté accorde aux parties la liberté de choisir la loi qui leur semble la plus adaptée, le système du for choisissant ainsi de ne plus décider dans ce sens. De même, l'on a également proposé de choisir le système juridique qui a l'intérêt légitime le plus significatif de voir ses règles matérielles appliquées à travers la doctrine des intérêts étatiques formulée par B. Currie et revue par R. J. Weintraub.

272. Si l'application de la loi étrangère dépend de la volonté du for c'est que ce système juridique n'a pas entraîné la naissance de cette situation. Donc la situation qui demande l'application d'une loi étrangère existe indépendamment de la volonté du for car les rapports juridiques de droit international privé se développent grâce à d'autres facteurs comme la globalisation, la facilité de voyager, l'Internet. De ce point de vue, l'Union européenne représente, à un niveau régional, tous les effets de la globalisation, à savoir, la circulation des biens, des personnes, des capitaux et des services. Or, la circulation de ces éléments entraîne le développement des rapports juridiques et la matière du droit international n'est pas épargnée.

273. Il est vrai que le système juridique du for peut décider de l'importance, plus ou moins grande, qu'il accorde à l'application de la loi étrangère, en fonction de son intérêt. De ce point de vue, l'avènement du droit international privé européen pourrait changer la discussion dans le sens où une question se posera forcement lors du processus d'uniformisation du régime de l'application de la loi étrangère, à savoir, dans quel intérêt un État membre appliquera-t-il une loi étrangère à travers la législation européenne : dans son intérêt ou dans l'intérêt de l'Union européenne ? Il est également possible d'aller plus loin et de se demander comment l'Union européenne résoudra la situation dans laquelle un État membre ne partage pas le même intérêt qu'elle d'appliquer une loi étrangère dans un cas particulier.

CHAPITRE 2

LES ADVENTICES DE L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

274. Les idées fondamentales décrites dans le chapitre précédent sont liées à des aspects adventices, subsidiaires, qui influencent la réalité de l'application de la loi étrangère. Lorsque l'on emploie le terme « adventice », qui décrit un élément qui survient incidemment, qui s'ajoute accessoirement[422] à une situation, c'est pour souligner l'existence de certains aspects qui façonnent l'état de l'application de la loi étrangère. Ces aspects peuvent être ainsi représentés par le quasi-principe d'égalité de traitement entre la *lex fori* et la loi étrangère aussi que par les critiques soulevées par la doctrine de la méthode conflictuelle.

275. Il faut préciser qu'employer le terme « adventice » pour décrire le statut de ces aspects, n'est pas affirmer leur importance moindre ou de deuxième ligne. En effet, l'égalité de traitement entre la *lex fori* et la loi étrangère ainsi que les inconvénients de la doctrine conflictuelle représentent des aspects qui sont intimement liés à la question de l'application de la loi étrangère, représentant des catalyseurs de la reforme à réaliser *de lege ferenda* en la matière. Cependant, ces aspects jouent un rôle secondaire dans le processus d'application de la loi étrangère. En effet, d'un côté, le non respect du principe d'égalité de traitement en ce qui concerne l'application de la loi étrangère n'empêche pas son application et cette loi reste, malgré tout, appliquée même d'une façon restreinte par rapport à la place accordée à l'application de la *lex fori*. D'un autre côté, malgré les critiques de la méthode conflictuelle, elle reste la méthode phare d'application de la loi étrangère. Bien évidemment, l'application des lois de police étrangères peut aussi mener à l'application d'une loi étrangère ayant le statut de loi de police aux yeux du législateur étranger, mais cela reste un cas très limité par rapport à l'utilisation de la méthode conflictuelle traditionnelle, étant, en plus, rattaché à cette méthode.

276. L'application de la loi étrangère et ces aspects forment ainsi un tout interdépendant, un système de pensée qui favorisera ou non l'ouverture du système juridique du for vers d'autres systèmes étrangers. Il s'agit alors de s'interroger sur l'influence que ces aspects adventices projettent sur la question de l'application de la loi étrangère. Comment l'application de la loi étrangère est-elle façonnée, modelée, par ces circonstances ? Pour répondre à ces interrogations il faut analyser, dans un premier temps, le quasi-principe d'égalité de traitement entre la *lex fori* et la

[422] http ://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/adventice/1239.

loi étrangère (Section 1), pour observer ensuite les critiques de la méthode conflictualise et leur influence sur l'application de la loi étrangère (Section 2)

SECTION 1

UN QUASI-PRINCIPE D'EGALITE DE TRAITEMENT ENTRE LA *LEX FORI* ET LA LOI ETRANGERE

277. Gustave le Bon affirmait que « les causes sont les logarithmes des effets »[423]. En suivant sa logique, cette section est conçue en employant la structure classique du raisonnement de cause à l'effet afin de justifier l'emploi, dans l'intitulé, de l'expression « quasi-principe » d'égalité entre la *lex fori* et la loi étrangère. Ainsi, de la façon dont on utilise l'expression quasi-contrats[424] ou quasi-délits[425] pour décrire des réalités proches des idéaux de « contrat » ou de « délit » mais qui ne correspondent pas parfaitement à ceux-ci, de la même façon on a employé l'exression « quasi-principe» pour indiquer une idée qui s'approche du statut du principe mais qui ne correspond pas encore parfaitement au contenu de celui-ci.

278. Pourquoi considérer le principe de l'égalité de traitement entre la *lex fori* et la loi étrangère comme un quasi-principe ? En effet, un principe impose l'idée d'une base sur laquelle repose l'organisation de quelque chose, ou qui en régit le fonctionnement[426]. Sur le fondement de cette définition, le principe d'égalité de traitement entre la *lex fori* et la loi étrangère devrait s'imposer comme la base sur laquelle repose l'organisation de l'opération de l'application de la loi étrangère dans le système juridique du for. Or, nous allons observer que, malheureusement, à cause de l'inexistence de l'obligation d'appliquer une loi étrangère, l'on se retrouve face à un principe qui n'est pas reflété par la réalité. Cela ne veut pas dire que le principe n'existe pas en théorie, mais qu'entre l'idéal théorique et la réalité juridique la différence est telle que l'on ne peut pas accepter cette idée comme étant un vrai principe. Il s'agit, donc, d'observer les rapports de cause à effet entre l'absence d'obligation d'appliquer une loi étrangère (§1) et ses conséquences sur la théorie de l'égalité de traitement entre la *lex fori* et la loi étrangère (§2).

---

[423] G. LE BON, *L'évolution de la matière*, éd. Ernest Flammarion, Paris, 1905.

[424] « Quasi-contrat » est une expression désignant les engagements qui se forment sans convention et qui résultent de la seule autorité de la loi. Tels sont l'enrichissement sans cause, donnant lieu à une action en répétition de l'indu et la gestion d'affaires, voy. http ://www.dictionnaire-juridique.com/definition/quasi-contrats.php.

[425] Les « quasi-délits » sont des engagements qui résultent du dommage qu'une personne a provoqué sans droit mais involontairement au détriment d'autrui et qui l'oblige à en réparer les conséquences. C'est le domaine de la responsabilité civile. Cette dénomination inclus, la responsabilité dérivant, soit du dommage résultant d'un acte fait par son auteur, soit du dommage causé par ceux dont il répond légalement, soit encore de celui causé par le fait des animaux ou des choses dont il a la garde juridique, voy. http ://www.dictionnaire-juridique.com/ definition/quasi-delit.php.

[426] http ://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/principe/63971.

§ 1. LA CAUSE: L'ABSENCE D'OBLIGATION INTERNATIONALE D'APPLIQUER UNE LOI ETRANGERE

279. Beaucoup d'arguments peuvent justifier pourquoi les États ne sont pas tentés d'appliquer une loi étrangère. Cependant, malgré ces arguments, l'application de la loi étrangère semble présenter une telle importance, que tout système juridique se sent obligé de prévoir des règles juridiques organisant son éventuelle mise en œuvre. Pourquoi une telle attitude de la part des systèmes juridiques ? Existe-t-il une obligation internationale d'appliquer la loi étrangère et si oui, sur quel fondement pourrait-elle être contraignante pour les États ? Répondre à cette question implique l'analyse des arguments qui justifient une attitude défavorable des États envers l'application de la loi étrangère (A) ainsi que l'influence que le droit international public a sur le droit international privé (B).

A. L'ATTITUDE DEFAVORABLE DES ÉTATS ENVERS L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

280. Il est beaucoup plus simple pour les tribunaux nationaux d'appliquer la *lex fori* dans tous les cas impliquant un élément d'extranéité. Pour soutenir une telle approche on peut avancer l'argument que de toute façon, du moment où l'instance a acquis la compétence de juger le litige, cela prouve qu'il y a une sorte de connexion avec le for. En même temps, l'application de la loi étrangère nécessite beaucoup plus de temps et des investigations coûteuses concernant son contenu, ce qui hausse dramatiquement le risque de sa mauvaise compréhension et ainsi de mauvaises décisions. Il y a aussi l'argument des dispositions matérielles de la *lex fori* qui sont, par définition, considérées par le juge du for comme meilleures que les règles étrangères. Ainsi, la loi matérielle du for reflète normalement ce que le législateur national considère comme le plus juste, approprié et compatible et la remplacer avec les règles d'une loi étrangère basées sur les perceptions étrangères de justice pourrait accroître les risques d'une décision maladroite. De plus, même en trouvant une loi étrangère contenant des dispositions préférables à celles de la *lex fori*, le juge peut envisager la voie de la modification de la *lex fori* sur la base du modèle étranger à la place d'une application effectivement de celle-ci.

281. D'un point de vue strictement pratique, l'application de la loi étrangère convient indéniablement moins au tribunal national que l'application de la *lex fori*[427]. La loi étrangère est ainsi souvent mal interprétée ou appliquée. Cela peut être dû au fait que peu de juristes ont une connaissance d'expert d'une loi étrangère, chose parfaitement compréhensible puisqu'il est

[427] M. JANTERA-JAREBORG, « Foreign law in national courts: a comparative perspective », *Rec. cours La Haye*, vol. 304, 2003, p. 220.

humainement impossible de connaître tous les systèmes juridiques de la planète. De ce fait, obtenir une information plausible concernant le contenu des règles pertinentes d'un système juridique étranger que l'on n'a jamais étudié, s'avère difficile et parfois impossible. La langue du système juridique peut aussi constituer une barrière, avec le risque d'une incompréhension des règles étrangères lors de leur interprétation par une personne manquant de perspicacité quant à leur contexte naturel.

282. De toute façon un juge qui applique une loi étrangère est toujours un moins bon juge que celui qui applique sa propre loi, car par rapport à la loi étrangère il reste un amateur et un maladroit, alors qu'en appliquant sa propre loi il peut prouver ses aptitudes d'expert en la matière. L'on observe ainsi que dans de trop nombreux cas des décisions examinées, les règles étrangères n'ont pas été appliquées correctement[428]. Ce n'est donc pas étonnant que le juge du for préfère l'application de la *lex fori* même dans les cas où il est saisi de problèmes juridiques de droit international privé.

283. Malgré toutes ces raisons, la grande majorité des systèmes juridiques du monde prévoient des règles juridiques organisant l'éventuelle application d'une loi étrangère et plusieurs théories ont tenté de justifier une telle approche.

B. L'INFLUENCE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

284. On considère, en premier lieu, que les instances nationales devraient appliquer la loi étrangère parce que, même en l'absence de conventions ou d'autres instruments internationaux, elles seraient obligées de le faire en raison du droit international public[429]. De ce point de vue, même si le droit international public n'impose pas un devoir d'appliquer un certain système juridique étranger, il interdirait l'application des règles matérielles de la *lex fori* quand la situation litigieuse n'aurait pas de lien significatif avec l'État du for[430]. Ainsi, « appliquer la *lex fori* pour les situations qui n'ont pas de lien pertinent avec l'État du for serait une offense apportée à la loi

[428] M. JANTERA-JAREBORG, *Rec. cours La Haye*, vol. 304, 2003, p. 312-313.

[429] La vraie raison pour laquelle les instances nationales appliquent la loi étrangère ou reconnaissent les actes étrangers est parce que le refus de le faire serait contraire au droit international public. Par exemple, un État très catholique qui considérerait que tous les mariages célébrés dans le monde sans le respect des rites catholiques ne seraient pas valables, représenterait un acte ultra vires et un mal international, voy. F.A. MANN, « The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years », *Rec. cours La Haye*, vol. 186, 1984, p. 21 ; G.S. MARIDAKIS, « Introduction au droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 105, 1962, p. 390. C'est possible de considérer cet exemple donné par F.A. MANN comme correct aujourd'hui si ce serait de considérer les autres obligations de l'État du for, comme celles regardant les droits de l'homme.

[430] F.A. MANN, *Rec. cours La Haye*, vol. 186, 1984, p. 31 ; G. VAN HECKE, « Principes et méthodes de solution de conflits de lois », *Rec. cours La Haye*, vol. 126, 1969, p. 418.

internationale »[431], même si l'on admet qu'il n'y a pas de règle de droit international public qui établisse clairement quels sont ces liens pertinents.

285. Une attitude plus prudente a été, en deuxième lieu, developpée par la doctrine et qui considère qu'un refus absolu de prendre en considération ou d'appliquer la loi étrangère est « proche d'une violation de la *law of nations* »[432].

286. L'opinion dominante finalement retenue accorde une liberté importante au for, considérant qu'en l'absence d'instruments internationaux stipulant le contraire, chaque État est, en principe, libre de formuler ses propres règles de conflit en concordance avec ses intérêts étatiques[433]. L'État se voit ainsi reconnaître le droit de garder certains domaines sous la compétence exclusive de sa loi matérielle et de refuser, et implicitement d'accepter, l'immixtion d'un système juridique étranger[434]. La liberté est telle que s'il y a des limites imposées par la loi internationale, celles-ci sont très faibles[435]. Par exemple, en l'absence d'obligations imposées par les traités internationaux ou le droit de l'Union européenne, la France peut enfreindre les règles de droit international coutumier en décidant unilatéralement que la capacité de se marier, les demandes de divorce ou l'adoption, devraient, devant les tribunaux français, être toujours résolues en appliquant le droit français de la famille.

287. Il existe, cependant, certaines pratiques des États qui pourraient passer pour l'expression d'une obligation d'appliquer une loi étrangère. Par exemple, dans la grande majorité des systèmes de droit international privé, les règles de conflit désignent comme loi compétente celle ayant un lien étroit avec le rapport juridique. De plus, certaines règles plus spécifiques sont tellement connues et utilisées qu'elles pourraient être considérées comme universelles, comme c'est le cas, par exemple, des règles *locus regit actum*, la *lex rei sitae* ou la *lex loci celebrationis*[436]. Malgré les

---

[431] F. VICHER, *Rec. cours La Haye*, vol. 232, 1992, p. 26.

[432] « *Close to a breach of the laws of nations* », l'expression « *law of nations* » désignant évidement le droit international public, voy. H. EEK, *Rec. cours La Haye*, vol. 139, 1973, p. 39.

[433] Voy. par exemple, K. LIPSTEIN, « The general principles of private international law », *Rec. cours La Haye*, vol. 135, 1972, p. 167-173 et 192 ; A. PHILIP, *Rec. cours La Haye*, vol. 160, 1978, p. 10 ; M. STRUYCKEN, *Rec. cours La Haye*, vol. 311, 2004, p. 180.

[434] H. KELSEN, *Lettre publiée dans l'Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 47 II, 1957, p. 119 affirmait que « puisque le droit international général n'impose aux États aucune obligation concernant les normes du droit national que l'on appelle le droit international privé, et lorsque il n'y a pas de droit international particulier, c'est-à-dire conventionnel, qui oblige les États dans ce domaine, les organes législateurs des États sont complétement libres de donner aux normes du droit international privé n'importe quel contenu. Il n'y a même pas de nécessité juridique d'établir dans le cadre d'un droit national des normes de droit international privé… ».

[435] Voy., par exemple, D.J.L. DAVIES, *Rec. cours La Haye*, vol. 62, 1937, p. 450-452 ; G. KEGEL, K. SCHURIG, *Internationales Privatetrecht*, p. 15-17 ; A. PHILIP, *Rec. cours La Haye*, vol. 160, 1978, p. 10 ; E.F. SCOLES et autres, *Conflit of Laws*, *op. cit*, p. 2.

[436] E. HAMBRO, « The relations between international law and conflict law », *Rec. cours La Haye*, vol. 105, 1962, p. 46-63 ; G.S. MARIDAKIS, *Rec. cours La Haye*, vol. 105, 1962, p. 393.

apparences, ces exemples ne peuvent pas être considérés comme des preuves irréfutables de l'existence d'une obligation internationale d'application de la loi étrangère. En effet, on ne peut pas prouver que les États perçoivent ces pratiques comme étant liées à ce type d'obligation[437] et la coutume internationale doit être distinguée de la pratique des États, qui ne reflète pas une obligation juridique[438]. Le droit international coutumier donne, au contraire, la possibilité au for de refuser l'application de la loi étrangère en utilisant l'exception d'ordre public, même dans les cas où l'application de cette loi est stipulée par un traité international ne prévoyant pas explicitement cette limitation[439]. On observe également la faible influence du droit international coutumier sur l'établissement du contenu des règles de conflit à travers le fait que celles-ci varient substantiellement d'un État à l'autre[440].

288. Il a également été proposé d'expliquer l'application de la loi étrangère à travers la courtoisie que l'État du for présente vis-à-vis d'un l'État étranger ou, en d'autres mots, la théorie de l'application de la loi étrangère imposée par le *comity of nations*[441]. Malheureusement, la notion de « *comity of nations* » n'a pas été en mesure de préciser la différence entre l'obligation internationale d'appliquer une loi étrangère et la courtoisie comme catalyseur de cette application.

289. Un État étranger n'a, en revanche, pas de raisons de considérer que l'application de sa loi est réalisée dans le respect d'un quelconque droit qu'il détient légalement tout comme il ne se sent pas offensé si sa loi n'est pas appliquée. Cela est la conséquence du fait que les règles de droit international privé servent les intérêts du for plutôt que les intérêts des États étrangers. Il n'existe,

---

[437]A voir R. AGO, *Rec. cours La Haye*, vol. 58, 1936, p. 289 ; E. HAMBRO, *Rec. cours La Haye*, vol. 105, 1962, p. 47 ; J. MAURY, *Rec. cours La Haye*, vol. 57, 1936, p. 356 ; M.K. YASSEN, *Rec. cours La Haye*, vol. 106, 1962, p. 395-396 ; l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice, en énumérant les sources du droit international privé, inclut parmi celles-ci la coutume internationale, comme preuve d'une pratique générale « acceptée comme loi ».

[438] M BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 47 ; R. AGO, *Rec. cours La Haye*, vol. 58, 1936, p. 288-289 ; O. KAHN-FREUND, *Rec. cours La Haye*, vol. 143, 1974, p. 176. C'est pour cela qu'il n'y a pas eu des protestations des États étrangers contre les règles de compétence exorbitante de la France donnant la compétence aux tribunaux français sur la base de la nationalité française du plaignant. J. MAURY, *Rec. cours La Haye*, vol. 57, 1936, p. 355 et 428-431 pensait qu'il existe une obligation imposée par le droit international public d'appliquer la loi étrangère, et qui expliquait le manque de plaintes diplomatiques par, d'une part, le fait que les États respectent en général cette obligation, et, d'autre part, par la petite importance attachée par les États aux questions de droit international privé qui sont, de leur point de vue, des « bagatelles ».

[439] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 48.

[440] O. KAHN-FREUND, *Rec. cours La Haye*, vol. 143, 1974, *loc. cit.,* p. 170-171.

[441] Cette expression exprime, aux yeux du fondateur de la théorie de l'application de la loi étrangère imposée par le *comity of nations*, U. HUBER (1635-1694), l'attitude bienveillante du for envers les autres États, fondée sur la réciprocité et les intérêts communs, voy., en ce sens, F. VICHER, *Rec. cours La Haye*, vol. 232, 1992, p. 27 ; D.J.L. DAVIES, *Rec. cours La Haye*, vol. 62, 1937, p. 453-460 ; M. JANTERA-JAREBORG, *Rec. cours La Haye*, vol. 304, 2003, p. 203-206 ; G. KEGEL, K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, p. 175-176 ; E.F.SCOLES et autres, *Conflict of Laws*, *op. cit*, p. 14-15. C'est une théorie qui a également influencé la doctrine américaine, comme le démontre J. STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic*, Hilliard, Gray, 1834.

donc, pas d'obligation internationale d'appliquer une loi étrangère[442] et il faut observer, en ce qui suit, les conséquences de cette réalité sur la théorie de l'égalité de traitement de la *lex fori* et la loi étrangère.

§ 2. LES CONSEQUENCES SUR LA THEORIE DE L'EGALITE DE TRAITEMENT DE LA *LEX FORI* ET LA LOI ETRANGERE

290. L'absence d'obligation internationale d'appliquer une loi étrangère entraîne des conséquences sur la théorie de l'égalité de traitement de la *lex fori* et de la loi étrangère. En effet, du moment où le système juridique du for n'est pas obligé d'appliquer une loi étrangère, il n'est pas non plus contraint de la mettre sur un même pied d'égalité que la *lex fori*.

291. C'est le fonctionnement neutre de la règle de conflit qui indique le comportement du système juridique du for envers la loi étrangère. Cette règle désigne la loi qui régit le rapport juridique de droit international privé sans se préoccuper de l'origine de celle-ci. Donc la règle de conflit n'a pas d'attitude différente par rapport à la *lex fori* ou une loi étrangère. L'idée d'égalité entre la *lex fori* et la loi étrangère est ainsi intimement liée à la neutralité de la règle de conflit. Cependant, cette neutralité de la règle de conflit oblige-t-elle le système juridique du for à respecter en toute situation ses diktats, s'érigeant ainsi en principe fondamental de droit international privé, ou est-elle vue seulement comme un idéal à atteindre ? Il s'impose une analyse de la théorie de l'égalité de la *lex fori* et de la loi étrangère, prenant en compte les idées théoriques mais aussi la pratique. Nous allons, donc, poursuivre l'analyse, dans un premier temps, de la théorie de l'égalité de la *lex fori* et de la loi étrangère (A) pour passer, dans un second temps, à l'analyse de la mise en pratique de la loi étrangère qui décrit une inégalité *de facto* de son traitement (B).

A. LA THEORIE DE L'EGALITE DE LA *LEX FORI* ET LA LOI ETRANGERE

292. C'est la règle de conflit qui, dans le cadre du mécanisme conflictuel, impose, par sa neutralité, l'idée d'égalité en droit international privé de la *lex fori* et la loi étrangère. La règle de conflit commande ainsi « l'application de la loi désignée par le facteur de rattachement, sans se préoccuper de l'origine de celle-ci »[443]. Cela veut dire qu'elle met sur le même pied d'égalité la *lex*

[442] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 48.
[443] B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *GAJDIP*, n° 1 § 7 p. 6-7.

fori et la loi étrangère et, de ce fait, ne porte pas un regard différent sur ces deux lois[444]. Son attribution principale est donc de s'intéresser principalement à localiser le siège de la situation juridique et non pas d'évaluer le bien-fondé politique de chaque règle de droit étranger, sa neutralité s'imposant, de ce fait, comme une évidence. Or, l'idée d'égalité entre la *lex fori* et la loi étrangère est intimement liée à la neutralité de la règle de conflit. On s'interroge cependant sur la portée de l'idée d'égalité entre la *lex fori* et la loi étrangère : a-t-elle une portée générale, permettant ainsi parler de principe fondamental de droit international privé, ou s'agit-il plutôt d'un idéal mis en place afin d'attirer l'attention sur les dangers d'une favorisation exagérée de la *lex fori* ? Nous allons analyser, dans un premier temps, la possibilité d'ériger au titre de principe fondamental de droit international privé l'idée d'égalité de la *lex fori* et la loi étrangère (1) pour passer, ensuite, à la question de l'absence d'une obligation internationale de traitement égal de la *lex fori* et la loi étrangère (2).

1. Un principe fondamental de droit international privé ?

293. L'idée d'égalité entre la *lex fori* et la loi étrangère trouve son fondement dans l'utilisation de la règle de conflit de lois et, en particulier, de la règle bilatérale. En effet, la règle de conflit bilatérale est considérée comme beaucoup plus respectueuse de la diversité car elle est neutre et conduit plus souvent à la désignation d'une loi étrangère[445]. Elle constitue ainsi l'idéal dans l'opinion des universalistes, étant, à leur sens, la forme la plus parfaite et impartiale de résolution des conflits de lois, la multiplicité des recours à la *lex fori* ne faisant que briser cette égalité[446]. De plus, on considère que les systèmes juridiques sont égalitairement aptes à rendre la justice, la norme bilatérale étant « la doctrine dominante et la pratique légale usuelle, à condition qu'elle garde l'équivalence et l'égalité de traitement entre la lex fori et les lois étrangères, sans recourir à des discriminations »[447]. La justice adaptée aux situations internationales est une justice qui serait par essence fondée sur la règle de conflit de lois bilatérale[448]. La préférence des universalistes pour ce type de système trouve son explication dans sa facilité rendue possible par l'abstraction qui

[444] « 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. FRANCQ, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant Bruxelles, *LGDJ* Paris 2005, p. 23.

[445] E. RALSER, *Pluralisme juridique et droit international privé*, *RRJ* 2003, n° 4, p. 2576.

[446] J.-M. BISCHOFF, *La compétence du droit français dans les règlements de conflits de lois*, LGDJ Paris, 1959, p. 12.

[447] 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.

[448] Pour un exposé de la pensée de G. KEGEL, voy. Fr. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (études de conflit de lois)*, Bruylant Bruxelles 1995, p. 63 et s.

caractérise la règle de conflit savignienne qui traduit l'objectivité que doit revêtir la justice en matière de résolution des conflits de lois. Pour faire le lien entre le système savignien et la bilatéralité des règles de conflit, l'on interprète, d'ailleurs, la pensée de cet auteur comme étant une doctrine fondée sur « la parité entre *lex fori* et loi étrangère »[449].

294. Au vu de ces arguments, est-ce que l'on peut considérer l'idée d'égalité entre la *lex fori* et la loi étrangère comme étant un principe fondamental de droit international privé ? En effet, il existe, au sein de la doctrine, une véritable revendication de l'égalité des lois en conflit[450], qui évoque ainsi un principe directeur de droit international privé[451] ou un principe essentiel à la conception internationaliste du droit international privé[452]. De même, l'Institut de droit international a adopté une résolution aux termes de laquelle il est « contraire à une réglementation équilibrée et ouverte des relations internationales de donner à la *lex fori* une supériorité de nature sur la loi étrangère »[453]. Cependant, la méthode conflictuelle a fait l'objet d'attaques venues de l'extérieur comme de l'intérieur. Ainsi, au cours des trente dernières années, la méthode conflictuelle a vu se dresser devant elle une autre méthode, celle tendant à réglementer les relations internationales par l'élaboration des règles matérielles ou substantielles. De même, les lois de police, l'impressionnisme juridique ou les règles de conflit à finalité matérielle ont également attaqué, cette fois-ci de l'intérieur, la méthode conflictuelle[454]. Cet état de choses ne peut que suggérer l'existence de certaines failles dans la construction et les idées de cette méthode. Eriger, donc, en principe l'idée de l'égalité entre la *lex fori* et la loi étrangère serait peut-être, en ce moment, un risque trop élevé à prendre. L'idée de l'égalité entre ces deux lois devrait, au contraire, être vue comme un idéal à réaliser, de la même façon que l'adoption d'une *Constitution européenne* représente l'idéal poursuivi au sein de l'Union européenne.

---

[449] D. EVRIGENIS, *Rec. cours La Haye*, vol. 118, 1966, p. 381.

[450] Pour un exemple de revendication en faveur d'une meilleure égalité entre la *lex fori* et la loi étrangère, voy. P. LOUIS-LUCAS, « Existe t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois ? », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1959, p. 405.

[451] P. VALLINDAS, « La structure de la règle de conflit », *Rec. cours La Haye,* vol. 101, 1960, p. 353 et p. 371 ; du même auteur « Le droit international privé dans le Code civil hellénique », *RIDC* 1949 p. 97, disponible sur www.persee.fr ; M.-Cl. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations, relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Dalloz Paris 2005, n° 70 s. p. 75 s. qui voit un moyen qui permet de réaliser un principe directeur de droit international privé tel que le celui de l'harmonisation internationale des solutions

[452] G. VAN HECKE, *Rec. cours La Haye*, vol. 126, 1969, p. 399 et spéc. p. 471.

[453] *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.

[454] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 136.

2. L'ABSENCE D'OBLIGATION INTERNATIONALE SUR L'EGALITE DE TRAITEMENT DE LA LEX FORI ET LA LOI ETRANGERE

295. Existe-t-il à la charge des États une obligation internationale de traitement égalitaire de la loi étrangère et de la *lex fori* ? Selon certains[455], le droit international privé ressort du devoir pour les États, imposé par le droit international public, de coopérer mutuellement. Cette coopération mutuelle dépend des intérêts politiques de chaque État et, à en suivre le raisonnement, l'affaiblissement du rôle de l'État et de la protection de ses intérêts qui s'est produit à la fin du XXe siècle[456] aurait dû supprimer toute source d'inégalité entre la loi étrangère et *lex fori*. Or, cela ne s'est pas produit. Pour d'autres auteurs, l'égalité de traitement entre la *lex fori* 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 de la loi étrangère et d'appliquer leur loi nationale de façon à porter atteinte à la souveraineté d'un autre État[457].

296. Ce n'est, donc, pas un critère politique qui impose l'application de la loi étrangère, comme c'est le cas en la matière du droit international public, mais plutôt le caractère approprié

---

[455] À ce sujet, J.A.C. SALCEDO déclare qu'« 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 paraît difficile d'affirmer 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 *lex fori* 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 *lex fori* veille à son homogénéité et à son autorité. En définitive, le droit international privé plonge ses racines dans l'ordre 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.C. SALCEDO, « Observations », *in L'égalité de traitement entre la lex fori 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.C. SALCEDO, « Le renouveau du particularisme en droit international privé », *Rec. cours La Haye,* vol. 160, 1978, p. 181.

[456] « 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 P. 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… », *loc. cit.*, p. 381.

[457] G. VAN HECKE, « Observations préliminaires » au rapport provisoire préparé pour l'Institut de droit international sur les accords entre un État et une personne privée étrangère, question n° 22, *AIDI*, p. 256 ; voy., du même auteur, *Rec. cours La Haye,* vol. 126, 1969, p. 419-426.

de cette application du point de vue de la technique juridique[458]. De cette manière, l'égalité entre les lois en conflit est un objectif du droit international privé, une nécessité pour la relation internationale et pour la réalisation d'une justice qui prend en compte tous les systèmes juridiques pertinents[459]. W. Wengler n'était pourtant pas d'accord avec cette idée et considérait que le *jus gentium* « 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 lex fori que la loi étrangère »[460]. Des nombreux auteurs constatent également qu'il n'y a pas d'égalité entre la *lex fori* et la loi étrangère[461], qu'il y a un « déséquilibre au profit de la *lex fori* »[462] ou encore qu'il subsiste dans la règle de conflit elle-même un certain amour pour la *lex fori*[463]. L'axiome du droit international privé est ainsi l'inégalité des systèmes juridiques[464], la *lex fori* jouissant, de ce fait, d'une supériorité de fait sur la loi étrangère. La *lex fori* serait, de toute façon, plus fréquemment appliquée que la loi étrangère, l'égalité de traitement entre la *lex fori* et la loi étrangère étant donc fondamentalement impraticable[465].

297. Ces conclusions imposent une analyse de la situation concrète de la proportion d'application qui existe entre la loi étrangère et la *lex fori* au sein des systèmes juridiques. Une recherche jurisprudentielle s'impose, ainsi, sur la place respective de ces deux lois. De cette manière, l'étude des statistiques des décisions de justice concernant l'application de la loi étrangère nous permettra de vérifier les assertions émises par chaque courant doctrinal.

B. L'INEGALITE *DE FACTO* ENTRE LA *LEX FORI* ET LA LOI ETRANGERE

298. Il n'est pas suffisant de se limiter à l'analyse des idées présentées par la doctrine pour décider si l'une loi étrangère reçoit le même traitement que la *lex fori* dans un système juridique. En effet, l'analyse des statistiques sur l'application de la loi étrangère peut aider à construire une meilleure image de la situation réelle. La pratique complète ainsi la théorie pour indiquer la

---

[458] R. GRAVESON, « The Inequality of the Applicable Law », *BYIL*, t. 51, 1980, p. 236.
[459] *Idem*, p. 245.
[460] W. WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *loc. cit.*, p. 207.
[461] É. KERCKHOVE, *Particularisme et universalisme dans les conflits de lois*, 1988, Lille, 1988, p. 8 ; J. M. BISCHOFF, « La compétence du droit français dans les règlements de conflits de lois », *LGDJ* Paris, 1959, p. 14.
[462] B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, n° 328.
[463] Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *Trav. Com. fr. dr. int. pr* 1980-1981, t. 2, éd. du CNRS, p. 45.
[464] « *The axiom of private international law is not the equality of legal systems, but their inequality* », R. GRAVESON, « The Inequality of the Applicable Law », *loc. cit.*, p. 232. Un autre auteur explique que cette vision est du moins celle du système de la *Common Law* : « *English law does not proceed on the assumption that the world's laws are equal partners in the community of the law of nations* », R. FENTIMAN, « Foreign Law in English Courts », *LQR,* 1992 (vol. 108) p. 143.
[465] H. BATIFFOL, *Rec. cours La Haye*, vol. 2, 1973, p. 99.

situation réelle de l'application de la loi étrangère. Pour ce faire, les statistiques réalisées en France semblent dessiner l'image d'une loi étrangère appliquée rarement, en prenant en compte le fréquence avec laquelle la règle de conflit désigne une telle loi. Voulant vérifier si cette situation représente la règle ou l'exception, on a étendu les recherches en ce qui concerne les systèmes juridiques de l'espace européen. Nous allons donc procéder à la présentation des conclusions retenus par rapport au système juridique français (1), pour ensuite analyser la situation en Europe (2).

1. La situation en France

299. Le domaine des conflits de lois a déjà fait l'objet d'une ample étude jurisprudentielle en France[466] au début du XXe siècle. Cette étude montrait 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 »[467]. Cette période réticente à l'ouverture des juridictions aux bienfaits du droit international privé, semble définitivement révolue mais seule une analyse de la jurisprudence de la fin du XXe siècle pourra apporter quelques certitudes[468].

300. L'analyse statistique a pour objet l'étude de la proportion de l'application de la loi étrangère en rapport avec celle de l'application de la *lex fori* dans la jurisprudence. Il faut préciser que les cas de droit international privé qui se situent hors du champ des juridictions civiles et commerciales ne sont pas analysés à l'occasion de cette étude[469]. D'autres mécanismes de résolution sont utilisés pour ces cas comme, par exemple, l'arbitrage international, la résolution amiable des litige[470] ou même la résolution novatrice en ligne « *Online Dispute Resolution* »[471].

---

[466] J. DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit de lois depuis le début du XXe siècle*, Sirey Paris, 1937.

[467] J. DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française, op. cit.,* p. 410.

[468] M.-L. NIBOYET-HOEGY, L. SINOPOLI, *L'exequatur des jugements étrangers en France : étude de 1.390 décisions inédites (1999-2001)*, *Gaz. Pal.* 2004 n° spécial 168 à 169. La Mission de recherche Droit et Justice, créée en 1994 à l'initiative conjointe du ministère de la Justice et du CNRS a produit quelques études qui intéressent de près le droit international privé, comme, par exemple : « 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 ethnique, pluralisme juridique*, Ph. KAHN (dir.), Mission de recherche « Droit et Justice », éd. La Documentation Française Paris, 2001) mais aussi « Conflit familial, déplacements d'enfants et coopération judiciaire international en Europe », 2002. Les synthèses sont disponibles sur : www. gip-recherche-justice.fr.

[469] Comme l'écrit J. CARBONNIER, « toutes les relations juridiques ne donnent pas lieu à procès. Tantôt les 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, 27e éd. 2004, n° 147 p. 292.

[470] 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, Sl. BARIKI, Fr. BRUSCHI,

301. L'étude est aussi limitée par l'accès restreint aux sources des décisions judiciaires : pour l'instant, la base de données officielle de la jurisprudence française, à savoir Legifrance[148], ne contient pratiquement pas de jugements rendus au premier et au second degré et il faut se concentrer donc sur la jurisprudence de la Cour de cassation. De même, l'étude exclut les décisions concernant la compétence juridictionnelle, la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères.

302. Il est intéressant d'analyser de la perspective de l'application de la loi étrangère les arrêts considérés comme fondateurs du droit international privé français. Cette sélection existe depuis 1987 et s'est enrichie au cours des éditions successives[472]. 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 et cinquante-quatre de ces décisions concernent les conflits de lois au sens strict. 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 pour avoir appliqué la *lex fori* 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.

303. L'étude des grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé n'apparaît pas du tout favorable à la loi étrangère : seules 37 % des décisions rendues en matière de conflit de lois appliquent ou sont favorables à l'application de la loi étrangère. De même, l'examen des arrêts sélectionnés sur le site internet *Legifrance* révèle que la loi étrangère est en moyenne plus appliquée que la *lex fori* du fait de la politique égalitaire de la Cour de cassation. L'analyse des arrêts rendus en 2005 par la Cour de cassation française en matière de conflit de lois est tout à fait significative de cette politique. En effet, en 2005, la loi étrangère a été appliquée

---

(dir.), « 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/.

[471] Voy. G. KAUF-KOHLER, Th. SCHULTZ, *Online dispute resolution: challenges for contemporary justice*, Kluwer Law International, 2004, 384 pages.

[472] Voy. B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *GAJDIP.*

dans 70 % des arrêts, ce qui révèle la 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[473].

304. L'on peut, donc, observer une réticence des juges du fond à quitter le terrain de la *lex fori*, tendance qui n'est pas factice car « 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 »[474]. Cette étude, portant sur environ cinq cents 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 »[475]. Ainsi, « 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 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 »[476]. Alors si la règle de conflit est une règle de droit qui doit être appliquée par le juge, le

---

[473] 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 : Cass., 1re civ., 25 janvier 2005, *Bull. civ.* 2005 I n° 33, p. 26 ; Cass., 1re civ., 22 février 2005, *Bull. civ.* 2005 I n° 90 p. 79 ; Cass., 1re civ., 14 juin 2005, *Bull. civ.* 2005 I n° 243, p. 206; Cass., 1reciv., 14 juin 2005, *Bull. civ.* 2005 I n° 244, p. 206 (rejet) ; Cass., Com, 28 juin 2005, *Itraco*, préc. ; Cass., 1re civ., 28 juin 2005, Aubin, *Bull. civ.* 2005 I n° 289, p. 240 ; Cass., 1re civ., 22 novembre 2005, *Bull. civ.* 2005 I n° 432 p. 361; Cass., 1re civ., 22 novembre 2005, *Bull. civ.* 2005 I n° 429 p. 359; Cass., 1re civ., 22 novembre 2005, *Bull. civ.* 2005 I n° 425, p. 355 ; Cass., 1re civ., 6 décembre 2005, *Bull. civ.* 2005 I n° 461, p. 389.

[474] 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, voy. 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/; ainsi que F. MONEGER, « 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.

[475] M. SIMONET, « L'étranger entre deux droits : les facteurs d'adhésion des populations étrangères aux systèmes judiciaire et juridique français », *in* Ph. KAHN (dir.), *L'étranger et le droit de la famille…*, *op. cit.*, p. 133-134.

[476] Ed. RUDE-ANTOINE, « La coexistence des systèmes juridiques… », *loc. cit.*, p. 156-157.

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 »[477].

305. Il existe un décalage entre les solutions de la pratique des juges de fond et de la Cour de cassation, la doctrine se posant des questions sur la responsabilité de cette dernière « en ce sens où elle a longtemps prôné que la règle de conflit n'est pas obligatoire »[478]. La réponse imposerait une recherche dans les décisions rendues par les juges du fond qui 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 *lex fori*. 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.

306. L'on peut également retenir pour une analyse statistique seulement les arrêts où la résolution du 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. Il faut, dès lors, vérifier si cette situation est également présente dans les systèmes juridiques de l'espace européen.

2. La situation en Europe

307. Sauf les Pays Bas, les États membres de l'Union européenne ne détiennent pas de données statistiques à l'égard du nombre ou du pourcentage des affaires civiles exigeant l'application de la loi étrangère, des cas dans lesquelles l'application de la loi étrangère a été refusée ou n'a pas été réalisée ou à l'égard des coûts supplémentaires encourus par les parties en cas d'application de la loi étrangère[479].

---

[477] *Idem.,* p. 158.
[478] *Id.,* p. 159.
[479] Avis de l'Institut suisse de dr comparé, *The application of foreign law in civil matters in the EU member states and its perspectives for the future*, n° 09-184 Lausanne, 30 sept. 2011, p. 45. Cette étude empirique est basée sur 576 réponses reçues à partir d'une variété de professionnels de la justice dans les États membres de l'Union européenne, dans la moyenne un peu plus de 21 réponses par État membre.

308. Aux Pays-Bas, une étude a effectivement été menée[480] sur 629 décisions rendues en matière de conflit de lois et publiées entre 1998 et 2002. Cette étude a montré que la loi étrangère était désignée comme applicable par la règle de conflit du for dans 36,9 % des décisions (soit 232). Parmi ces 232 décisions, seules 97 décisions, soit 15,4 %, avait été rendues en application de la loi étrangère. Parmi les 97 décisions, 46 décisions avaient envisagé une solution relativement identique à celle qui est contenue dans la *lex fori*. Seulement 51 décisions, soit 8,1 %, avaient appliqué la loi étrangère pour résoudre un réel conflit de lois. Dans d'autres États membres, il existe des statistiques concernant le domicile ou le siège des parties (Allemagne) ou les cas impliquant un élément étranger (Lituanie), mais ces facteurs ne permettent pas de tirer des conclusions pertinentes en ce qui concerne les cas dans lesquels l'application de la loi étrangère a été effectuée ou a été refusée, ou les coûts d'une telle application.

309. L'absence de données statistiques en matière d'application de la loi étrangère s'explique par une certaine politique des États membres qui est concentrée sur la réalisation des statistiques sur des éléments comme l'efficacité de l'utilisation des ressources allouées aux tribunaux ou les aspects sociaux des litiges civils. Les statistiques des litiges civils se concentrent ainsi sur des indicateurs d'efficacité de l'utilisation des ressources allouées aux tribunaux comme, par exemple, le nombre de procédures engagées, la proportion de cas suspendus, la durée de la procédure avant le jugement. Une attention particulière est également accordée aux facteurs pertinents concernant les enjeux sociaux des litiges civils comme, par exemple, le nombre des demandes de divorce, la proportion de la procédure de divorce dans laquelle la garde des enfants est contestée, le nombre de litiges de location aboutissant à des ordres d'expulsion[481].

310. A l'exception de l'Autriche, aucune référence n'est faite par rapport à la source (étatique ou étrangère) de la loi matérielle appliquée dans les litiges civils ou par rapport à des facteurs tels que la nationalité ou le lieu de résidence de chacune des parties qui pourraient indiquer l'application d'une loi étrangère.

311. Quelles sont les solutions qui pourraient pallier ce manque de statistiques en matière d'application de la loi étrangère dans l'espace européen ? Demander aux parties de fournir des informations sur ces facteurs semble une demande « trop sensible » à la lumière de la conception de l'espace européen dans lequel tous les citoyens jouissent des mêmes droits et mêmes libertés,

---

[480] Th. M. DE BOER, « Forum Preferences in Contemporary European Conflicts Law : The Myth of a Neutral Choice », *in Festschrift für Erik JAYME*, éd. Sellier München 2004, p. 51-53.
[481] Avis de l'Institut suisse de dr comparé, n° 09-184, préc., p. 46.

indépendamment de leur nationalité ou de leur origine[482]. Obliger les tribunaux à notifier tous les cas dans lesquels ils appliquent la loi étrangère exigerait l'allocation de ressources substantielles supplémentaires, chose semblant également assez difficilement réalisable. La recherche par mots clés dans les jugements publiés électroniquement peut produire les résultats souhaités. Cela est nécessaire dans le contexte d'une nécessaire uniformisation européenne des diverses approches des États membres en matière d'application de la loi étrangère. Cependant, malgré cette diversité des approches, certains principes généraux sont apparemment reconnus par presque tous les États membres. Un de ces principes généraux est celui de l'égalité de traitement des lois matérielles des États membres et des lois nationales. Les litiges impliquant l'application de la loi étrangère appartenant à un des États membres reçoivent ainsi un traitement différent par rapport aux litiges impliquant l'application de la loi étrangère appartenant à un État tiers à l'Union européenne[483]. Cela peut s'expliquer à travers plusieurs raisons tenant, par exemple, au devoir de reconnaissance et de coopération mutuelle, à l'accès plus facile à l'information par l'intermédiaire du réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale mis en place par la Décision 2001/470/CE du Conseil du 28 mai 2001, à la proximité géographique et/ou linguistique, à la similitude des systèmes juridiques.

CONCLUSION DE SECTION

312. Existe-t-il un principe fondamental d'égalité de traitement de la *lex fori* et de la loi étrangère ? La règle de conflit désigne, après tout, la loi compétente à régir un rapport juridique de droit international privé, sans tenir compte de son origine, étatique ou étrangère. Or, en théorie, cela devrait être une évidence et ce principe devrait représenter le fondement de l'organisation de l'opération d'application de la loi étrangère dans le système juridique du for. Cependant, en réalité, les choses semblent bien lointaines des diktats théoriques.

313. Il semblerait que l'absence d'obligation internationale d'appliquer la loi étrangère soit la cause principale de cette situation. Se poser, *ab initio*, la question de l'existence d'une obligation internationale d'appliquer la loi étrangère s'explique par le fait que le droit international privé régit des rapports juridiques avec élément d'extranéité et que malgré des arguments en vertu

[482] *Ibidem.*
[483] Avis de l'Institut suisse de dr comparé, n° 09-184, préc., p. 5.

desquels les États ne seraient pas tentés d'appliquer la loi étrangère, ils finissent par l'appliquer à un certain point. En effet, l'existence d'une telle obligation expliquerait cette situation.

314. Les diverses théories formulées par la doctrine sur la question de l'existence d'une obligation d'appliquer une loi étrangère nous ont mené à la conclusion de l'inexistence d'une telle obligation. En son absence, chaque système juridique a la liberté de régir, à sa façon et en fonction de ses propres politiques, l'application de la loi étrangère et comme, en général, l'inconnu est synonyme de non-initiation, le choix est vite fait en faveur de l'application de la *lex fori*. La seule raison pour laquelle un système juridique applique une loi étrangère c'est parce que c'est dans son intérêt d'agir de cette manière. Il s'agit, dans ce cas d'un intérêt économique et sécuritaire des rapports juridiques privés avec élément d'extranéité.

315. L'absence d'une obligation internationale d'appliquer une loi étrangère a des conséquences sur la théorie de l'égalité de traitement de la *lex fori* et la loi étrangère, dans le sens que cette théorie ne peut pas être vue, à son tour, comme une obligation internationale. En effet, malgré l'opinion de C. Salcedo qui considérait que le droit international privé ressort du devoir pour les États, imposé par le droit international public, de coopérer mutuellement, l'on a finalement retenu 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. De plus, l'égalité de traitement entre la *lex fori* et la loi étrangère n'est même pas considérée en tant que principe fondamental de droit international privé du fait des nombreuses critiques de la méthode conflictuelle dont elle découle. Ériger, donc, en principe fondamental l'idée de l'égalité de traitement de la *lex fori* et la loi étrangère est un risque trop élevé à prendre. La *lex fori* jouit, de plus, d'une supériorité de fait sur la loi étrangère du fait d'une application plus fréquente, chose qui se vérifie en pratique à travers les statistiques analysées dans cette section. En conclusion, l'on peut apercevoir les grandes lignes d'une inégalité *de facto,* en matière de conflits de lois, entre les deux lois, étatique et étrangère, mais qui ne peut pas être appuyée par des chiffres exacts à cause d'un manque de statistiques en ce sens car les ressources budgétaires restent insuffisantes. Or, cette inégalité traduit l'incapacité de la méthode conflictuelle de s'imposer dans le système juridique du for et il faut en apercevoir les failles.

SECTION 2 : UNE METHODE CONFLICTUELLE CRITIQUEE

316. Dans les années trente la méthode conflictuelle avait recueilli la confiance des international - privatistes, les nombreux cours donnés à l'Académie de droit international de La Haye par L. Raape[484], par R. Ago[485], par J. Maury[486] ou par H. Lewald[487], confirmant cette préférence. Ainsi, malgré le domaine variable du droit international privé[488], un accord unanime avait été trouvé sur l'importance de la méthode conflictuelle, celle-ci étant vue comme le mode de règlement essentiel, voire exclusif des rapports internationaux. Cependant la méthode conflictuelle a, peu à peu, perdu la confiance de cette communauté[489] et on peut constater que les règles de conflit de lois se sont modifiées et présentent, de nos jours, une multitude de figures qui parfois s'éloignent sensiblement du schéma originel. Pourquoi un tel changement ? La réponse impose une explication préalable. En effet, pour résoudre les problèmes de droit international privé, il y a lieu de concilier deux données fondamentales : la prépondérance de l'ordre juridique interne en rapport avec l'ordre juridique international et la légitimité du commerce juridique privé international. La prépondérance de l'ordre juridique interne en rapport avec l'ordre juridique international s'explique par le fait que ce dernier ne dispose pas encore de règles et d'organes qui soient opératoires, de sorte qu'encore indifférencié, il est suppléé par les ordres juridiques étatiques. Or, la prépondérance de l'ordre juridique interne milite en faveur de l'application du droit étatique au rapport de droit international privé. La légitimité du commerce juridique privé international est tirée du fait que l'être humain est libre de nouer des contacts avec ses semblables même ressortissants d'autres groupes sociaux, d'autres ordres juridiques nationaux

[484] L. RAAPE, « Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 50, 1934, p. 401-544.

[485] R. AGO, *Rec. cours La Haye*, vol. 58, 1936, p. 243 et s. ; *Teoria del diritto internazionale privato*, *op. cit.,* 1934, p. 46.

[486] J. MAURY, *Rec. cours La Haye,* vol. 57, 1936, p. 325.

[487] H. LEWALD, « Règles générales des conflits de lois - Contribution à la technique du droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 69, 1939, p. 1 ; voy. aussi, du même auteur, dans une optique voisine de celle du cours préc. de L. Raape, « Questions de droit international des successions », *Rec. cours La Haye*, vol. 9, 1925, p. 5 et s.

[488] Car certains systèmes juridiques limitent le domaine du droit international privé aux seuls conflits de lois, d'autres intègrent également les conflits de juridictions, ainsi que la condition des étrangers ou la nationalité comme c'est le cas de la France.

[489] Certains auteurs ont ainsi parlé de « crise des conflits de lois » : H. KRONSTEIN, « Crisis of Confict of Laws », *Georgetown L. Rev.*, 1948, p. 483 ; VAN HECKE, « Principes et méthodes de solution des conflits de lois », *RC*, n° 126, 1969, p. 399 et s. ; Ph. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1966, p. 1 et s., et compte rendu de la 4e édition du *Traité de droit international privé* de H. BATIFFOL, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1967, p. 435. Dans le domaine du droit du commerce international, l'idée a été soutenue par la doctrine dite du *New Law Merchant*, voy. B. GOLDMAN, « Frontières du droit et lex mercatoria », *APD*, 1964, vol. IX, p. 177 ; « Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international », *in Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1971, p. 119.

que celui auquel lui-même appartient. Cette liberté impose, au contraire, l'établissement d'un régime qui ne pénalise pas ce rapport de droit international privé. Les deux exigences doivent être maintenues en équilibre et la modalité qui permet de faire cela consiste dans le choix, pour chaque question de droit, d'une loi appartenant au système juridique qui présente les liens les plus significatifs avec cette question. La règle de conflit de lois est justement chargée de déclarer applicable la loi du système juridique qui, eu égard à la nature de la question de droit, serait le plus gravement perturbé si celle-ci n'était pas résolue.

317. Les caractères de la règle de conflit, qui se révèlent à travers le fait qu'elle soit indirecte, bilatérale et empreinte de neutralité matérielle, permettent la désignation de la loi la plus appropriée à régir le rapport juridique de droit international privé. Cependant, ces caractères se modifieront si l'équilibre entre la prépondérance de l'ordre juridique interne en rapport avec l'ordre juridique international et la légitimité du commerce juridique privé international se déplace. Cela peut, en effet, arriver lorsque le système juridique du for entend promouvoir une certaine politique législative valorisant une solution matérielle déterminée. Dans ce cas, la neutralité est atteinte car la règle de conflit prend un caractère matériel. C'est le cas, par exemple, de l'application unilatérale de certaines dispositions comme celles de l'article 309[490] ou de l'article 311-15[491] du Code civil français, ou de l'utilisation du procédé des lois de police[492], des solutions comme celle de la loi d'autonomie en matière contractuelle[493] ou des règles matérielles du

[490] Remplacé par le Règlement Rome III, préc. ; les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable à leur divorce ou séparation de corps conformément à l'article article 5 du règlement. En l'absence de choix de loi applicable par les époux ou faute d'accord entre eux, la loi applicable à leur divorce ou séparation de corps est désignée sur la base de critères objectifs, tels que prévu par l'article 8 du règlement, le divorce et la séparation de corps étant, dans ce cas, soumis à la loi de l'État 1) de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut, 2) de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux réside encore dans cet État au moment de la saisine de la juridiction; ou, à défaut, 3) de la nationalité des deux époux au moment de la saisine de la juridiction; ou, à défaut, 4) dont la juridiction est saisie.

[491] Qui prévoit que « 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 découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère. »

[492] Il faut préciser que les lois de police et les règles matérielles de droit international privé ne constituent pas une véritable rupture méthodologique puisqu'elles ne sont qu'un développement assez symétrique de la construction centrale de la méthode conflictuelle.

[493] L'article 3 sur la liberté de choix du Règlement Rome I prévoit ainsi que « 1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat. » Le choix est donc libre étant limité que dans la situation ou « 3. (…) tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie », situation dans laquelle « le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord. » L'article 5 du Règlement Rome III contient, cependant, des dispositions mélangeant, à notre avis, la règle de la loi d'autonomie avec celle de la règle bilatérale alternative. Il prévoit ainsi que « les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une

commerce international dont certaines, n'appartenant à aucun ordre juridique étatique, formeraient une *lex mercatoria*. De même, la convention de La Haye prévoit une solution qui s'éloigne considérablement de la méthode conflictuelle en établissant un système de reconnaissance sur la base d'une disposition prévoyant que « le mariage qui a été valablement conclu selon le droit de l'État de célébration ou qui devient ultérieurement valable selon ce droit, est considéré comme tel dans tout État contractant… »[494]. Il suffit donc de choisir un ordre juridique compréhensif pour assurer la validité internationale du mariage sans tenir compte des lois de l'État de la nationalité ou du domicile ou résidence habituelle des intéressés. Le conflit de lois semble donc soigneusement refoulé, la crise conflictuelle étant bien réelle. Les explications de cette crise se retrouvent à travers les nombreuses critiques formulées à l'encontre de la méthode conflictuelle parmi lesquelles on peut énumérer sa complexité excessive, son incertitude ou son imprévisibilité, son excès ou son insuffisance d'internationalisme mais aussi l'impossibilité de la règle de conflit de rattacher le rapport juridique à plusieurs systèmes juridiques ou la méconnaissance des lois étrangères de droit public.

318. L'application de la loi étrangère semble être influencée en particulier par les deux dernières critiques. En effet, la rigidité de la règle de conflit se traduit par la prise en compte d'un seul rattachement désignant la loi compétente, situation qui entraîne l'impossibilité de rattacher le rapport juridique à des systèmes juridiques qui présentent des liens moins étroits, ignorant ainsi l'existence de certaines lois appartenant à des ordres tiers. De même, la méthode conflictuelle est critiquée pour sa méconnaissance des lois étrangères de droit public qui ne peuvent être désignées par aucun des rattachements retenus. Or, cette exclusion peut également influencer l'application de la loi étrangère car elle peut priver le juge du for d'éléments clé dans la résolution du problème de droit international privé contenus dans la législation étrangère applicable. Nous allons, de ce fait, analyser l'influence sur l'application de la loi étrangère de la rigidité de la règle de conflit concernant le choix de la loi applicable (§1) aussi que de l'exclusion du droit public de la matière des conflits de lois (§2).

---

des lois suivantes: a) la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou b) la loi de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ; ou c) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou d) la loi du for. »

[494] Art. 9, Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages. Sur cette convention voy. H. BATIFFOL, « La treizième session de la Conférence de la Haye de droit international privé », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1977, p. 451, spéc. p. 467 et s.

§ 1. La rigidite de la regle de conflit concernant le choix de la loi applicable

319. La règle de conflit désigne, en général, la loi appartenant au système juridique qui présente le lien le plus étroit avec le rapport juridique de droit international privé. De ce point de vue, la règle de conflit retient seulement l'élément de rattachement jugé le plus caractéristique, chose qui a comme conséquence l'éviction des lois qui présentent des liens plus éloignés mais qui auraient cependant vocation à s'appliquer dans le cas d'espèce. L'incapacité de la règle de conflit à désigner plus d'un système juridique traduit, ainsi, une absence de choix (A) dont les causes paraissent devoir être recherchées dans la critique même de la bilatéralité (B).

A. Une absence de choix

320. Le conflit des lois pose essentiellement un problème de choix entre plusieurs rattachements possibles. De ce fait, la règle de conflit est une règle bilatérale qui a le rôle de désigner indifféremment l'application de la *lex fori* ou de la loi étrangère. Bien évidemment, la simple désignation de la loi compétente ne garantit pas son application. Il faut aussi tenir compte des éléments risquant de perturber l'application de la loi compétente comme, par exemple, la qualification *lege fori*, l'intégration du rapport de droit considéré dans les catégories juridiques du for, la vocation subsidiaire de la loi du for à s'appliquer au cas de carence de la loi étrangère, la condition de la loi étrangère différente de celle de la loi locale tant au stade de la preuve qu'à celui du refus d'application d'office et du contrôle de la Cour de cassation, enfin l'éventuelle éviction de la loi étrangère par le jeu de l'ordre public ou de la fraude à la loi.

321. Les éléments perturbateurs relevés affectent plus l'application de la loi déjà désignée ou les correctifs aux règles normales de rattachement que la décision elle-même dans le cadre des règles normales de rattachement. A ce stade, la règle de conflit conduit indifféremment à la désignation de la loi locale ou de la loi étrangère et l'on peut, sans risque d'exagération, la qualifier de bilatérale au plein sens du terme. Cependant, en procédant de cette manière, la règle de conflit ne tient pas compte de la pluralité des éléments de rattachement (1), solution qui peut, dans certains cas, se révéler insuffisante (2).

1. La pluralite niee des elements de rattachement

322. Du moment où la règle de conflit désigne l'application d'une loi, elle va évincer automatiquement d'autres lois qui ne présentent pas le rattachement jugé le plus caractéristique

par le for. Par exemple, le juge français appelé à prononcer le divorce d'un couple franco-chinois domicilié en Russie devra se demander en vertu de quelle loi statuer : loi française ou loi chinoise si sa règle de conflit retient un rattachement par la nationalité de l'un ou l'autre époux ; loi russe, si le rattachement est fait à leur domicile commun. Les trois lois sont ainsi en concours, mais le juge ne peut les appliquer toutes. C'est alors qu'entre en jeu la règle de conflit qui, exprimant un enchaînement d'une qualification et d'un rattachement, permet de désigner la loi applicable[495].

323. Pour choisir la règle de conflit apte à indiquer la loi applicable, le juge procédera à la qualification du problème juridique. Ainsi, avant 1975, le juge aurait qualifié le problème comme entrant dans la catégorie des effets du mariage, laquelle absorbait la question du divorce[496]. Une fois le problème juridique classé dans une catégorie juridique donnée, la règle de conflit qui correspond à cette catégorie juridique indiquera la loi applicable sur la base de l'élément qui est jugé le plus caractéristique. Celui-ci devient ainsi le point de rattachement (*Anknüpfungspunkt*) à une loi donnée.

324. Dans l'exemple choisi, l'élément le plus caractéristique pourrait tout aussi bien être la nationalité de l'un ou l'autre époux que le lieu où ils ont établi leur domicile et tout dépend de l'intérêt privé ou étatique retenu par l'auteur de la règle de conflit[497]. Logiquement, en même temps qu'elle opère son choix, la règle de conflit évince les autres lois qui auraient pu, elles aussi, fixer le sort de ce lien matrimonial[498].

325. En ne retenant qu'un élément de rattachement, la règle de conflit aboutit, en définitive, à nier la pluralité des éléments d'extranéité qui peuvent exister au sein d'un même rapport de

---

[495] En ce sens, B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, n° 104.

[496] Avec la loi du 11 janv. 1975, le divorce a fait l'objet d'une règle de droit international privé spécifique donnant compétence à la loi française lorsque les deux époux ont la qualité de Français ou résident sur le territoire français, ou encore lorsque aucune loi étrangère ne se veut applicable (article 310 du C. civ. devenu article 309 depuis l'ordonnance du 4 juill. 2005, *(portant réforme de la filiation).* En adoptant cette disposition, le législateur s'est donc éloigné de la méthode savignienne.

[497] Voy. B. AUDIT , « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *loc. cit.*, spéc. p. 274 à 278.

[498] Voy. B. AUDIT , *La fraude à la loi*, *D.*, Bibliothèque de Droit Privé, 1974, n°26 et s., p. 26 et s. : l'auteur ajoute que « lorsqu'une situation donnée présente des rattachements avec plusieurs systèmes juridiques qui tous la réglementent, et de façon différente, l'application de l'une des lois en conflit constitue une violation des autres. Mais cette violation est de gravité variable selon l'importance quantitative des rattachements respectifs, et également selon leur importance qualitative ». Ainsi, la méthode savignienne « néglige le fait que la loi écartée est dans une certaine mesure violée ». Pour cette raison, la doctrine américaine a vivement critiqué cette approche et a proposé de distinguer entre « vrais » et « faux » conflits de lois, voy. principalement B. CURRIE, *Governmental interest analysis* : *Selected Essays on the Conflict of Laws,* Durham, North Carolina, Duke University, 1963. Ce n'est que lorsque le conflit est dit vrai que l'application de l'une des lois entraînerait la violation de l'autre. Au contraire, quand le conflit est faux, « l'application de la loi n'ayant qu'un intérêt mineur dans l'espèce consacrerait une violation substantielle de la loi écartée » (B. AUDIT , *Ibidem*). Seule la loi ayant un intérêt majeur à son application devrait alors être appliquée.

droit[499]. Or, si en principe un choix s'impose et justifie l'éviction des autres lois en concours, la question s'est posée de savoir si l'option faite par la règle était toujours la plus appropriée[500]. Certes, la loi désignée par la règle de conflit est supposée être celle qui satisfera au mieux le rapport de droit litigieux. Ce sera, dans la conception de Savigny, la loi du siège du rapport, c'est-à-dire celle qui sera identifiée par l'élément considéré comme le plus caractéristique. Dans une conception plus moderne, ce sera celle qui correspond le mieux à la relation privée. Cependant, si la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for est évincée, le juge n'aura d'autre choix que de lui substituer la *lex fori* en raison de sa vocation subsidiaire. Or, cela représente une insuffisance de la solution proposée par la règle de conflit car elle ne prend pas en compte des lois tierces ayant des liens plus étroits avec le problème juridique que la *lex fori* et qui auraient pu être ainsi appliquées. L'hypothèse n'est pas la seule à révéler les limites de la solution prévue par la règle de conflit.

2. UNE SOLUTION INSUFFISANTE

326. Lorsque le critère retenu s'avère purement fortuit[501] la solution proposée par la règle de conflit ne peut pas être satisfaisante. Afin de parer à cet inconvénient et d'introduire une certaine souplesse dans un système de conflit de lois jugé trop rigide[502], des clauses d'exception ont été insérées dans les conventions internationales adoptées en matière de loi applicable et dans les codifications modernes de droit international privé[503]. Si cette solution prouve bien l'absence de caractère systématique de l'adéquation de la loi désignée par la règle de conflit avec le problème de droit soulevé, elle reste, cependant, inadéquate lorsque la loi évincée a une volonté propre de s'appliquer au rapport de droit et devient, dès lors, contraignante pour l'une ou les parties[504]. Imaginons, par exemple, qu'un contrat prévoyant la livraison d'une marchandise dans un État X

---

[499] En matière contractuelle notamment, à défaut de choix exprès de la loi applicable par les parties, le lieu de conclusion du contrat peut être différent de celui de l'exécution, qui lui-même peut être différent de celui du domicile des parties, etc., voy., en ce sens, E. FOHRER - DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères, op. cit.*, p. 15.

[500] Par exemple, compte tenu de l'hésitation en matière de statut personnel entre le rattachement à la loi du domicile (voire à la loi de la résidence habituelle) et celui à la loi nationale, le choix de l'une ne signifie pas toujours que l'éviction de l'autre est incontestable.

[501] Voy. en matière de loi applicable à la responsabilité extracontractuelle lorsque le lieu du délit est purement fortuit : B. AUDIT , L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, n° 188 et s.

[502] M. REMY-CORLAY, *Etude critique de la clause d'exception dans les conflits de lois*, Poitiers, 1997 ; « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2003, p. 37.

[503] Voy. par exemple l'art. 15 de la loi de droit international privé suisse de 1987. Pour une application de cet art. voy. Trib. Fédéral, 28 nov. 1991, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1992, p. 484, note F. KNOEPFLER.

[504] E. FOHRER - DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères, op. cit.*, p. 15.

en contrepartie de devises de l'État Y est conclu. Ce contrat contient une clause d'*electio juris*[505] au profit de la loi de l'État X. Supposons que l'État Y adopte, postérieurement à la conclusion de ce contrat, une législation interdisant la sortie de ses devises sous peine de sanctions pénales. Peut-on admettre que le juge saisi de l'exécution de ce contrat déclare la loi X applicable conformément au principe d'autonomie, et écarte corrélativement la loi Y qui, pourtant, s'impose à la partie tenue de payer en devises de l'État Y ? Celle-ci serait alors condamnée à exécuter son obligation mais, dans le même intervalle, courrait le risque d'être poursuivie dans le pays Y pour violation de la loi contraignante. Le choix unique et irrévocable d'une loi peut ainsi être très imparfait et révéler l'inadéquation de la solution conflictuelle à certains litiges. C'est, donc, dans la règle de conflit savignienne elle-même que se trouvent les causes de cette faiblesse.

B. LES LIMITES A LA BILATERALITE DE LA REGLE DE CONFLIT

327. L'insuffisance des critères traditionnels de référence à certaines normes étrangères a été soulevée par la doctrine[506] face à l'inadaptation de la bilatéralité des règles de conflit par rapport aux lois de police étrangères n'appartenant pas à la *lex causae.* Il s'agit d'une approche qui se rattache à la pensée unilatéraliste et qui considère que la méthode conflictuelle serait inadaptée aux lois de police, c'est-à-dire aux lois qui présentent un caractère internationalement impératif pour leur auteur[507]. La critique porte, au delà du fait que la délimitation indirecte du champ d'application des lois étrangères la règle de conflit bilatérale risque de heurter la souveraineté étatique étrangère, sur l'absence de critère de rattachement permettant d'appliquer les lois jugées impératives par leur auteur, dès lors que celles-ci n'appartiennent pas à la *lex causae*[508].

328. La technique du « rattachement spécial » des lois de police étrangères, ne faisant pas partie de la *lex causae*, la question s'est, ainsi, posée de savoir s'il n'y avait pas d'autres moyens que la méthode savignienne pour aboutir à l'application d'une règle étrangère. de ce point de vue il a été proposé d'adopter, dans les systèmes de droit international privé actuels, une conception unilatéraliste pour les lois de police étrangères. Certains auteurs allemands ont, en effet, préconisé

[505] Une clause *electio juris* (ou clause de « choix de loi ») est une clause concernant le règlement des litiges, insérée généralement à la fin d'un contrat commercial international. Le principe de l'autonomie de la volonté joue un rôle fondamental dans le Droit international privé, ce qui permet aux parties de choisir la loi (quelle juridiction) qui sera applicable à leurs contrats. Concrètement cette clause permet aux parties de faire le choix d'une loi dont elles considèrent qu'elle convient à l'opération projetée, et a contrario d'exclure l'application de lois inacceptables pour l'une ou l'autre des parties. Ainsi, plusieurs options sont possibles: choisir une loi non-étatique, la possibilité de soumettre un contrat à plusieurs lois ou même la possibilité de conclure un contrat sans loi.
[506] Voy. P. KINSCH, *Le fait du prince étranger, op.cit.,* n° 306.
[507] Pour le moment, la nature publique ou privée, voire hybride de telles normes est tenue pour indifférente.
[508] E. FOHRER - DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères, op. cit.*, p. 16.

l'adoption d'une technique adaptée à ces lois d'un caractère particulier, à savoir celle dite du « rattachement spécial » (« *Sonderanknüpfung* ») des lois de police étrangères[509]. De cette manière, l'application des dispositions impératives d'un ordre juridique autre que celui du for et de la *lex causae* serait envisageable indépendamment d'un quelconque raisonnement de conflit de lois. Elle resterait, néanmoins, subordonnée à un double contrôle, de conformité aux exigences de l'ordre public du for d'une part, et de proximité - la volonté d'application de ces dispositions doit se justifier par l'existence d'une « relation suffisamment étroite » entre l'espèce litigieuse et l'État qui les a édictées - d'autre part[510]. Sommairement exposée ici, la théorie du « rattachement spécial » des lois de police étrangères semblerait avoir été consacrée en pratique par quelques instruments internationaux, notamment par l'article 7 alinéa 1er de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, du 19 juin 1980[511], dont le contenu a été réitéré dans l'article 9, alinéa 3 du Règlement Rome I nº 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles[512].

329. Même s'il existe trop de doutes quant à sa praticabilité effective, on doit lui accorder le mérite d'avoir dénoncé les limites de la règle de conflit classique[513]. Ainsi, le fait pour la règle de conflit d'évincer l'ensemble des lois qui étaient en concours avec la *lex causae* (et particulièrement celles qui expriment la volonté de s'appliquer à l'espèce litigieuse en se rendant contraignantes pour l'une ou les parties) constitue une limite considérable. A cette première critique s'ajoute celle tenant à l'exclusion du droit public.

---

[509] W. WENGLER, « Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts in intemazionalen Privatrecht », *ZvglRWiss,* vol. 54, 1941, p. 168 ; K. ZWEIGERT, « Nichterfüllung auf Grund auslândischer Leistungsverbote », *RabelsZ*, 1942, p. 283.

[510] Cette théorie a ensuite évolué. A été ajoutée l'appréciation par le juge du for de la légitimité des intérêts qui ont motivé l'adoption de cette norme contraignante ; voy. K. ZWEIGERT, « Internationales Privatrecht und ôffentliches Recht », *in 50 Jahre Institut fur Internationales Recht an der Universitât Kiel*, Hambourg, 1965, p. 124 ; voy. E. FOHRER - DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères, op. cit.*, p. 16.

[511] L'art. 7 prévoit ainsi que :

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

2. Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat. ».

[512] L'alinéa 3 prévoit ainsi qu' « il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application. »

[513] E. FOHRER - DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères, op. cit.*, p. 16.

§ 2. L'EXCLUSION DU DROIT PUBLIC DE LA MATIERE DES CONFLITS DE LOIS

330. Si le droit international privé règlemente les rapports juridiques ayant une nature privée, concernant ainsi des questions du droit de la famille, droit des successions, droit des contrats, droit des biens, droit de la responsabilité civile, etc., le droit public peut représenter également un certain intérêt dans la matière. Or une réticence évidente peut se révéler dans ce cas, car les questions de droit public comme, par exemple, les questions fiscales ou administratives, ne sont pas traditionnellement incluses dans le droit privé en général. Le droit public ne devrait donc pas être pris en compte lors de la résolution des litiges privés présentant un élément d'extranéité. Cependant, le droit public représente un certain intérêt du point de vue du droit international privé, car il peut aussi avoir une influence directe en la matière. Par exemple, le débiteur d'une obligation contractuelle peut refuser de l'exécuter si cette exécution risque de violer l'embargo commercial imposé par un certain État étranger.

331. Les règles de droit international privé contenues dans la plupart des systèmes juridiques semblent confirmer la règle d'un traitement différent entre des règles étrangères de droit public et celles de droit privé. C'est justement cette approche qui a engendré une autre critique émise à l'encontre de la méthode conflictuelle et qui est relative à l'éviction du droit public étranger de son champ d'application, problème ayant attiré l'attention de la doctrine privatiste[514].

332. Deux questions fondamentales semblent se poser quant à l'application du droit public étranger par le juge du for : comment reconnaître le droit public étranger et est-on réellement tenu de l'appliquer ?

333. Le problème de reconnaissance du droit public étranger trahit ainsi le problème de la séparation du droit privé et du droit public, un problème de qualification qui est loin d'avoir été résolu. Pour pouvoir parler d'un quelconque problème d'application du droit public étranger il faut préalablement admettre l'existence, au sein d'un même système juridique, d'une branche de droit public qui se démarque de la branche de droit privé[515], même s'il est parfois difficile d'en apercevoir la ligne de démarcation[516]. Ensuite, en supposant que le droit public étranger puisse

---

[514] H. MUIR WATT, « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux... », *loc. cit. ;* voy. également, A. LOWENFELD, « International litigation and the quest for reasonableness : general course on private international law » *Rec. cours La Haye*, 1994, vol. n° 245, p. 9 à 320 ; voy. spéc. p. 304, l'exemple fourni par l'auteur, de l'affaire *Westinghouse* : « In re Uranium Antitrust Litigation, Westinghouse v. Rio Algom Ltd. and al. », 480 F. Sup. 1138 (ND III. 1979).

[515] Voy. *Mélanges Drago, « L'unité du droit »,* Economica, 1996, dont le titre est révélateur des discussions engendrées par la distinction du droit public et du droit privé.

[516] Certains auteurs évitent le terme de « droit public » comme, par exemple, J. D. GONZALEZ CAMPOS, *Rec. cours La Haye*, Vol. 287, 2000, p. 371-376, qui partage les règles obligatoires en « règles de protection ». A la page 374

être identifié avec précision par le juge, ce dernier est-il finalement tenu de l'appliquer vu la spécificité privatiste de la matière du droit international privé ? Il s'agit, dans ce cas, d'un problème d'application d'une loi étrangère n'entrant pas dans le cadre normal de la matière mais ayant un rôle primordial dans la résolution du litige soumis au juge du for.

334. Il est donc nécessaire de déterminer la nature publique du droit étranger (A) afin de décider de son l'application (B).

A. DETERMINER LA NATURE PUBLIQUE DU DROIT ETRANGER

335. Les conceptions classiques du droit continental d'inspiration romaniste divisent le droit en deux branches distinctes : d'une part, le droit public qui concerne les matières telles le droit administratif ou le droit fiscal, et d'autre part, le droit privé[517] qui englobe des matières telles le droit civil ou le droit commercial. Cependant dans certains cas la distinction droit privé - droit public sème la discorde. En ce sens, prenons l'exemple du droit pénal qui est considéré comme appartenant à la catégorie droit privé en France mais qui, dans le système roumain de droit pourtant d'inspiration romaniste, est considéré comme appartenant au droit public[518].

336. La difficulté de séparer nettement les deux branches du droit s'explique par la multiplicité et le manque d'unité dans le choix des critères qui peuvent être pris en compte à cette fin. Il manque, en effet, un critère clairement établi parmi ceux représentés soit par la fonction de l'État, soit, au contraire, par sa participation à la relation juridique litigieuse, soit, enfin, par l'intérêt que l'État présente dans cette relation. Par exemple, les Romains différenciaient le droit public *ad statum rei romanae spectat* du droit privé *ad singulorum utilitatem pertinet* sur le fondement de l'intérêt exprimé par l'État[519]. C'est, en revanche, le critère de la participation de l'État à la relation examinée qui avait été retenu par Montesquieu, qui définissait le droit « politique » (public) comme l'ensemble des « lois dans le rapport qu'ont ceux qui gouvernent avec ceux qui

---

l'auteur précise que « les « règles de direction » ont un caractère que l'on peut appeler « ordopolitique », car elles imposent les principes ordonnateurs de la vie économique et sociale d'un État, en configurant ainsi son modèle social et économique. Il s'agit, par conséquent, de règles dont l'objet porte sur des biens ou des intérêts à portée générale, autrement dit, des biens ou intérêts qui n'appartiennent pas aux titulaires du contrat, mais qui se trouvent en dehors du contrat. » ; T. GIHL, « Lois politiques et droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 83, 1953, p. 163-254 préfère le syntagme de « lois politiques ».

[517] X. TESTU, « La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? », *D.*, 1998, *chron.* p. 345.

[518] En ce sens I. TANOVICEANU, affirme que le droit pénal est la branche du droit public interne qui règle les infractions et les sanctions corrélatives, *in Curs de drept penal*, Bucarest, 1912, p. 3. Cette opinion est confirmé par la doctrine pénaliste roumaine actuelle : T. TOADER, *Infractiunile prevazute in legile speciale - reglementare, doctrina, decizii ale Curtii Constitutionale, jurisprudenta*, éd. Hamangiu, Iasi, 2014, 512 p. ; N. POPA, *Teoria generala a dreptului,* éd. All Beck, Bucarest, 2002, p. 451.

[519] Le droit public est celui qui regarde l'État roman, alors que le droit privé est celui qui a trait à l'utilité de chacun, voy. ULPIEN, Dig. Liv. I., Titre I., fr. 1 § 2.

sont gouvernés », et à l'opposé, le droit « civil » (privé) comme l'ensemble des « lois dans le rapport que tous les citoyens ont entre eux »[520]. Ces différents critères se combinent de nos jours car si la division droit public - droit privé est intimement liée à la qualité des personnes assujetties à la réglementation en cause, l'État n'est véritablement intéressé à la relation que lorsqu'il y participe. La finalité de la règle – sauvegarde ou satisfaction des intérêts individuels d'un côté, expression de la souveraineté de l'État de l'autre - est aussi très importante dans cette classification.

337. Le droit international privé reprend la distinction droit public - droit privé et les modes de désignation de la loi applicable subissent directement l'influence de la nature publique ou privée du droit en cause. Tandis que « le droit privé part de la bilatéralité parce qu'il traite des questions de droit privé qui, en principe, peuvent trouver des réponses dans d'autres systèmes », s'agissant du droit public, « le point de départ, est l'unilatéralité, parce qu'il construit les institutions pour l'État destiné à s'en servir »[521]. La distinction du droit public et du droit privé dans les relations internationales est pourtant niée par certains qui dénoncent l'absence de critère fiable, voire l'ignorance de la scission dans les autres familles juridiques, comme celle des États de la *Common Law* ou des États socialistes[522], ou encore l'artifice et l'incertitude de la division, compte tenu de la publicisation croissante du droit privé. Il est donc évident que la distinction s'estompe de plus en plus mais cela ne signifie pas qu'elle ait entièrement disparu. Par exemple, elle ferra toujours obstacle à l'application de la loi étrangère lorsque celle-ci prévoit l'accomplissement des actes relevant des domaines liés à la souveraineté de l'État.

338. Le problème majeur reste cependant celui de la qualification à prendre en compte lors de la détermination de la nature publique ou privée de la loi étrangère appelée à résoudre un litige présentant au moins un élément d'extranéité. Faut-il considérer comme de droit public tout ce qui est tenu pour tel dans l'État étranger en cause[523] ? Ou au contraire, faut-il négliger le point de

---

[520] Voy. R. GUILLIEN, « Droit public et droit privé », *in Mélanges Brèthe de La Gressaye*, 1967, p. 311.

[521] H. BATIFFOL, *Trav. Com. fr. dr. int. pr*, 1973-1975, p. 245 et s.

[522] Voy. sur ce point R. BYSTRICKY, « Les traits généraux de la codification tchécoslovaque en Droit international privé », *Rec. cours La Haye*, 1968, p. 433, note n° 23. De même A. MILLS, *The Confluence of Public and Private International Law*, *op. cit.*, p. 24 et p. 308, considère que que la relation entre le droit international privé et celui public est beaucoup plus complexe et dynamique que ce choix binaire limité, car le droit international privé est un mélange d'influences des règles nationales et internationales semblable au mélange des règles fédérales et étatiques (« state norms») aux États Unis. Pourtant « cette distinction est (...) admise dans tous les États du système romano-germanique, mais aussi (...) dans les États de Common Law où depuis le XVème siècle, en particulier depuis Bacon, la différence est bien connue entre *Government* et *Property* » ; Y. LEQUETTE, « Protection familiale et protection étatique des incapables », D., Bibliothèque de Droit international privé, vol. XX, 1976, p. 226, note n° 2.

[523] En ce sens, P. FEDOZZI, « De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public », *Rec. cours La Haye*, vol 11, 1929, p. 145.

vue étranger et s'en tenir à une qualification *lege fori*[524] ? Face à l'hésitation entre qualification *lege causae* et qualification *lege fori*, il avait également été proposé d'adopter une assez large « qualification autonome »[525].

339. C'est la qualification *lege fori* qui a été retenue finalement dans le droit positif car déterminer la nature privé ou publique d'une loi est considéré comme une opération procédurale, laquelle relève traditionnellement de la *lex fori*. Il apparaît ainsi plus raisonnable de reconnaître que dans les lois de droit public, l'État est toujours, de quelque manière que ce soit, impliqué dans la relation[526] : soit en tant que sujet - critère de la participation - comme c'est le cas en matière de droit fiscal, et de droit administratif (au moins partiellement), soit en tant qu'État - critère de l'intérêt *stricto sensu*. Dans cette dernière hypothèse, l'implication de l'État est évidente, soit qu'il en aille de sa structure et de son organisation (notamment en matière de droit constitutionnel, de droit procédural et de droit administratif), soit eu égard à la matière considérée : droit des étrangers, droit pénal, contrôle des changes ou réglementation douanière.

340. Le critère d'implication de l'État dans la relation, lequel dépend en grande partie de son intérêt, doit donc être retenu afin de différencier le droit public du droit privé. C'est ainsi qu'une analyse fonctionnelle, prenant en compte l'implication de l'État dans chaque cas, est préférée[527]. A cette fin, outre les cas dans lesquels l'État est directement impliqué en tant que puissance publique dans la relation considérée, il convient de tenir également compte des motifs pour lesquels il a édicté la législation analysée : lorsque c'est dans le seul intérêt de protéger les particuliers, la loi doit être qualifiée de règle de droit privé, malgré sa connotation publique. En revanche, quand la législation en cause sert les seuls intérêts de l'État ou vise à protéger son ordre public, elle doit être qualifiée de droit public. Par exemple, les dispositions concernant l'impôt ne peuvent être que publiques puisqu'elles servent les seuls intérêts de l'État[528] alors que les dispositions protégeant, dans le commerce juridique, des parties jugées plus faibles, telles que les consommateurs, doivent être considérées comme étant des règles de droit privé. Cette solution souple semble satisfaire la distinction car elle veille à son maintien ; il n'est pas possible de nier

[524] Voy. Tribunal fédéral suisse, 1954, *ATF* 79 II. 87, note Wismeyer : « Il faut juger en vertu du droit suisse la question de savoir si une règle de droit étranger relève du droit public ou du droit privé, quelle que soit sa qualification selon sa propre législation ».

[525] Dans son rapport préliminaire de la session de Wiesbaden de l'IDI, P. LALIVE préconisait l'adoption d'un critère substantiel et autonome de ce qui relève du droit public ; *AIDI* préc.

[526] P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *JDI*, 1981, spéc. p. 301 à 304.

[527] Pour une même proposition d'analyse fonctionnelle mais en tenant compte de l'intérêt étatique étranger, voy. M. BAUER, *Le droit public étranger*…, op. cit., n° 55.

[528] Une analyse fondée sur l'intérêt plus ou moins médiat de l'État a été développée par la doctrine suisse et allemande, et reprise par le Tribunal fédéral suisse de façon à distinguer, au sein même du droit public, les lois dites « sympathiques » de celles dites « égoïstes ».

son existence. La complexité du problème de l'exclusion du droit public de la matière du droit international privé s'accompagne, au delà de la difficulté de la distinction droit public – droit privé, de la question de la teneur du droit public. Le juge du for est-il tenu d'appliquer, lors d'un litige de droit international privé, une loi étrangère ayant une nature publique ? C'est la question qui sera étudiée en ce qui suit.

B. APPLIQUER LE DROIT PUBLIC ETRANGER

341. Savoir si le juge du for doit appliquer ou non, en matière de droit international privé, le droit public étranger, c'est une question qui doit être résolue en prenant comme point de départ la dichotomie droit privé étranger - droit public étranger. Si le droit privé étranger règlemente ainsi les relations entre les personnes physiques ou morales et sert principalement leurs intérêts, le droit public étranger sert, en revanche, principalement les intérêts de l'État étranger et se concentre sur les relations entre l'État et d'autres sujets de droit[529]. Or, si la protection des intérêts de l'État du for s'impose au juge du for, qui est tenu d'appliquer les règles de droit public de la *lex fori* conformément aux intentions du législateur du for et indépendamment de la loi applicable au rapport juridique désignée par la règle de conflit du for[530], cela ne se vérifie pas dans le cas des intérêts publics de l'État étranger. En effet, la question se complique lorsque ce sont les règles étrangères de droit public qui sont concernées car ces règles de droit public interviennent dans diverses situations qui nécessitent des solutions adaptées[531].

342. En règle générale, les dispositions étrangères de droit public ne sont pas appliquées par le juge du for. Cela s'impose au vu de certains arguments tenant à la spécificité de la méthode conflictuelle ainsi qu'à celle du droit public. Cependant, il existe des cas dans lesquels l'application du droit public étranger s'impose au juge du for du fait de l'importance qu'il peut avoir dans un litige de droit international privé. Il s'agit donc d'analyser les arguments soutenant la règle de la non application des dispositions étrangères de droit public (1) ainsi que les exceptions à cette règle (2).

1. LA REGLE DE LA NON-APPLICATION DES DISPOSITIONS ETRANGERES DE DROIT PUBLIC

343. En droit international privé les dispositions étrangères de droit public ne sont, à l'évidence, pas traitées de la même manière que celles de droit privé. Les arguments en faveur de

[529] H. EEK, *Rec. cours La Haye*, vol. 83, 1953, p. 12.
[530] G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, p. 152-153.
[531] Voy., par exemple, G. VAN HECKE, *Rec. cours La Haye*, vol. 126, 1969, p. 484-495.

cette différence de traitement sont tirés de la spécificité de la méthode conflictuelle mais aussi du caractère exclusif de la compétence de l'État dans la matière du droit public.

344. L'argument concernant la spécificité de la méthode conflictuelle avance l'idée d'une règle de conflit bilatérale incapable de désigner le droit public d'un État étranger[532]. La méthode conflictuelle prend donc pour point de départ les seules catégories de droit privé même si, à l'origine, elle était perçue comme l'instrument d'une politique de droit privé spécifique aux rapports internationaux[533]. Les rapports juridiques impliquant les intérêts publics de l'État étranger dérogent ainsi à la méthode conflictuelle[534], les dispositions étrangères les concernant étant appliquées à la seule condition d'un engagement international de l'État du for sous la forme d'un traité international ou d'un instrument juridiquement contraignant appartenant à une organisation internationale (comme, par exemple, un règlement de l'Union européenne). Cette situation s'explique par le fait que les règles de droit international privé ont été formulées dans le système juridique du for et si celles-ci désignent des lois étrangères, cela se fait dans l'intérêt de l'État du for. En effet, l'État du for veille au bon fonctionnement du commerce international et à la stabilité des rapports privés internationaux, ce qui exige que la loi étrangère soit être appliquée dans certaines situations. De même, en l'absence d'un engagement international, le for n'a normalement aucun intérêt de protéger les intérêts des États étrangers à l'égard de la collecte des impôts, l'exécution des confiscations ou de s'assurer que les lois interdisant le commerce avec les ressortissants ennemis soient respectées[535]. Par exemple, les créances fiscales étrangères ne peuvent pas être exécutées dans le système juridique du for car cela constituerait l'expression de la souveraineté de l'État étranger sur le territoire de l'État du for, chose considérée inadmissible[536]

---

[532] Voy. IDI, session de Wiesbaden, 1975, *AIDI* préc. ; P. LALIVE, « Droit public étranger et ordre public suisse », éd. Eranion Maridakis, Athènes, 1964, p. 189 ; « Sur l'application du droit public étranger », *Ann. Suisse dr. int.*, 1971, p. 103 ; « Le droit public étranger et le droit international privé », *Trav. Com. fr. dr. int. pr*, 1973-1975, p. 215 ; G. SPERDUTI, « Droit international privé et droit public étranger », *JDI*, 1977, p. 1 ; G. VAN HECRE, « Droit public et conflit de lois », *Trav. Com. fr. dr. int. pr*, 1984, p. 225 ; P. MAYER, « Le rôle du droit public en droit international privé », *RIDC*, 1986, p. 467 ; du même auteur, avec le même titre, Colloque de Basle sur le rôle du droit public en droit international privé, Helbing u. Lichtenhahn, Bâles et Frankfort sur le Main, éd. F.E. Klein, p. 63 ; *contra*, Ch. FREYRIA, « La notion de conflit de lois en droit public », *Trav. Com. fr. dr. int. pr*, 1962- 64, p. 103.

[533] En ce sens, H. MUIR WATT, « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux... », *loc. cit*.

[534] Voy. par exemple P. GOTHOT, « L'ordre public international et l'application des lois politiques étrangères », note sous l'arrêt de la Cour de Cassation bèlge, 2 juin 1960, *RCJB*, 1962, p. 446, spéc. p. 455 : « une loi étrangère protectrice de tels intérêts se situe donc purement et simplement en dehors du jeu de toute règle de conflit parce qu'il est inconcevable, pour des motifs tenant à l'esprit de cette règle, qu'une telle loi puisse fournir la solution recherchée ».

[535] B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 92 et s. ; C.M.V. CLARKSON, J. HILL, *The Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 490-493 ; G. KEGEL, K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, p. 1092-1093 ; E.F. SCOLES et autres, *Conflict of Laws*, *op. cit*, p. 147-148 ; A.V.M. STRUYCKEN, *Rec. cours La Haye*, vol. 311, 2004, p. 432-436 ; F. VISCHER, *Rec. cours La Haye*, vol. 232, 1992, p. 186-198.

[536] Voy., par exemple, Lord Keith d'Avonholm dans *Governement d'Inde c/ Taylor*, 1955, AC 491, p. 511.

même si aucune règle de droit international public n'interdit l'initiative d'un État d'obtenir la collaboration volontaire d'un autre État en ce qui concerne l'exécution de ce type de créances.

345. Le juge du for rejettera donc la demande d'application des dispositions étrangères de droit public, peu important le moyen procédural utilisé: le manque de compétence du juge de connaître de l'action ou la déclaration d'inapplicabilité de la disposition étrangère de droit public après l'examen de la demande. La décision du 2 mai 1990 dans l'affaire *Guatemala c. Soc. internationale de négoce de café et du cacao SINCAFC*[537] par la Cour de cassation illustre bien le problème. L'arrêt souligne, en effet, que si aucun État n'est obligé internationalement de coopérer, rien ne lui interdit de le faire. Le litige opposait ainsi la République du Guatemala à une Société qui avait exporté du café depuis le Guatemala sans respecter les exigences de la réglementation, notamment celles relatives au versement des droits de douanes. La Cour a précisé qu'« il résulte des principes de droit international régissant les relations entre États, que dans la mesure où du point de vue de la loi du for, leur objet est lié à l'exercice de la puissance publique, les demandes d'un État étranger fondées sur des dispositions de droit public ne peuvent être portées devant les juridictions françaises... toutefois, le principe peut être écarté, notamment si, du point de vue du for, les exigences de la solidarité internationale ou la convergence des intérêts en cause le justifient ».

346. Le juriste peut hésiter quant à la question de l'application du droit public étranger : réintroduire, dans le domaine du conflit de lois, les questions de droit public conduirait à faire abstraction de l'inadaptation de la règle de conflit savignienne ; en même temps, la règle de conflit ne peut être totalement imperméable au droit public car une situation de droit privé n'est pas nécessairement exempte de tout élément de droit public et doit être prise comme un tout[538]. Elle n'a pas, cependant, pour objet premier de désigner le droit public d'un autre État parce que la méthode conflictuelle ne concerne que les catégories de droit privé telles que le mariage, le divorce, la filiation, les contrats, etc., et non des catégories de droit public telles que l'impôt ou la monnaie. Le droit public ne peut donc intervenir dans le for qu'à titre « accessoire » ou

[537] Cass, 1re civ., 2 mai 1990, *Guatemala c/ Soc. internationale de négoce de café et du cacao SINCAFC, JDI* 1991, p. 137. De même, les tribunaux anglais ne sont pas compétents pour recevoir une action en execution, directement ou indirectement, dans les matières concernant la loi publique d'un autre État, voy. DICEY, MORRIS, COLLINS, *The Conflict of Laws*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2015, p. 89.

[538] Voy. Tribunal fédéral suisse, *Ammon c/ Royal Dutch*, 1954, *ATF* 80 II, p. 53 ; *JT* 1954.1, p. 588 ; *JT* 1955, p. 274 et 1961, p. 250 ; *Ann. Suisse dr. int.*, vol. XII, 1955, p. 274 : selon cet arrêt, la portée du principe d'inapplicabilité de la loi étrangère doit « être précisée car, énoncé sous une forme aussi générale, il ne tient pas suffisamment compte du fait que l'ordre juridique d'un État forme un tout ».

« secondaire »[539] et jamais la règle de conflit ne désignera à titre principal une règle de « droit public ». La justification est cependant insuffisante car une simple prise en compte des catégories de droit public ainsi qu'une bilatéralisation des rattachements retenus pour le droit public du for, pourraient provoquer des conflits de lois publiques. C'est pour cela qu'à côté de l'argument tiré de la spécificité de la méthode conflictuelle, il faut aussi analyser celui du caractère exclusif de la compétence de l'État dans la matière du droit public[540] qui peut ainsi expliquer pourquoi certaines matières échappent à tout raisonnement conflictuelle[541].

347. Par la compétence normative de l'État l'on comprend classiquement sa compétence territoriale, d'un côté, et personnelle, d'un autre côté[542], la première étant exclusive de toute autre compétence étatique, alors que la seconde peut parfois être concurrencée par les lois des autres États. Le droit international pose des limites à la compétence normative de l'État qui sont déterminées par l'intermédiaire des éléments qui rattachent une situation à la sphère de compétence de l'État. Ceux-ci sont généralement considérés comme étant consubstantiels à la définition internationale de l'État, à savoir le territoire, la population et la souveraineté. Cependant, selon le domaine dans lequel l'État intervient, sa compétence pourra être exclusive ou concurrente. Lorsqu'il exerce des fonctions étatiques consistant à régir tout ce qui touche ses éléments constitutifs, sa compétence ne peut qu'être exclusive. Ainsi, quand il exerce une compétence normative à l'égard de son territoire, notamment en matière de droit douanier, de droit du contrôle des changes, de droit de la réglementation d'entrée et de sortie du territoire des personnes et des biens, sa compétence est toujours exclusive. Il en est de même lorsqu'il exerce une compétence personnelle, c'est-à-dire relativement à sa population ou l'immatriculation des personnes morales. Enfin, quand la fonction étatique a trait à sa souveraineté, elle lui donne compétence exclusive en matière de droit constitutionnel, administratif, fiscal, monétaire, et procédural. En revanche, lorsque l'État exerce sa compétence normative à propos d'une question de droit privé comme le mariage, le contrat entre particuliers, ou la responsabilité extracontractuelle d'un individu, il peut entrer en concurrence avec d'autres États. Par exemple, si un État entend exercer sa compétence personnelle pour déterminer la capacité d'une personne, un

[539] On parle, à cet égard, d' « application incidente du droit public étranger », voy. B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, n° 291.

[540] Voy. notamment M. WEBER, dans l'affaire *Ile de Palmas (États-Unis c/ Pays-Bas)*, sentence rendue dans le cadre de la Cour permanente d'arbitrage, 4 avr. 1928, *RSA*, vol. II, p. 829 ; *RGDIP* 1935, p. 156. Le magistrat y affirmait la compétence exclusive de l'État sur son propre territoire. Pour un résumé de cette analyse, voy. B. STERN, « L'extraterritorialité revisitée... », *Ann. fr. dr. int.*, 1992, p. 239, spéc. p. 254.

[541] Voy. P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1979, p. 1 à 29, 349 à 388, 537 à 583.

[542] J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, *op. cit.*, 2014, p. 342 et s.

autre pourra parfaitement prétendre être seul compétent parce que la question se pose sur son territoire[543]. Transposée au problème de la loi applicable, cette analyse conduit à affirmer que seule la loi de l'État français peut être appliquée lorsque le problème a trait à l'un de ses éléments constitutifs (c'est-à-dire lorsque la France est impliquée à raison de sa population, de son territoire ou de sa souveraineté). On retrouve ainsi le critère de l'implication de l'État précédemment dégagé. Par exemple lorsqu'il est question de l'entrée des étrangers sur le territoire français, seule la loi française a vocation à répondre à cette question, l'abstention des autres États étant «pour eux une obligation internationale »[544]. Mais dire que la loi française est compétente ne résulte pas de la résolution d'un conflit de lois car cela traduit uniquement l'absence de conflit. Et s'il n'y a pas de conflit, c'est simplement parce que dans le domaine du droit public la compétence de l'État concerné est toujours exclusive.

348. Inversement, si le litige naît dans les relations entre personnes privées, la loi d'un État pourra être concurrencée par la vocation d'autres lois à s'appliquer. Les États ont une simple faculté de prendre en compte la compétence exclusive exercée par un autre État, la volonté d'application contenue dans une norme ne s'imposant qu'au juge de l'État qui en est l'auteur. Par exemple, face à la question de la validité d'un contrat dont l'objet était d'introduire clandestinement de l'alcool sur le territoire des États-Unis, la compétence de cet État sera ou non retenue selon l'ordre juridique auquel le problème est posé. A l'évidence, du point de vue de cet État, il s'agit d'une question de droit public à laquelle il ne pourra être répondu qu'en application de sa propre loi. Touchant à un de ses éléments constitutifs, la question de la licéité de l'importation relève pour lui de sa compétence exclusive. Cependant, lorsque la question est soumise aux juridictions d'un autre ordre juridique, elle devient une simple question de droit privé. Pour ces dernières en effet, il s'agit uniquement de se prononcer sur la validité d'un contrat. La *lex contractus* entre alors, en quelque sorte, en concurrence avec la loi de droit public violée car rien n'oblige le juge à appliquer la loi américaine de préférence à celle désignée par sa règle de conflit. Bien au contraire, il est fréquent que les juges se fondent exclusivement sur leur règle de conflit et justifient l'éviction de la loi de droit public étrangère en recourant au principe de territorialité du droit public.

349. Malgré la règle de la non application des dispositions étrangères de droit public, les

[543] En ce cas, compte tenu de la hiérarchisation des compétences étatiques - la compétence personnelle étant généralement considérée comme subsidiaire par rapport à la compétence territoriale -, les difficultés liées à la compétente concurrente des États devraient pouvoir être résolues sans trop d'éclats.
[544] P. MAYER, « Droit international privé et droit international public... », *op. cit.*

demandes concernant l'application du droit public étranger ne devraient pas être considérées comme nulles et non avenues mais comme inapplicables dans le système juridique du for. Ainsi, dans la mesure où l'État étranger met en œuvre ses propres dispositions de droit public, le résultat devrait normalement être reconnu par le système juridique du for, sauf contrariété à l'ordre public du for[545]. Par exemple, si la créance fiscale d'un État étranger a été couverte à partir des actifs du débiteur se trouvant dans l'État étranger ou si elle a été exécutée volontairement par un débiteur fiscal résidant dans le pays du for, le système juridique du for ne peut pas permettre la récupération de l'argent par le débiteur car l'autorité de l'État étranger reste limitée à son propre territoire. Il existe, cependant, des cas où il semble nécessaire d'appliquer les dispositions étrangères de droit public.

2. L'EXCEPTION : L'APPLICATION DES DISPOSITIONS ETRANGERES DE DROIT PUBLIC DANS LES LITIGES PRIVES

350. Il peut arriver que les intérêts publics d'un État étranger soient en jeu lorsque le droit public étranger est invoqué par une partie qui n'est pas l'État étranger en question. En effet, si la partie en question agit en tant qu'organe de l'État étranger, le traitement de la demande doit être le même que si l'État étranger en question avait formulé lui même la demande. Cela peut se produire, par exemple, lorsqu'un État étranger vend une créance fiscale à une agence privée de recouvrement de dettes qui poursuit par la suite, en son propre nom, le débiteur fiscal dans le pays du for.

351. Lorsque la règle de droit public étranger est invoquée, en revanche, par une partie privée dont les intérêts sont distincts mais qui coïncident, sur certains points, avec ceux de l'État étranger, la situation est différente. Par exemple, une partie peut opposer à la demande d'exécution de son obligation contractuelle le motif que la législation sur les changes rend cette exécution illégale. Dans ce cas, certains considèrent qu'il est nécessaire d'appliquer cette législation si elle a été adoptée par le système juridique dont la loi régit le contrat, solution retenue en Grande Bretagne[546]. La solution ne semble, cependant, pas raisonnable[547] car reconnaître l'effet

---

[545] Par exemple, s'il s'agit de la confiscation de biens pour des raisons raciales.

[546] C.M.V. CLARKSON and J. HILL, *The Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 492 ; T. C. HARTLEY, *Rec. cours La Haye*, vol. 319, 2006, p. 273-274. La solution est également prise en consideration par O. LANDO, *Rec. cours La Haye*, vol. 189, 1985, p. 403 : « *It is submitted here that the court should apply the economic legislation and other public aw rules of the proper law of the contract.* » Voy. aussi A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 239, 1993, p. 81, qui, parlant des mesures économiques comme l'embargo affirmait que « dans l'hypothèse où la loi applicable est celle d'un État étranger connaissant des dispositions impératives de cette nature, le tribunal respectera celles-ci, sous réserve de l'ordre public de l'État du for; il n'y a pas lieu, à cet égard, de se retrancher derrière le principe révolu de la non-applicabilité du droit public étranger. »

destructeur d'un embargo étranger ou d'une législation sur les changes reviendrait à aider l'État étranger à réaliser ses objectifs politiques au détriment d'un autre État. Or le système juridique du for ne doit pas se transformer dans un instrument de mise en œuvre des interdictions de droit public étranger qu'elles fassent partie de la *lex causae* applicable ou non. Les règles étrangères de droit public doivent donc être traitées comme une catégorie propre et leur traitement devrait essentiellement dépendre du pouvoir de l'État étranger de faire respecter ses propres règles, pouvoir normalement indépendant du fait que la législation de cet État étranger régit la relation en question, conformément aux règles de conflit du for[548].

352. Les effets *de facto* des règles étrangères de droit public ne peuvent cependant pas être ignorés si et dans la mesure où ces effets sont pertinents conformément à la loi régissant les relations de droit privé affectées. Cela peut être illustré par la décision rendue en Suède le 2 Novembre 2001[549]. Dans le cas d'espèce, une compagnie maritime suédoise (le transporteur) était obligée de transporter certains équipements américains depuis le Canada vers la Libye via l'Allemagne. En raison de l'embargo américain contre la Libye, le transporteur a refusé de livrer l'équipement en Allemagne au titulaire du connaissement, qui a agi en justice en Suède le transporteur en demandant la livraison. Le connaissement contenait une clause de choix du droit en faveur de la loi suédoise. Le tribunal de district, dont le jugement a été confirmé par la Cour d'appel, a déclaré que les tribunaux suédois ne peuvent pas, en principe, prendre en considération les demandes fondées sur le droit public étranger et que la loi américaine ne pouvait pas avoir des effets en Suède. Toutefois, en raison des sanctions américaines sévères menaçant le transporteur en cas de violation de l'embargo, la Cour a conclu que, vu les circonstances, le transporteur a le droit de refuser la livraison. L'action a donc été rejetée et la loi des États-Unis imposant l'embargo n'a pas été « appliquée » en tant que droit, mais la menace de sanctions américaines semble avoir été prise en considération en tant que fait.

353. De même, si l'exécution contractuelle est devenue impossible en raison d'une interdiction étrangère d'exportation, cela représente un fait qui peut constituer un élément important qui pourrait avoir des effets en vertu de la loi régissant le contrat en question. L'impossibilité d'exécuter l'obligation est bien réelle et ne tient pas compte de savoir quel système juridique est à l'origine de l'interdiction, celui régissant le contrat ou un autre. Les conséquences juridiques de

---

[547] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 45.

[548] G. KEGEL, K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, p. 155-157, 324-325 et 1115 ; A. BUCHER, *Rec. cours La Haye*, vol. 239, 1993, p. 88-92 ; F. VISCHER, *Rec. cours La Haye*, vol. 232, 1992, p. 151, spéc. p. 165-186.

[549] Tribunal de Gôteborg, *Nordiske domme i sj0fartsanlig gender*, 2001, p. 36.

l'impossibilité entraînée par l'interdiction devraient, cependant, être décidées par la loi applicable au contrat. Encore une fois, cette manière de prendre en compte l'impossibilité créée par la loi publique étrangère ne signifie pas que la loi étrangère est « appliquée », mais plutôt qu'elle est traitée comme un fait dont les conséquences nuisibles doivent être réparties de manière appropriée entre les parties[550]. Ce partage des pertes est une question de droit matériel plutôt que de droit international privé, et la loi régissant la relation distribuera probablement les pertes en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, par exemple le fait que, dans le contrat, une des parties a assumé la responsabilité pour l'obtention du permis d'exportation, que l'interdiction d'exportation a été causée par le comportement abusif de l'une des parties ou que le vendeur, ressortissant et résident du pays exportateur, devrait subir la perte résultant de l'interdiction édictée par ce pays. En tout cas, la question de savoir si l'interdiction fait partie du système juridique régissant le contrat ou non est sans intérêt[551].

CONCLUSION DE SECTION :

354. Le développement des méthodes qui concurrencent la méthode conflictuelle comme, par exemple, l'application unilatérale de certaines règles juridiques, l'utilisation des lois de police, du principe de l'autonomie de la volonté, des règles matérielles du commerce international ou de la méthode de la reconnaissance, démontre une crise la concernant bien réelle.

355. Si les nombreuses critiques formulées à l'encontre de la méthode conflictuelle peuvent, en effet, expliquer cette situation, seules deux d'entre elles semblent affecter tout particulièrement l'application de la loi étrangère, à savoir, l'impossibilité de la règle de conflit de rattacher le rapport juridique à plusieurs systèmes juridiques et la méconnaissance des lois étrangères de droit public.

356. L'impossibilité de la règle de conflit de rattacher le rapport juridique à plusieurs systèmes juridiques présentant des liens moins étroits, résulte de la prise en compte d'un seul rattachement désignant la loi compétente. L'on ignore, ainsi, l'existence de certaines lois appartenant à des systèmes juridiques tiers qui, malgré les liens moins étroits que la loi compétente avec le rapport

[550] G. KEGEL, K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, p. 1108.

[551] Dans ce sens l'article 9 § 3 du règlement Rome I prévoit qu'« il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application. »

juridique, présentent des fortes chances d'avoir des liens plus étroits que la *lex fori*. Or, si cette loi ainsi désignée ne s'applique pas par la suite pour diverses motifs tenant à, par exemple, une impossibilité de preuve, une contrariété à l'ordre public ou une fraude à la loi, pour éviter un déni de justice, la *lex fori* sera substituée en raison de sa vocation subsidiaire. Ce faisant, le juge du for aura ignoré des solutions peut être plus appropriées que celle de l'application de la *lex fori*. Ce raisonnement vaut également dans le cas où la solution prévue par la règle de conflit n'est pas satisfaisante, notamment parce que le critère retenu s'avère purement fortuit, le lieu du délit en matière de loi applicable à la responsabilité extracontractuelle étant révélateur en ce sens. Pour pallier cet inconvénient, des clauses d'exception sont de plus en plus utilisées, leur rôle étant celui d'introduire une certaine souplesse dans un système de conflit de lois jugé trop rigide.

357. L'inadaptation de la bilatéralité aux lois de police étrangères n'appartenant pas à la *lex causae* reflète aussi la rigidité de la règle de conflit qui se traduit dans l'absence de critère de rattachement permettant d'appliquer les lois jugées impératives par leur auteur, dès lors que celles-ci n'appartiennent pas à la *lex causae*. Pour palier ce problème spécifique l'on a ainsi prévu la solution spécifique de la technique du « rattachement spécial » des lois de police étrangères ne faisant pas partie de la *lex causae* qui a d'ailleurs été consacrée par l'article 7 alinéa 1er de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, du 19 juin 1980, dont le contenu a été réitéré dans l'article 9, alinéa 3 du règlement Rome I nº 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

358. La méthode conflictuelle a également été critiquée pour la méconnaissance des lois étrangères de droit public qui ne peuvent être désignées par aucun des rattachements retenus. Or, cette exclusion peut influencer l'application de la loi étrangère car le juge du for est privé, dans ce cas, d'éléments de droit public clé dans la résolution du problème de droit international privé et contenus dans la législation étrangère applicable.

359. Est-ce que le juge du for peut, ainsi, être obligé à appliquer, en droit international privé, le droit public étranger ? En droit international privé les dispositions étrangères de droit public ne sont pas traitées de la même manière que celles de droit privé. Pour justifier cette règle l'on invoque, d'un côté, la spécificité de la méthode conflictuelle qui met en avant l'idée qu'une règle de conflit bilatérale serait incapable de désigner le droit public d'un État étranger car cette méthode concerne seulement les catégories de droit privé. D'un autre côté, le caractère exclusif de la compétence de l'État en droit public justifie également la règle. Ce caractère exclusif impose au juge du for la protection des intérêts de l'État du for. Le juge du for est donc tenu d'appliquer les

règles de droit public de la *lex fori* conformément aux intentions du législateur du for et indépendamment de la loi applicable au rapport juridique désignée par la règle de conflit du for. Cela ne se vérifie, cependant, pas dans le cas des intérêts publics de l'État étranger. En effet, les rapports juridiques impliquant les intérêts publics de l'État étranger dérogent à la méthode conflictuelle, car l'on considère que le système juridique du for n'est pas obligé, sauf convention internationale ou régionale, de protéger les intérêts de l'État étranger. Il existe donc une réelle hésitation du juriste sur la position adopter : appliquer le droit public étranger dans le domaine du conflit de lois serait faire abstraction de l'inadaptation de la règle de conflit savignienne qui, en même temps, ne peut être totalement imperméable au droit public.

360. Au vu de ces éléments, les deux critiques de la méthode conflictuelle semblent justifiées car la rigidité de la règle de conflit ainsi que l'exclusion du droit public du domaine des conflits de lois n'apportent pas l'équilibre tant souhaité en droit international privé. Au contraire cette situation crée un déséquilibre à travers l'isolation juridique du système juridique du for entrainée par l'élimination des lois étrangères plus adaptées que la *lex fori* ainsi que l'exclusion du droit public étranger dans le règlement des problèmes juridiques de droit international privé.

361. Il existe, cependant, des solutions à ces problèmes. La rigidité de la règle de conflit peut ainsi être atténuée à travers des règles bilatérales alternatives à finalité matérielle[552] ou qui retiennent un critère de rattachement plus souple en application du principe de proximité[553]. De même, la réticence envers l'application du droit public étranger est en train de s'améliorer, au moins dans certains domaines. C'est une évolution qui s'explique par le fait que les États ont pris conscience de leurs intérêts communs et ne se considèrent plus comme des îles isolées indifférents

[552] Fr. SOIRAT, *Les règles de rattachement à caractère substantiel,* Paris I, 1995. Par exemple, en matière d'obligations alimentaires l'article 4 du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 prévoit que la loi applicable est la loi de la résidence habituelle du créancier, mais si cette loi ne permet pas à celui-ci d'obtenir des aliments, on applique, dans certains cas, la *lex fori*. Et si cette loi ne permet toujours pas d'obtenir des aliments, on applique la loi nationale commune des deux parties. L'objectif évident est de ne pas laisser le créancier sans subsides. Voy. la résolution sur l'application du droit public étranger de l'Institut de droit international qui prévoit que le caractère public attribué à une disposition de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois, ne devrait pas empêcher l'application de cette disposition ni limiter son application à la protection des intérêts privés (dans *AIDI*, vol. 56, 1975, p. 550-553). De même, une résolution adoptée en 1988 lors de la 63e Conférence de l'International Law à Varsovie, prévoit aux pages 29-30 que le développement juridique, social, économique et politique des États permet l'adoption d'une présomption générale en droit international privé dans le sens que les lois publiques étrangères ne devrait avoir un traitement spécial (en matière de reconnaissance et l'exécution des lois d'expropriation étrangère). Ces deux actes sont allé trop loin si et dans la mesure où elles proposent que le droit public étranger doit être traité à tous égards de la même manière et être soumis aux mêmes règles de conflit que de loi privé étrangère.

[553] L'art. 4. 3 du Règlement Rome I prévoit que la loi normalement applicable au contrat, à défaut de choix par les parties, peut être écartée « s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ». L'art. 4. 3 du Règlement Rome II du 11 juillet 2007 comporte, à son tour, une disposition similaire qui renvoie aux liens les plus étroits. Pour limiter le jeu de ces dispositions il est prévu que le lien doit être manifestement plus étroit.

aux intérêts de leurs voisins[554]. Les États ont également réalisé qu'il est parfois nécessaire d'appliquer les dispositions étrangères de droit public, lorsque les effets *de facto* des règles étrangères de droit public ne peuvent pas être ignorés si et dans la mesure où ces effets sont pertinents conformément à la loi régissant les relations de droit privé affectées. Par exemple, dans la mesure où les règles de conflit du for utilisent la citoyenneté comme un facteur de rattachement pour les personnes physiques, les lois étrangères sur la citoyenneté doivent être appliquées. De même, seulement de droit public administratif étranger peut, par exemple, indiquer si une autorité publique étrangère a été correctement représentée lors de la conclusion d'un contrat et il faut, dès lors, tenir compte du droit public étranger dans de telles situations afin de rendre une solution raisonnable pour un litige de droit privé.

[554] C.M.V. CLARKSON, J. HILL, *The Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 490 ; A.V.M. STRUYCKEN, *Rec. cours La Haye*, vol. 311, 2004, p. 421.

CONCLUSION DE CHAPITRE

362. Il existe une interdépendance entre les idées fondamentales qui accompagnent le processus d'application de la loi étrangère et les aspects adventices, subsidiaires, qui influencent indirectement le processus d'application de la loi étrangère. Le terme « adventice » n'a ainsi pas été choisi pour affirmer une importance moindre de ces aspects mais pour indiquer la non appartenance au processus *stricto sensu* de l'application de la loi étrangère, malgré leur évidente influence sur celui-ci. Le processus d'application de la loi étrangère et les aspects adventices forment donc un tout interdépendant.

363. Il fallait donc observer quels étaient les aspects adventices qui pouvaient influencer l'application de la loi étrangère. Ayant ainsi observé l'intégralité des implications que ce processus entraine dans le système juridique du for, deux aspects semblent l'influencer davantage, à savoir, le traitement de la loi étrangère en rapport avec la *lex fori* traduit dans le quasi principe d'égalité de traitement de la *lex fori* et la loi étrangère, ainsi que les imperfections de la méthode conflictuelle révélées à travers les critiques formulées dans la doctrine de droit international privé.

364. De quelle manière ces aspects adventices influencent-ils l'application de la loi étrangère ? D'un côté, concernant le traitement par le système juridique du for de la loi étrangère en rapport avec la *lex fori*, l'on s'est interrogé sur l'existence d'un principe fondamental d'égalité de traitement. Si un tel principe existait il obligerait le système juridique du for à traiter d'une manière ressemblante les deux lois, la *lex fori* et la loi étrangère, lors de la résolution d'un problème juridique de droit international privé. Pour expliquer l'existence d'une obligation de traiter égalitairement la loi étrangère et la *lex fori*, la prise en compte des particularités du droit international public semble nécessaire. En effet, le droit international public permet de lier un État à travers une obligation internationale par rapport à la communauté internationale. Un État peut-il, de ce fait, être lié par une obligation internationale de traiter de la même façon les deux lois ? Pour répondre à cette question nous avons démontré que vu qu'il n'existe pas une obligation d'appliquer la loi étrangère du fait de la faible influence du droit international public en la matière du droit international privé, il ne peut pas exister, par conséquent, une obligation de la traiter de la même façon que la *lex fori*. L'absence d'une obligation internationale d'appliquer la loi étrangère entraîne, donc, l'absence d'obligation de la traiter de la même façon que la *lex fori* car dans ce cas chaque système juridique prend la liberté de décider de l'importance à accorder à cette application en fonction de ses intérêts économiques ou sécuritaires des rapports juridiques privés avec élément d'extranéité. Cela se vérifie d'ailleurs en pratique car la *lex fori* jouit d'une

supériorité de fait sur la loi étrangère, étant plus fréquemment appliquée. L'étude jurisprudentielle du début du XXe siècle menée par J. Donnedieu de Vabres montrait ainsi l'existence des « réactions d'exception en faveur de la *lex fori* » face à l'application de la loi étrangère. Cette situation a évolué et l'étude de la fin du XXe siècle réalisée par M.-L. Niboyet et L. Sinopoli ainsi que l'analyse ponctuelle des arrêts rendus par la Cour de cassation, démontrent une volonté favorisant l'application de la loi étrangère. En outre, le régime de l'application de la loi étrangère ne fait pas, pour l'instant, l'objet d'un Règlement O dans le cadre du droit de l'Union européenne, et il semble très difficile d'avoir des informations détaillées sur la manière dont les États membres traitent la loi étrangère en rapport avec leur propre loi lors de la saisie d'une autorité nationale concernant un problème juridique de droit international privé. Cependant, un phénomène de préférence de l'application de la loi étrangère d'un autre État membre a été observé[555]. En effet, les États membres de l'Union européenne appliquent avec plus de facilité la loi étrangère d'un autre État membre que celle d'un État tiers pour des raisons de proximité, facilité d'accès à l'information sur le contenu de la loi étrangère, le Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale représentant une aide précieuse en la matière.

365. Il persiste, malgré tout, une inégalité *de facto* entre les deux lois, étatique et étrangère, mais qui ne peut pas être appuyée par des chiffres exacts à cause d'un manque de statistiques en ce sens car les ressources budgétaires restent insuffisantes. L'on peut, dès lors, affirmer que l'égalité de traitement entre la *lex fori* et la loi étrangère, représente seulement un objectif du droit international privé nécessaire pour la réalisation d'une justice qui prend en compte tous les systèmes juridiques pertinents.

366. D'un autre côté, les critiqués formulées par rapport à la méthode conflictuelle représentent également des aspects adventices du processus d'application de la loi étrangère. En effet, l'on critique bien souvent la complexité excessive, l'incertitude, l'imprévisibilité, l'excès, l'insuffisance d'internationalisme de cette méthode. Cependant deux critiques de la méthode conflictuelle affectent en particulier l'application de la loi étrangère, à savoir, l'impossibilité de la règle de conflit de rattacher le rapport juridique à plusieurs systèmes juridiques et la méconnaissance des lois étrangères de droit public.

367. Traditionnellement, la règle de conflit rattache le rapport juridique à un seul système juridique, ignorant ainsi certaines lois qui, appartenant à des ordres tiers, présentent des liens bien plus étroits que la *lex fori* par rapport au problème juridique de droit international privé. Or, si la

[555] Voy. l'Avis de l'Institut suisse de dr comparé, n° 09-184, préc., 108 p.

loi désignée par la règle de conflit ne s'applique pas pour n'importe quelle raison, c'est la *lex fori* qui sera appliquée pour éviter un déni de justice, en raison de sa vocation subsidiaire. On ignore donc des solutions plus appropriées que celle de la *lex fori*. Cette situation se retrouve également dans les cas où, par exemple, la règle de conflit retient un critère purement fortuit, ne prend pas en compte les lois de police étrangères n'appartenant pas à la *lex causae* ou méconnaît les lois étrangères de droit public.

368. Des solutions à ces problèmes peuvent être envisagées dans la généralisation de l'adoption des règles bilatérales alternatives à finalité matérielle ou qui retiennent un critère de rattachement plus souple en application du principe de proximité. De même, les États doivent également réaliser qu'il est parfois nécessaire d'appliquer les dispositions étrangères de droit public, comme dans le cas des problèmes juridiques impliquant des questions de citoyenneté ou de droit administratif ou fiscal étranger. Il est donc nécessaire d'adapter la méthode conflictuelle avant qu'elle ne disparaisse sous la pression exercée par l'efficacité des autres méthodes qui la concurrencent comme, par exemple, l'application unilatérale de certaines règles juridiques, l'utilisation des lois de police, du principe de l'autonomie de la volonté, des règles matérielles du commerce international ou de la méthode de la reconnaissance.

369. L'application de la loi étrangère est une exception dans le cadre des diverses matières juridiques qui est influencée d'une manière directe par des aspects fondamentaux ainsi que d'une manière indirecte par des aspects adventices. Quels sont concrètement ces aspects fondamentaux et adventices qui influencent l'application de la loi étrangère ?

370. D'un côté, les aspects fondamentaux qui influencent l'application de la loi étrangère tiennent de la spécificité du droit international privé et surtout de la façon dont le terme « international » est employé ici ainsi qu'aux intérêts et à la mise en œuvre d'une telle application. L'application de la loi étrangère est ainsi la conséquence de l'internationalité spécifique du droit international privé et dépend de la volonté du système juridique du for. L'internationalité spécifique du droit international privé se traduit par le fait que ce droit peut régir des rapports privés internationaux tout en étant un droit étatique. Mais même étatique, le droit international privé impose au système juridique du for l'application de la loi étrangère car ce système ne peut pas se permettre de s'isoler juridiquement et d'appliquer la *lex fori* dans tous les cas. La volonté du système juridique du for est cependant décisive pour l'application de la loi étrangère car chaque système juridique a la liberté de décider quelle sera la loi la mieux adaptée pour régir une situation de droit international privé. En ce sens les nombreuses théories existantes démontrent la diversité des attitudes que les systèmes juridiques nationaux peuvent avoir envers le choix de la loi la mieux adaptée comme, par exemple, le principe du rattachement étroit traduit dans le principe de proximité, les principes de souveraineté et de l'autonomie de la volonté ou la doctrine des l'intérêts étatiques.

371. D'un autre côté, les aspects adventice concernent les interrogations sur l'importance à accorder à l'application de la loi étrangère par rapport à celle de la *lex fori,* dans un litige de droit international privé, ainsi que les critiques formulées à l'encontre de la méthode conflictuelle et qui risquent de perturber le processus de ce type d'application.

372. L'importance à accorder à l'application de la loi étrangère implique la question de l'existence d'un principe fondamental d'égalité de traitement de celle-ci en rapport avec la *lex fori*. Mais un tel principe n'existe pas et cela découle de l'absence d'obligation internationale d'appliquer une loi étrangère. Donc chaque système juridique a la liberté de décider de l'importance à accorder à cette application, en fonction de ses intérêts économiques et sécuritaires des rapports juridiques privés de droit international privé. La pratique confirme cette affirmation car la *lex fori* est plus fréquemment appliquée que la loi étrangère malgré une tendance évidente

de la Cour de cassation vers une application élargie de la loi étrangère. Il existe, malgré tout, encore un décalage entre les solutions de la pratique des juges de fond et de la Cour de cassation, mais la réponse imposerait une recherche dans les décisions rendues par les juges du fond qui ne peut être menée faute de base de données suffisamment complète. L'égalité de traitement entre la *lex fori* et la loi étrangère est donc seulement un objectif du droit international privé, une nécessité pour la réalisation d'une justice qui tienne compte de la spécificité des rapports juridiques de droit international privé.

373. De même, deux critiques de la méthode conflictuelle semblent affecter en particulier l'application de la loi étrangère : l'impossibilité de la règle de conflit de rattacher le rapport juridique à plusieurs systèmes juridiques et la méconnaissance des lois étrangères de droit public. Etant donné que, traditionnellement, la règle de conflit ne peut désigner qu'une seule loi compétente, cela entraîne une ignorance de certaines lois appartenant à des ordres tiers et qui, si la loi désignée n'est pas appliquée, seraient plus appropriées que la *lex fori* en l'espèce. La rigidité de la règle de conflit est également révélée lorsque celle-ci retient un critère purement fortuit, ne prend pas en compte les lois de police étrangères n'appartenant pas à la *lex causae* ou méconnait les lois étrangères de droit public. Il faut, dès lors, envisager d'élargir l'utilisation des règles bilatérales alternatives à finalité matérielle ou qui retiennent un critère de rattachement plus souple en application du principe de proximité ainsi qu'à appliquer les dispositions étrangères de droit public, lorsque les effets *de facto* de ces règles sont pertinents aux yeux de la loi désignée par la règle de conflit dans le cas des problèmes juridiques impliquant des questions de citoyenneté, de droit administratif ou fiscal étranger.

374. Il ne faut pas, en outre, oublier l'importance que le droit de l'Union européenne peut présenter en droit international privé et, implicitement, en matière d'application de la loi étrangère. En effet, à travers l'effet direct et le principe de primauté de ses règles, le droit de l'Union européenne s'applique automatiquement dans les droits nationaux des États membres de l'Union européenne. De ce fait, un processus d'uniformisation du droit international privé a été déclenché niveau européen. L'uniformisation est pourtant inachevée car il reste des règles de conflit de droit international privé qui n'ont pas été harmonisées et, d'un autre côté, le régime juridique de l'application de la loi étrangère reste différent dans les États membres.

375. Quelle est la conséquence de cette situation ? Vérifier, par exemple, s'il existe une égalité de traitement dans l'Union européenne de la loi étrangère par rapport à la *lex fori* représente une tâche difficile car en Europe, sauf aux Pays Bas, il n'existe pas des données statistiques complètes

concernant le régime d'application de la loi étrangère. Cependant, on peut observer que les États membres de l'Union européenne appliquent avec plus de facilité la loi étrangère d'un autre État membre que celle d'un État tiers, les raisons tenant à la facilité d'accès à l'information sur le contenu de la loi étrangère. Malgré ce comportement encourageant, il faut pallier l'insécurité juridique issue de l'uniformisation inachevée. Cela contredit, en effet, les objectifs de l'Union européenne car le risque de *forum shopping* est évident. On peut, en effet, envisager des situations dans lesquelles les parties choisissent la compétence juridictionnelle d'un État membre seulement en raison d'une loi désignée par sa règle de conflit qui leur assurerait des droits plus favorables.

376. De même, si l'on a conclu que c'est toujours dans l'intérêt du for d'appliquer une loi étrangère, l'avènement du droit international privé européen pourrait, en revanche, changer la discussion. Une question se posera ainsi forcement lors du processus d'uniformisation du régime de l'application de la loi étrangère, à savoir, dans quel intérêt un État membre applique-t-il une loi étrangère à travers l'application des règles de conflit européennes harmonisées : dans son intérêt ou dans celui de l'Union européenne ? Il est également possible d'aller plus loin et de se demander comment l'Union européenne compte résoudre la situation dans laquelle un État membre ne partage pas le même intérêts qu'e ceux de l'Union d'appliquer une loi étrangère dans un cas particulier.

377. Les raisonnements qui soutiennent la volonté du système juridique du for d'adopter ou non un comportement favorisant l'application d'une loi autre que celle de la *lex fori* sont traduits ainsi dans les principes génériques de l'application de la loi étrangère à l'analyse desquels ce premier titre a été dédié. Cependant, il ne suffit pas d'indiquer les principes génériques mettant en place les fondements d'un raisonnement permettant ou pas d'appliquer la loi étrangère. Il faut également prévoir les implications concrètes, dans le système juridique du for, d'une telle application, à travers les principes circonstantiés de l'application de la loi étrangère.

TITRE II

LES PRINCIPES CIRCONSTANCIES DE L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

378. Les implications concrètes de l'application de la loi étrangère ne peuvent être analysées qu'en prenant en compte tous les détails du mécanisme d'application, depuis son démarrage jusqu'à la décision rendue et contenant la solution proposée, dans le cas d'espèce, par l'autorité judiciaire du for. C'est pour cela que le choix même du terme « circonstanciés », qui accompagne celui de « principes », n'est pas anodin car il indique ce qui est exposé dans tous ses détails, dans toutes ses circonstances[556]. Les principes circonstanciés de l'application de la loi étrangère répondent ainsi à l'exigence de révéler la logique derrière la mise en œuvre du mécanisme d'application d'une loi étrangère au système juridique du for.

379. Quelles sont donc les implications concrètes, dans le système juridique du for, de l'application de la loi étrangère ? Comment l'autorité judiciaire du for, appelée à résoudre un problème juridique de droit international privé, arrive-t-elle à appliquer une loi étrangère et comment doit-elle s'y prendre ? Pour répondre à ces questions il faut observer que deux axes doivent être pris en compte. Ainsi, l'autorité de la règle de conflit représente le premier axe auquel une importance capitale doit être accordée car les règles le concernant se répercutent sur le sort ultérieur de l'application de la loi étrangère. L'intelligibilité de la loi étrangère représentera le deuxième axe de notre analyse car il ne suffit pas d'appliquer une loi étrangère : il faut également l'appliquer conformément à son esprit, à sa raison d'être. Cependant, connaître l'esprit d'une loi étrangère n'est pas chose facile car la logique du législateur national ne s'applique pas forcement à la logique d'un législateur étranger. C'est pour cela qu'il est nécessaire de comprendre et interpréter le contenu de la loi étrangère conformément à son esprit après avoir eu accès aux informations sur celui-ci.

380. Les principes circonstanciés de l'application de la loi étrangère seront, ainsi révélés par rapport à l'autorité de la règle de conflit, qui conditionne le contentieux de la loi étrangère, c'est-à-dire sa mise en œuvre devant un juge à l'occasion d'un litige (Chapitre 1), et à l'intelligibilité de la loi étrangère devant l'autorité judiciaire du for saisie d'un problème juridique de droit international privé (Chapitre 2).

[556] http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/circonstancié_circonstanciée/16139.

CHAPITRE 1

L'AUTORITE DE LA REGLE DE CONFLIT

381. Le principe *da mihi factum, dabo tibi jus* impose au juge d'appliquer d'office, en droit interne, les règles de droit qui relèvent de son ordre juridique. Ce principe s'applique-t-il en droit international privé ? Après tout, si le juge trouve dans son ordre juridique les dispositions matérielles lui permettant de résoudre le litige de droit international privé, est-il vraiment nécessaire de soulever d'office l'application de la règle de conflit qui désignerait une loi étrangère ?

382. En droit international privé, sauf pour le cas de l'application des lois de police étrangères, l'application de la loi étrangère demande, traditionnellement, comme condition préalable, la mise en œuvre de la règle de conflit. L'application de la loi étrangère dépend donc directement du statut procédural[557] de la règle de conflit du for, c'est-à-dire, de son autorité devant le juge du for. Or, l'autorité de la règle de conflit devant le juge du for français n'est pas constante. En effet, d'un côté, son application est soumise à l'invocation par les parties, le règlement du conflit de lois présentant ainsi un caractère facultatif connu dans la doctrine comme le *principe facultatif* de l'application de règle de conflit ou *the facultatif choice of law*, dans le droit de la *Common law*[558]. D'un autre côté, l'on peut également constater une tendance croissante à admettre la force obligatoire de la règle de conflit dans des hypothèses déterminées, imposant ainsi l'office du juge, donc une exception impérative par rapport au principe facultatif. Il existe donc une inconstance de l'autorité de la règle de conflit devant le juge du for français qui est le résultat des hésitations jurisprudentielles, en « dents de scie »[559], concernant l'autorité à reconnaître idéalement à ce type de règle et rapportées aux considérations pragmatiques d'économie procédurale[560]. Ces considérations d'économie procédurale se traduisent, par exemple, dans le choix de la Cour de cassation d'utiliser comme fondement pour l'application de la loi étrangère, l'article 3 du Code civil[561] à la place de l'article 12 du code de procédure civile[562]. De même, la transposition, aux

[557] Le statut procédural est l'ensemble de principes et de normes de procédure qui déterminent la condition et le régime juridique de la règle de conflit dans un système de droit.
[558] Th. M. DE BOER, *Rec. cours La Haye*, vol. 257, 1996, p. 230.
[559] Formule initialement employée par P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, « Intervention », *in Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1948-1952, p. 35.
[560] Voy. *supra* n° 7.
[561] Notamment depuis la censure prononcée au visa de ce texte par la décision Cass., 1re civ., 26 mai 1999, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1999, p. 708, 2e esp. ; voy., pour un exemple plus récent, Cass., 1re civ., 28 juin 2005, *Aubin*, préc. et Cass., com., 28 juin 2005, *Sté Itraco*, préc..

contentieux internationaux, des principes directeurs du procès interne – comme, par exemple, le principe de la contradiction qui s'impose au juge dès lors qu'il prend l'initiative de soulever le conflit de lois, de déterminer la règle de conflit applicable ou d'établir personnellement le contenu de la loi étrangère – représente également un raisonnement d'économie procédurale. Enfin, le statut des éléments de fait dont dépend l'applicabilité de la loi étrangère bénéficie d'un statut dérogatoire, par rapport au régime de droit processuel commun issu de l'article 12 du code de procédure civile[563], ce qui, encore une fois, entre dans la catégorie des considérations d'économie procédurale.

383. En somme, les hésitations portent concrètement sur l'existence ou non d'une obligation pour le juge d'appliquer la règle de conflit de lois, ainsi que sur la possibilité pour les parties de s'entendre pour empêcher une telle initiative judiciaire, ou sur la réaction face au silence des parties quant à l'existence d'un conflit de lois. Tous ces aspects concernent la même situation générale dans laquelle les parties, ignorant délibérément ou non l'applicabilité d'une loi étrangère, placent le débat sous l'emprise de la loi du for. Que cette situation soit créée délibérément ou non, il faut s'interroger sur son caractère acceptable et les limites qui demandent l'office du juge. Il faut, de ce fait, analyser, dans un premier temps, la règle du principe facultatif de l'application de la règle de conflit (Section 1), pour ensuite déterminer l'exception de l'application impérative de la règle de conflit (Section 2).

---

[562] Voy H. MUIR WATT, « Les péripéties internationales de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile 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*, 2001, Dalloz, p. 235 et s.

[563] L'étendue précise des modifications apportées à ce dernier a été au cœur des incertitudes prétoriennes, voy., plus généralement, sur la question de savoir si les textes du Code de procédure civile définissant l'office du juge sont applicables en matière internationale, Y. LEQUETTE, « L'abandon de la jurisprudence *Bisbal* (à propos des arrêts de la première chambre civile des 11 et 18 oct. 1988) », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, p. 298 ; D. BUREAU, « L'application d'office de la loi étrangère. Essai de synthèse », *JDI* 1990, p. 317, spéc. p. 342; « L'accord procédural à l'épreuve », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996, p. 587, spéc. p. 598 et s.

SECTION 1. LE PRINCIPE DE L'APPLICATION FACULTATIVE DE LA REGLE DE CONFLIT

384. En droit français, c'est le critère de la disponibilité des droits qui impose le principe facultatif de l'application de la règle de conflit. En effet, ce principe prévoit que lorsque les parties ont la libre disposition de leurs droits, l'application de cette règle n'est pas obligatoire. Dans ce cas la *lex fori* a une vocation de principe à s'appliquer[564], la loi étrangère désignée par la règle de conflit ne s'appliquant qu'en fonction de l'activité procédurale des parties[565] ou, plus rarement, à l'initiative du juge[566].

385. Dans le domaine des droits disponibles, la volonté des parties joue ainsi un rôle déterminant par rapport à l'application de la règle de conflit qui désignera, par la suite, la compétence de la loi à régir le rapport juridique de droit international privé[567], qu'elle soit étrangère ou nationale. Accorder ce degré d'importance à la volonté des partie n'est pas une chose exceptionnelle, celle-ci étant également prise en considération dans d'autres systèmes de droit, comme c'est le cas du système de la *Common law*. Si, comme dans le système juridique français, l'applicabilité de la loi étrangère est ordonnée par la règle de conflit du for[568], les deux principes qui accompagnent son statut procédural, le principe de *voluntary pleading*[569] et celui de *party choice,* expriment des différences notables. Ainsi, le principe de *voluntary pleading* implique l'introduction volontaire de la loi étrangère dans le débat. Comme la question de l'autorité de cette règle ne se pose qu'à l'égard des parties, lorsque la règle de conflit a un caractère impératif, elle impose aux parties, tout en l'interdisant au juge, l'obligation d'introduire la loi étrangère applicable dans le débat et d'en rechercher la teneur[570]. L'assimilation de la loi étrangère à un fait enlève ainsi toute possibilité d'intervention judiciaire dans le processus conflictuel. Le juge ne soulèvera donc pas la question de la loi applicable de son propre chef, si cette dernière n'a pas été

---

[564] B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, t. 272, LGDG, Paris, 1996, p. 27-191 ; du même auteur: « Le juge français et le droit étranger », *D.*, 2000, n° 8 ; H. MUIR WATT, « Loi étrangère », *Rép. intern. D.* 2009 (actualisation 2014), p. 52-58 ; sur la libre disponibilité des droits dans la perspective comparée : S. GEEROMS, *Foreign Law in Civil Litigation : A Comparative and Functional Analysis*, Oxford University, Oxford, 2004, p. 248-282 ; T. HARTLEY, *Rec. cours La Haye*, vol. 319, 2006, p. 278-282 ; Th. M. DE BOER, *Rec. cours La Haye*, vol. 257, 1996, p. 255-270 et p. 408-410.

[565] Cass., 1re civ., 3 juin 2003, n° pourvoi 00-21984: *JDI* 2004, p. 520, note F. MELIN.

[566] Cass., 1re civ., 5 octobre 1994, *Demart,* n° pourvoi 92-11621: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1995, p. 61, note D. BUREAU ; Cass., 1re civ., 27 janv. 1998, n° pourvoi 96-11603 : *JCP* 1998. II. 10098, note MUIR WATT.

[567] M. JORGE, « La loi étrangère devant le juge du fond : office du juge et substitution », *PA*, 26 juillet 2000, n° 148.

[568] A. LAYTON, H. MERCER, *European Civil Practice*, 2e éd., vol. l, Londre, Sweet & Maxwell, 2004, p. 8.002.

[569] Grâce au principe de *voluntary pleading*, le processus de la résolution du conflit de lois est désormais considéré comme une question de procédure, régie exclusivement par le droit procédural interne. De ce fait, le principe de règles de conflit facultatives n'est jamais affecté par les instruments internationaux d'harmonisation des règles de droit international privé.

[570] R. FENTIMAN, *Foreign Law in English Courts: Pleading Proof and Choice of Law*, éd. Oxford University, Oxford, 1998, p. 61 et s.

invoquée par une des parties[571]. A l'inverse, le principe de *party choice* exprime la liberté des parties de ne pas être liées par les directives de la règle de conflit. Ainsi, les indications du rattachement ne s'imposent pas aux parties, celles-ci pouvant toujours opter pour la loi du for, ou même pour une loi non désignée[572]. On peut donc observer les différents degrés de l'importance que les modèles juridiques accordent à la volonté des parties dans le contentieux de la loi étrangère.

386. En quoi consiste concrètement le rôle actif des parties dans l'introduction dans le débat de la loi étrangère ? Jouissent-elles d'une liberté absolue dans ce sens ou le juge peut-il également intervenir ? En effet, le fait d'avoir prévu un rôle actif aux parties qui connaissent, la plupart du temps, le contenu de la loi étrangère indiquée par la règle de conflit est, en soi, une initiative louable. Cependant, il faut se poser la question du risque de leur accorder trop de liberté en ce sens, en sachant qu'il existe toujours la possibilité qu'elles ne soient pas au courant de la possibilité de l'application d'une autre loi que la *lex fori*. C'est pour cela que, dans certains cas, le juge peut également prendre l'initiative et indiquer la présence d'un élément d'extranéité afin d'assurer la conscience des litigants de l'internationalité du litige et pour relancer le débat sur l'applicabilité éventuelle du droit étranger. Il s'agit donc d'analyser l'application de la règle de conflit à l'initiative des parties (§1), ainsi qu'à l'initiative du juge (§2).

§ 1. L'APPLICATION DE LA REGLE DE CONFLIT A L'INITIATIVE DES PARTIES

387. Lorsque le problème juridique soumis au juge du for implique des droit disponibles, le caractère facultatif de l'application de la règle de conflit présente l'utilité d'adoucir le côté rigide de la désignation opérée par la règle de conflit. Les parties peuvent ainsi choisir de soumettre le litige à la *lex fori* pour éviter l'application de la loi étrangère et ses implications.

388. Pourquoi un tel choix ? En général, la position des parties au litige international est plutôt précaire si l'on prend en compte la tâche onéreuse que constitue la recherche du contenu de la loi étrangère applicable et la possibilité réduite de recours en cas de mauvaise application de celle-ci. Eu égard à cette « infériorité procédurale » des parties au litige de droit international privé, il semblerait bien pratique de subordonner l'application des règles de conflit à la demande expresse

[571] *Aluminium Industrie Vaassen BV c/ Romalpa Aluminium*,1976, 1WLR 676 ; voy. aussi : C.M.V. CLARKSON, J. HILL, *Jaffey on the Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 10.

[572] Cette idée est si profondément enracinée dans ce système juridique qu'elle suscite peu de débats, voy. S. GEEROMS, *Foreign Law in Civil Litigation…*, *op. cit.*, p. 284 ; T. HARTLEY, « Pleading and Proof of Foreign Law… », *loc. cit.*, p. 282 et s.

des parties[573]. Cependant, accorder trop de liberté aux parties d'invoquer la règle de conflit, c'est risquer de les priver de leurs droits car il existe toujours la possibilité qu'elles ne soient pas au courant de la possibilité de l'application d'une autre loi que celle de la *lex fori*. C'est un dilemme auquel le système juridique français n'a pas échappé et qui se révèle à travers l'évolution des solutions prévues quant à la liberté à accorder aux parties afin d'invoquer la règle de conflit. L'évolution jurisprudentielle traduit ainsi des hésitations entre accorder plus d'importance à la liberté des parties d'invoquer la règle de conflit et les priver intégralement de cette liberté.

389. Pourquoi avoir donc choisi d'accorder plus d'importance, à un certain moment plutôt qu'à un autre, à la liberté des parties d'invoquer la règle de conflit ? Et quelles ont été les implications de cette évolution jurisprudentielle sur le rôle des parties dans le litige de droit international privé ? Pour répondre à ces questions il faut analyser l'évolution des solutions jurisprudentielles (A) ainsi que leurs implications sur le rôle des parties (B).

A. L'EVOLUTION DES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES

390. Accorder une liberté totale aux parties à un litige de droit international privé d'invoquer la règle de conflit, c'est les exposer aux conséquences de leur manque d'information sur leurs droits. En même temps, priver les parties de cette liberté c'est les obliger à supporter les inconvénients de l'éventuelle application de la loi étrangère désignée comme applicable par la règle de conflit du for. C'est un dilemme auquel a été confrontée la jurisprudence de droit international privé et qui se reflète à travers les solutions concernant à la liberté des parties d'invoquer la règle de conflit. On observe, ainsi, des solutions anciennes caractérisées par des attitudes extrêmes concernant la liberté à accorder aux parties pour invoquer la règle de conflit et reflétées par les arrêts de la Cour de cassation *Bisbal*[574], *Rebouh*[575] et *Shule*[576]. La solution actuelle, posée par l'arrêt de la Cour de cassation *Mutuelle du Mans*[577], est en revanche modérée quant à la liberté des parties d'invoquer la règle de conflit.

---

[573] F. VISCHER, *Rec. cours La Haye*, vol. 232, 1992, p. 88 et s. ; Th.M. DE BOER, *Rec. cours La Haye*, vol. 257, 1996, p. 240.

[574] Cass., 1re civ., 12 mai 1959, *Bisbal* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 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.

[575] Cass., 1re civ., 11 oct. 1988, *Rebouh: Rev. crit. dr. internat. privé* 1989. 368 et chron. Y. LEQUETTE, p. 277 ; *JDI* 1989, p. 349, note D. ALEXANDRE et chron. D. BUREAU , 1990, p. 317 ; *Defrénois* 1989, p. 310, obs. J. MASSIP ; *GAJDIP*, n° 74.

[576] Cass., 1re civ., 18 oct., 1988, *Shule: Rev. crit. dr. internat. privé* 1989. 368 et chron. Y. LEQUETTE, p. 277 ; *JDI* 1989, p. 349, note D. ALEXANDRE et chron. D. BUREAU, 1990, p. 317 ; *JCP* 1989. II. 21259.

[577] Cass., 1re civ., 26 mai 1999, *Mutuelle du Mans: Rev. crit. dr. internat. privé* 1999, p. 707, 1re esp., note H. MUIR WATT ; *Gaz. Pal.* 2000, n° 61 et 62, p. 39, obs. M.-L. NIBOYET-HOEGY ; *GAJDIP*, n° 77.

391. Les solutions anciennes extrêmes quant à la liberté des parties d'invoquer l'application de la règle de conflit (1) s'opposent donc à la solution actuelle modérée quant à cette liberté des parties (2).

1. LES SOLUTIONS ANCIENNES EXTREMES QUANT A LA LIBERTE DES PARTIES D'INVOQUER LA REGLE DE CONFLIT

392. L'arrêt *Bisbal* a longtemps influencé la jurisprudence française[578] en imposant le caractère facultatif de la règle de conflit dès lors que celle-ci désignait une loi étrangère : « 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 ». Dans le silence des parties, le juge du fond n'avait, donc, pas l'obligation d'appliquer d'office la règle de conflit de lois, principe appelé du caractère facultatif de la règle de conflit qui constituait, en réalité, une synthèse de la jurisprudence antérieure soutenue par le doyen H. BATIFFOL[579]. En revanche, lorsqu'une des parties, au moins, invoquait la compétence de la loi étrangère, le juge devait (et doit toujours) en faire application, au risque de voir sa décision cassée pour violation de la règle de conflit[580].

393. Quels seraient les avantages d'une telle attitude, au delà de l'allègement de l'office du juge du for ? En effet, si l'application de la règle de conflit est impérative, plusieurs conséquences s'imposent. Le juge saisi est ainsi obligé de connaître ou de s'informer lui-même sur la teneur de la loi étrangère applicable et, en cas d'erreur sur l'état ou le sens de cette loi, sa décision sera exposée à la censure de la Cour de cassation. Or, cela entraîne des coûts pour le ministère de la justice, au delà du temps plus long nécessaire pour la résolution du litige. Vu que les intérêts du for n'étaient pas suffisamment impliqués pour justifier l'impérativité du conflit de lois à l'égard du juge du fond, le juge pouvait ignorer l'élément d'extranéité figurant dans le dossier dès lors qu'il n'était pas expressément invoqué. Les juges du fond pouvaient-ils appliquer d'office la règle de conflit lorsqu'ils en avaient connaissance mais que les parties s'étaient tues sur ce point ? Dès le

---

[578] Cass., 1re civ., 12 mai 1959, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1960. 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; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GAJDIP*, n° 32.

[579] H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 1re éd., LGDJ, 1949, n° 336, p. 357 ; sur l'influence de l'auteur quant à l'élaboration de ce principe jurisprudentiel, voy. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, PUF, 1re éd. 2007, n° 375, p. 370 et 371.

[580] Cass., 1re civ., 30 sept. 2003 : *JDI* 2005, p. 124, 2e esp., note LEGIER.

2 mars 1960, la Cour de cassation devait préciser dans un arrêt *CACB* (*Compagnie algérienne du crédit et de banque*) qu'il était toujours « loisible (aux juges du fond) de procéder (eux-mêmes) à la recherche (de la loi applicable selon la règle de conflit) et de préciser les dispositions » de la loi étrangère compétente[581]. Ainsi, sans y être obligé, le juge pouvait toujours relever d'office le conflit de lois.

394. Le principe facultatif a, par la suite, été renforcé par la règle[582] selon laquelle « le moyen pris de la compétence de (la loi étrangère) comme de son contenu différent de celui de la loi française, présenté pour la première fois devant la Cour de cassation, est mélangé de fait et de droit et partant irrecevable »[583]. Cependant, le principe facultatif de la règle de conflit se conciliait mal avec la possibilité reconnue aux juges du fond de relever d'office la fraude à la loi étrangère[584], favorisait le *forum shopping* entre les juridictions françaises et pouvait difficilement être justifié au regard de l'article 12 du Code de procédure civile qui indiquait que « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »[585]. C'est pour cela que la Cour de cassation a opéré un revirement à travers l'arrêt *Rebouh*[586] du 11 octobre 1988, qui tranchait un litige de nature personnelle, et l'arrêt *Schule* du 18 octobre 1988, relatif à une succession mobilière – matière dans laquelle les droits des parties deviennent disponibles après ouverture de la succession, ce qui permet à l'héritier réservataire de renoncer à son droit[587]. En suivant la pensée de H. Motulsky pour qui le juge était obligé d'appliquer la règle de conflit pour la simple raison

---

[581] Cass., 1re civ., 2 mars 1960: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1960. 97, note H. BATIFFOL ; *JDI* 1961, p. 408, note B. GOLDMAN ; *JCP* G 1960. II. 11734, note H MOTULSKY ; *GAJDIP*, n° 33.

[582] Abandonnée aujourd'hui en cas de droits indisponibles, voy. Cass., 1re civ., 20 juin 2006 : *Bull. civ.* 2006, I, n° 316, bien qu'en première comme en seconde instance l'époux eût, en toute connaissance de cause, fondé son action en divorce sur la loi française, la Cour décida que son moyen invoquant pour la première fois la compétence de la loi marocaine, était « recevable comme étant de pur droit ». ; *adde.* Cass., 1re civ., 20 févr. 2007, n° 06-16.059 : *JurisData* n° 2007-037570 ; Cass., 1re civ., 10 mai 2007, n° 05-16.569 : *JurisData* n° 2007-038825. ; Cass., 1re civ., 22 mai 2007, n° 06-15.551 : *JurisData* n° 2007-038983.

[583] Cass., 1re civ., 11 juill. 1961, *Bertoncini* : *JDI* 1963, p. 132, note B. GOLDMAN ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1962, p. 124, note H. BATIFFOL ; *GAJDIP*, n° 34.

[584] B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, n° 244 s. ; CA Paris, 18 juin 1964, *de Gunzburg*: *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1967, p. 340, note J. DEPREZ ; *JDI* 1964. 810, note BREDIN ; Cass., 1re civ., 11 juill. 1977, *Giroux* : *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1978, p. 149, note B. AUDIT ; Cass., 1re civ., 2 oct. 1984, *Favreau* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1986, p. 91, note M.-N. JOBARD-BACHELLIER ; *JDI* 1985, p. 495, note B. AUDIT .

[585] Le fait qu'en droit international privé le juge ne soit pas obligé de mettre en oeuvre la règle de conflit entrainait ainsi des interrogations sur la nature de la règle de conflit. Cela signifiait-il que la règle de conflit n'était pas une règle de droit, ou tout au moins une règle de droit comme les autres ? La règle de conflit se trouvait donc être « une règle dépourvue de sanction, une *lex imperfecta* ou encore facultative » quand bien même ses conditions d'application étaient réunies, voy. B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, n° 261.

[586] Cass., 1re civ., 11 oct. 1988, *Rebouh* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, p. 368 et *chron.* Y. LEQUETTE, p. 277 ; *JDI* 1989, p. 349, note D. ALEXANDRE et *chron.* D. BUREAU, 1990, p. 317 ; *Defrénois* 1989, p. 310, obs. J. MASSIP ; *GAJDIP* n° 74.

[587] Cass, 1re civ., 18 octobre 1988, *Shule* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, p. 368 et *chron.* Y. LEQUETTE, p. 277 ; *JDI* 1989, p. 349, note D. ALEXANDRE et chron. D. BUREAU, 1990, p. 317 ; *JCP* 1989. II. 21259.

que la règle de conflit est du droit[588], la Cour de cassation reprochait ainsi aux juges du fond de ne pas avoir recherché, « au besoin d'office », les suites auxquelles aurait abouti l'application de la loi étrangère à la demande. Donc, qu'il s'agisse de droits disponibles ou indisponibles, la règle de conflit était dorénavant obligatoire pour le juge, ce que confirmait le visa de l'article 12 alinéa 1 du Code de procédure civile. Cette solution n'allait, cependant, pas perdurer car, vu les critiques nombreuses, des atténuations semblaient nécessaires. C'est à l'occasion de l'arrêt *Coveco*[589] que la Cour de cassation a, en effet, apporté des modérations, ouvrant ainsi la voie de la solution finalement retenue en droit positif français à travers la solution de la jurisprudence *Mutuelle du Mans*.

2. La solution actuelle moderee quant a la liberte des parties d'invoquer la regle de conflit

395. Le droit positif français a, finalement, retenu une solution modérée à travers l'arrêt *Soc. Mutuelle du Mans,* rendu par la Cour de cassation le 26 mai 1999, dans lequel elle considérait que : « 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 »[590]. Cet arrêt confirmait ainsi que l'origine conventionnelle de la règle de conflit n'avait plus d'incidence sur l'office du juge, seule important la matière dont relève le litige.

396. L'origine conventionnelle de la règle de conflit avait été introduite comme exception au principe facultatif de la règle de conflit par l'arrêt *Coveco*[591]. Cet arrêt avait été adopté par la Cour de cassation à la suite des réserves exprimées par rapport à la rigidité de la solution de la jurisprudence *Rebouch – Schule* qui imposait aux juges de soulever le conflit de lois en tous les cas, même si l'application de la loi du for aurait abouti au même résultat que celle de la loi étrangère et même si la solution encourageait des manœuvres purement dilatoires. Dans l'arrêt *Coveco,* la Cour de cassation a ainsi considéré que « lorsque les parties n'ont pas invoqué d'autres lois que celles spécialement tirées du droit français en une matière qui n'est soumise à aucune convention

---

[588] Voy. H. MOTULSKY, « L'office du juge et la loi étrangère », *in Mélanges Maury*, t. I, p. 337 ; note sous l'arrêt *Bisbal* : *JCP* 1960. II. 11733. Il contestait ainsi cette jurisprudence selon laquelle la règle de conflit revêt un caractère d'ordre public lorsqu'elle désigne la loi française, mais devient facultative en cas de désignation d'une loi étrangère (sur cette distinction subtile mais incohérente et sa critique, voy. encore B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GAJDIP*, n° 32-34, § 9 et 10, p. 292 et 293).

[589] Cass., 1re civ., 4 déc. 1990, *Coveco* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1991, p. 558, note M.-L. NIBOYET-HOEGGY ; *JDI* 1991, p. 371, note D. BUREAU, *GAJDIP*, n° 76.

[590] *Rev. crit. dr. internat. privé* 1999, p. 707, 1re esp., note H. MUIR WATT ; *Gaz. Pal.* 2000, n° 61 et 62, p. 39, obs. M.-L. NIBOYET-HOEGY ; *GAJDIP* n° 77.

[591] Cass., 1re civ., 4 décembre 1990, *Coveco*, préc.

internationale[592] et où elles ont la libre disposition de leurs droits, il ne saurait être reproché aux juges du fond de ne pas avoir procédé d'office à la recherche de la loi applicable au fond »[593].

397. L'arrêt a cependant soulevé des nouvelles critiques. Ainsi, d'un côté, on a indiqué l'absence d'incidence de l'origine conventionnelle d'une règle de conflit sur son autorité. En effet, l'article 55 de la Constitution française ne sert qu'à régler un conflit de normes, alors qu'ici il s'agit seulement de savoir si la règle de conflit s'impose au juge[594]. De plus, le défaut d'application d'une règle de conflit d'origine conventionnelle ne suffit pas à engager la responsabilité internationale de l'État car, pour ce faire, il faudrait encore démontrer que ce défaut d'application résulte d'un refus du juge et qu'il a causé un grief au ressortissant d'un autre État, lequel entendrait faire jouer sa protection diplomatique[595]. D'un autre côté, les matières dans lesquelles les parties ont la libre disposition de leurs droits sont difficiles à dégager des autres et relèvent dans l'ensemble de conventions internationales[596]. C'est pour ces raisons que le 26 mai 1999 la Cour de cassation a rendu deux arrêts qui ont posé la règle de l'autorité de la règle de conflit en fonction de la nature disponible ou indisponible des droits litigieux. L'arrêt *Sté. Mutuelle du Mans* concernait ainsi directement le principe facultatif de la règle de conflit en prévoyant d'écarter l'origine conventionnelle de la règle de conflit qui n'avait plus d'incidence sur l'office du juge. Dès lors que les parties disposent librement de leurs droits et sont restées silencieuses sur l'extranéité du litige, le juge a simplement la faculté de soulever le conflit de lois - faculté qui devient obligation lorsque l'une des parties le lui demande[597].

398. L'arrêt *Belaïd A.* prévoyait, en revanche, qu'aux termes de l'article 3 du Code civil, « il incombe au juge français, pour les droits indisponibles, de mettre en application la règle de conflit de lois et de rechercher le droit étranger compétent »[598]. La règle de conflit ne doit donc être

---

[592] Solution fondée sur la supériorité des traités internationaux sur la loi (Const., art. 55) et sur le risque de mise en cause de la responsabilité internationale de l'État en cas de non-application d'un traité.

[593] La solution a rapidement été réaffirmée, de manière implicite par : Cass., 1re civ., 18 déc. 1990, *Sté Menegatti* : *JCP* 1992. II. 21824, note D. Ammar. ; de manière expresse par : Cass., 1re civ., 10 déc. 1991, *Sarkis* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1992, p. 313, note H. MUIR WATT.

[594] M.-L. NIBOYET-HOEGY, note sur l'arrêt *Sté Coveco*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1991, p. 558 ; « La mise en oeuvre du droit international privé conventionnel », *in Mélanges Perrot*, 1996, p. 313 ; D. BUREAU , note sur l'arrêt *Sté Coveco* : *JDI* 1991, p. 371.

[595] En ce sens, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GAJDIP*, n° 74-78, § 12.

[596] La Convention de Rome du 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles, remplacée aujourd'hui par le règlement Rome I, préc. ; les Conventions de La Haye du 4 mai 1971 et du 2 octobre 1973 relatives à la loi applicable, respectivement aux accidents de la circulation routière et à la responsabilité du fait des produits. ; la Convention de La Haye du 14 mai 1978 relative à la loi applicable aux régimes matrimoniaux, etc.

[597] Voy. cependant pour les particularités en matière de contrat de travail, F. JAULT-SESEKE, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », *Rev. crit. dr. internat. privé* 2005, p. 253.

[598] *Rev. crit. dr. internat. privé* 1999, p. 707, 2e esp., note H. MUIR WATT ; *JCP* 1999. II. 10192, note F. MELIN ; *Defrénois* 1999, p. 1261, obs. J. MASSIP, *GAJDIP* n° 78.

obligatoirement appliquée par le juge que lorsque la matière relève de celles dans lesquelles les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits, à l'exception des cas où le contenu de la loi étrangère est concrètement équivalent à celui de la loi du for - ce qui permet alors d'écarter les actions dilatoires[599]. Il résulte donc la règle du principe du caractère facultatif de la règle de conflit, assortie de l'exception de son caractère impératif lorsque les droits litigieux sont indisponibles.

B. Les implications sur le role des parties

399. Le principe facultatif de l'application de la règle de conflit entraine l'éviction de la loi étrangère due au comportement procédural des parties. Cependant, ce comportement peut être contré par le choix du juge de réintégrer la question de l'internationalité du litige au débat à travers plusieurs procédés : il peut ainsi exercer les pouvoirs qu'il tient de l'article 8 du Code de procédure civile afin de faire apparaître la présence d'un élément international, soulever d'office le conflit de lois comme il en a la faculté, ou établir de sa propre initiative la teneur de cette loi. Le silence des parties dans ces trois cas dispense le juge de l'obligation de trancher le litige conformément à la loi étrangère applicable, mais ne peut lui interdire de le faire.

400. Dans quelle mesure les parties peuvent-elles donc convenir d'écarter la règle de conflit de lois ? Les parties peuvent, en effet, évincer la loi applicable à leur contentieux, en utilisant un accord procédural. C'est l'arrêt *Roho*[600] qui, à propos d'un accident de la circulation routière produit à Djibouti, a confirmé la licéité de l'accord par lequel les parties conviennent d'écarter la règle de conflit de lois, y compris lorsqu'elle est de source conventionnelle, à la condition de la libre disponibilité des droits litigieux : « pour les droits dont les parties ont la libre disposition, celles-ci peuvent demander l'application d'une loi différente de celle désignée par une convention

---

[599] Sur l'équivalence entre la loi étrangère compétente et la loi française voy. : Cass., 1re civ., 13 avr. 1999, *Cie Royale belge* : *D.* 2000, p. 268, note E. AGOSTINI ; *JCP* 2000. I. 2061, note LEGIER ; *Gaz. Pal.* 2000, n° 61 à 62, p. 42, obs. M.-L. NIBOYET-HOEGY ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1999, p. 698, note H. MUIR WATT et B. ANCEL ; *JDI* 2000, p. 315, note B. FAUVARQUE-COSSON ; Cass., 1re civ., 3 avr. 2001 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 2001, p. 513, note H. MUIR WATT ; Cass., 1re civ., 11 janv. 2005 : *D.* 2005, p. 2924, note J.-G. MAHINGA ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2006, p. 85, note M. SCHERER ; *JDI* 2006, p. 955, note S. GODECHOT ; *Gaz. Pal.* 24-26 févr. 2006, p. 21, note M.-L. NIBOYET - HOEGY ; voy. déjà avant le revirement de jurisprudence de 1999, Cass., 1re civ., 11 juill. 1988, *Bao Dai* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, p. 81, note P.-Y. GAUTIER, et pour une censure d'une décision admettant de manière laxiste l'équivalence entre les droits français et étranger, Cass., 1re civ., 23 janv. 2007 : *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2007, p. 761, note O. BOSKOVIC ; H. GAUDEMET-TALLON, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence », *in Mélanges P. Lagarde*, 2005, p. 30 ; T. HABU GROUD, « L'exception d'équivalence dans la méthode des conflits de lois », *Gaz. Pal.* 12-13 déc. 2001, p. 22.

[600] Dans cet arrêt la Cour de cassation donne son aval à la cour d'appel qui, à la demande expresse des plaideurs, avait écarté la loi étrangère du délit désignée par la Convention de La Haye du 4 mai 1971 relative à la loi applicable aux accidents de la circulation routière, en faveur de leur loi nationale commune : Cass., 1re civ., 19 avr. 1988 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, p. 68, note H. BATIFFOL, *D.* 1988, somm. 345, obs. B. AUDIT .

internationale ». Consacrée dans cet arrêt intervenu quelques mois avant le revirement de la jurisprudence *Rebouh - Schule,* sur le fondement de l'article 12 alinéa 3 du Code de procédure civile qui interdit au juge de changer le fondement juridique de la demande lorsque les parties l'ont lié par un accord exprès, la même solution a été confirmée après ce revirement[601]. Or, cela signifiait à l'époque que même si la règle de conflit s'imposait au juge, dès lors que les parties pouvaient disposer librement de leurs droits, elles avaient la possibilité de renoncer à l'application de la loi compétente. L'accord procédural reste donc relié à l'idée de libre disponibilité des droits[602] et cette solution demeura sous l'empire de la jurisprudence *Sté Coveco*.

401. L'autorité de la règle de conflit à l'égard du juge et sa force obligatoire pour les parties sont liées puisque dans le domaine des droits disponibles, non seulement le juge n'est pas tenu de soulever d'office le conflit de lois[603], mais quand bien même il le ferait, les parties peuvent encore s'accorder pour l'application d'une loi autre que celle désignée par la règle de conflit. Cet accord liera alors le juge, qui ne pourra passer outre.

402. En ce qui concerne la forme de l'accord procédural, alors que dans l'arrêt *Roho*[604], la première chambre civile exigeait, conformément à l'article 12 alinéa 3, du Code de procédure civile, un « accord exprès », dans l'arrêt du 6 mai 1997, *Hannover International*[605], elle a décidé qu'« un tel accord (pouvait) résulter des conclusions des parties invoquant une loi autre que celle qui est désignée par un traité ou par un contrat ».

403. Le silence des parties peut-il, en revanche, être assimilé à un accord procédural ? L'on considère que ce silence ne devrait pas pouvoir être assimilé à un accord procédural liant le juge,

---

[601] D'abord, à contrario : Cass., 1re civ., 6 déc. 1988, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1990, p. 787, *RGAT* 1989, p. 569, obs. F. CHAPUISAT, affirmant l'obligation du juge du fond d'appliquer la même Convention de La Haye en matière d'accidents de la circulation « à défaut d'accord exprès » ; Cass, 1re civ., 4 oct. 1989, *de Baat* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1990, p. 316, note P. LAGARDE, *JDI* 1990, p. 415, 1re esp., note P. KAHN, *D.* 1990, somm. 266, obs. B. AUDIT , employant la même formule en matière de vente de marchandises, à propos de la règle de conflit issue de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 ; Cass., com., 4 juin 1991 : *Bull. civ.* IV, n° 205 ; Cass., 1re civ., 6 mai 1997, *Hannover International* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1997, p. 514, note B. FAUVARQUE-COSSON, *JDI* 1997, p. 804, note D. BUREAU ; Cass., 1re civ., 1er juill. 1997 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1998, p. 60, 2e esp., note P. MAYER, *D.* 1999, p. 275, note J. MASSIP ; 30 mai 2000, *Bull. civ.* I, n° 160 ; implicitement, dans le cas où la Convention de la Haye du 4 mai 1971 sur les accidents de la circulation était en jeu, Cass., 1re civ., 22 févr. 2005, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2005, p. 304, note LAGARDE.

[602] B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, préc. n° 226 ; note sur Cass., 1re civ., 6 mai 1997, *Hannover International* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1997, p. 514, spécialement p. 520, où l'auteur souligne que l'accord procédural viserait seulement à demander au juge de puiser la disposition matérielle adéquate dans un autre ordre juridique que celui désigné par la règle de conflit.

[603] Cass, 1re civ., *Sté Mutuelle du Mans*, 26 mai 1999, préc.

[604] Cass., 1re civ., 19 avr. 1988, *Roho: Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, p. 68, note BATTIFOL.

[605] *Rev. crit. dr. internat. privé* 1997, p. 514, note B. FAUVARQUE-COSSON ; *JDI* 1997, p. 804, note D. BUREAU ; *GAJDIP* n° 84.

puisque ce dernier devrait toujours avoir la faculté de soulever le conflit de lois[606]. Ainsi, il faut que ressortent des écritures respectives des parties leur conscience de l'internationalité du différend et leur volonté de se fonder sur une autre loi que celle désignée par la règle de conflit. En effet, le seul fait que les parties se réfèrent au droit français ne devrait pas pouvoir lier le juge puisque les parties peuvent se retrouver dans la situation où elles ignorent l'internationalité du litige.

404. Il faut également observer qu'après avoir jugé dans l'arrêt *Roho*, dans une formule générale, que « les parties peuvent demander l'application d'une loi différente de celle désignée », la Cour de cassation semble réserver l'accord procédural au profit de la seule loi française en décidant que les parties « peuvent s'accorder sur l'application de la loi française du for »[607], situation que l'on ne peut que regretter car cela limite les choix des parties dans un domaine où le principe de l'autonomie permet depuis longtemps aux parties de choisir la loi applicable à leur rapport juridique. Les parties au litige de droit international privé peuvent ainsi, à travers le principe facultatif de l'application de la règle de conflit, provoquer l'application de la *lex fori* malgré la désignation initiale de la compétence d'une loi étrangère. Le juge du fond dispose-t-il, dans ces conditions, d'une quelconque liberté d'initiative concernant l'invocabilité de la règle de conflit ?

§ 2. L'APPLICATION DE LA REGLE DE CONFLIT A L'INITIATIVE DU JUGE

405. Le caractère facultatif d'une règle de conflit incite à se demander si la liberté qu'il confère aux parties au stade de désignation de la loi applicable laisse encore de la place à l'initiative du juge. Pour répondre à cette question il est intéressant de comparer deux système juridiques qui sont assez différents en ce qui concerne leur attitude sur ce point : le système classique continental représenté par le droit français (A) et le système de la *Common law* représenté par le droit anglais (B).

A. DANS LE SYSTEME CLASSIQUE CONTINENTAL

406. En droit français, si le contentieux implique des droits disponibles, le juge n'est pas tenu, en cas de silence des parties, de trancher le conflit de lois. Cette solution vaut même lorsque la règle de conflit applicable est d'origine conventionnelle, depuis l'arrêt *Mutuelles du Mans*[608].

[606] B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GAJDIP*, n° 84, § 9.
[607] Cass., 1re civ., 6 mai 1997, *Hannover International*, préc.
[608] Cass, 1re civ., *Sté Mutuelle du Mans*, 26 mai 1999, préc.

Cependant, l'état actuel du principe facultatif impose au juge un rôle plus actif dans le sens où il peut soulever d'office l'application de la règle de conflit à condition d'avoir connaissance des éléments d'extranéité pertinents du litige sur le fondement de l'article l'art. 7 al. 2 NCPC. En effet, les conditions dans lesquelles le juge du fond est dispensé de trancher le conflit de lois ont beaucoup évolué en droit français. Après l'arrêt *Bisbal*[609], la jurisprudence avait confondu l'applicabilité et la preuve de la loi étrangère. Il fallait ainsi démontrer que la loi étrangère applicable avait un contenu différent du contenu de la *lex fori* pour que le juge soit tenu de trancher le conflit de lois. Ce système est en voie de remplacement par un autre modèle. Ainsi, dans le domaine des droits disponibles, le juge dispose d'une faculté de mettre en œuvre la règle de conflit, fondée sur l'art. 7 al. 2 NCPC qui l'autorise à prendre en considération les faits que les parties n'ont pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions, comme leur nationalité, domicile ou siège social[610].

407. D'après l'arrêt *Demart* du 5 octobre 1994[611] confirmé en 1998 par l'arrêt *Ababou*[612], « il appartient au juge qui déclare applicable une loi étrangère de procéder à sa mise en œuvre, et, spécialement d'en rechercher la teneur »[613]. Ainsi, le juge qui relève un élément d'extranéité de son propre chef, est tenu d'appliquer la règle de conflit et éventuellement la loi étrangère ainsi désignée. Le seul fait d'invoquer l'élément d'extranéité (la loi étrangère compétente) transforme donc la simple faculté d'appliquer la règle de conflit en véritable devoir. Ce devoir s'apprécie tant au stade de la désignation de la loi applicable, qu'au stade de l'application effective de la loi étrangère désignée. Ainsi, la jurisprudence *Demart-Ababou* établit un lien entre l'office du juge à l'égard de la règle de conflit et l'office du juge à l'égard de l'application de la loi étrangère, ce qui suggère l'indivisibilité de son office dans les litiges internationaux. Ce devoir d'appliquer la règle de conflit et de mettre en œuvre la loi étrangère est indépendant de la nature disponible ou indisponible des droits litigieux, extension extraordinaire de l'office du juge puisqu'elle ne fait plus dépendre l'office du juge de la nature de ces droits.

408. Malgré le potentiel positif que l'interventionnisme judiciaire peut avoir pour les intérêts des justiciables, il est indispensable de ne pas perdre de vue que l'usage d'une faculté de la part des juges est toujours une source d'incertitude. Le principe de l'application facultative de la règle de

---

[609] Qui prévoyait que la règle de conflit était facultative en toute hypothèse pour le juge, dès lors du moins qu'elle désignait une loi étrangère.

[610] Voy. art. 56 et s. du NCPC.

[611] Cass., 1re civ., 5 octobre 1994, *Demar*t : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1995, p. 60 note BUREAU .

[612] Cass., 1re civ., 27 janv. 1998, *Ababou* : *JCP* 1998. II. 10098, note H. MUIR WATT.

[613] Cette jurisprudence est constante : voy. en ce sens Cass 1re civ., 3 juin et 13 novembre 2003 : *JDI* 2004, p. 520, note F. MELIN.

conflit vise à satisfaire aux attentes légitimes des parties quant au droit applicable, quant au résultat de la résolution du différend, voire quant au coût éventuel du litige[614]. Or, l'initiative du juge de mettre en œuvre la loi étrangère, alors que les parties ont jugé préférable de soumettre leur différend au droit du for, pourrait enfreindre la sécurité juridique, la certitude et l'économie du résultat juridique poursuivi par les parties. Cependant, les « dangers » engendrés par la jurisprudence *Demart -Ababou* peuvent être éliminés par un l'accord procédural des parties dans un litige impliquant les droits disponibles[615]. Ainsi, l'initiative du juge de soulever l'extranéité du litige dans le domaine des droits disponibles ne doit pas être utilisée pour imposer aux parties la solution proposée par le droit étranger compétent. En revanche, l'initiative du juge doit être utilisée pour assurer la conscience des litigants de l'internationalité du litige et pour relancer le débat sur l'applicabilité éventuelle du droit étranger. Il conviendra seulement pour le juge de respecter, comme dans toute matière, le principe du contradictoire[616] en soumettant aux parties l'élément d'extranéité dont il suscite l'introduction dans le débat[617].

409. En conclusion, le juge français peut procéder lui même à la recherche du droit compétent, même si les parties ne se sont pas prévalues de l'élément d'extranéité[618] mais les parties ne sont pas tenues de suivre la voie indiquée par celui-ci, pouvant conclure un accord procédural en ce sens.

B. DANS LE SYSTEME DE LA *COMMON LAW*

410. Les litiges internes et internationaux ont le même régime procédural en droit anglais, l'internationalité du litige étant sans incidence sur l'office du juge qui reste passif dès lors que des éléments d'extranéité n'ont pas été portés à sa connaissance, même si l'internationalité du litige est apparente[619]. Le rôle du juge le juge reste donc passif dans le droit anglais, celui-ci n'ayant ni le

---

[614] J.H. MERRYMAN, « Foreign Law as a Problem », *Stanford Journal of International law*, 1983, p. 151-173, republié in « The Loneliness of the Comparative Lawyer and other essays in Foreign and Comparative Law », *Kluwer Law International*, 1999, p. 518-54.

[615] Cass., 1re civ., 19 avr. 1988, *Roho*, préc. ; Cass., 1re civ., 26 mai 1999 : *Gaz. Pal.*, 2 mars 2000, *Delta Draht GmbH*, n° 62, p. 39, note NIBOYET ; Cass., 1re civ., 26 mai 1999, *Mutuelles du Mans*, préc.

[616] L'article 16 du NCPC.

[617] En ce sens: B. AUDIT , L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 265.

[618] Cass., 1re civ., 2 mars 1960, *Cie Algérienne de Crédit et de Banque*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1960, p. 97, note BATIFFOL ; *JDI* 1961, p. 408, note B. GOLDMAN ; *JCP* 1960. II. 11734, note MOTULSKY ; *GAJDIP*, n° 33.

[619] S. GEEROMS, *Foreign Law in Civil Litigation…*, *op. cit.*, p. 2.83 et s. ; A. BRIGGS, *The Conflict of Law's*, 2e éd., Oxford University, New York, 2008, p. 4 et s. ; *contra*, A. LAYTON, H. MERCER, *European Civil Practice*, 2e éd., vol. 1, Londre, Sweet & Maxwell, 2004, p. 8 ; D. SOLENIK, *L'application de la loi étrangère par les juges du fond…, op. cit.,* p. 33.

pouvoir, ni l'obligation de soulever d'office l'internationalité du litige, nonobstant l'apparence des éléments d'extranéité dans les pièces de procédure ou dans les faits versés dans le débat[620].

411. En droit anglais, la question de la loi applicable est donc laissée à la discrétion quasi totale des parties et ne peut se poser que par leur intermédiaire[621]. Le statut procédural de la loi étrangère est assimilé à celui d'un simple fait du procès, ce qui implique que la partie prétendant que sa cause est soumise à une loi étrangère doit invoquer cette loi (*plead foreign law*) en même temps que les autres faits de sa demande. La partie ne peut pas se contenter d'invoquer les éléments d'extranéité et doit alléguer expressément la compétence de la loi étrangère, identifier le problème juridique aux termes de cette loi et faire une *proposition of law*[622]. Cependant, la réforme du droit anglais de procédure, opérée en 1998 par les *Civil Procedure Rules* (CPR)[623], a réalisé un élargissement des pouvoirs du juge dans les litiges internes, ce qui a eu une incidence sur son office dans les litiges internationaux. Ainsi, selon la section 32.1 (1, a) CPR, la Cour peut indiquer les faits du procès qui doivent être prouvés. S'agit-il seulement des faits qui ont été invoqués par les parties ou également de faits qui ressortent du dossier sans être spécialement invoqués par les parties ? La formulation non péremptoire de la section 32.1 CPR[624] indique le caractère facultatif de ce pouvoir. Nous pouvons ainsi songer à la possibilité pour les juges anglais de soulever de leur propre initiative les éléments d'extranéité non invoqués et de demander aux parties d'en fournir les explications. Cette initiative peut être réalisée même au stade préliminaire du procès dans le cadre du « *active case management* »[625] : le juge peut identifier directement les questions de fait qui devront faire l'objet du débat lors du *trial*[626]. Il est toutefois encore trop tôt pour déterminer si les pouvoirs conférés aux juges par les CPR dans la matière interne seront utilisés ou non dans les litiges internationaux[627].

---

[620] Cette position a été établie au début du XVIIIe siècle et n'a pas été changé depuis les décisions *Fremoult c/ Dedire* de 1718, 1 *P. Wms.* 429, *Mostyn c/ Fabrigas*, 1774, *Cowp.* 161, 174., *Male c/ Roberts*, 1800, 170 *E.R.* 574 (KB) cités par I. ZAJTAY, « L'application du droit étrange: science et fictions », *loc. cit.*, p. 52 ; A. BRIGGS, *The Confict of law's, op.cit.,* p. 4 et s. ; S. GEEROMS, *Foreign Law in Civil Litigation…*, *op. cit.*, p. 74 et s. ; D. SOLENIK, *L'application de la loi étrangère par les juges du fond…, op. cit.,* p. 33.

[621] Th.M. DE BOER, *Rec. cours La Haye*, vol. 257, 1996, p. 258.

[622] Adoptant la solution au litige proposée par la loi prétendument compétente, voy. S. GEEROMS, *Foreign Law in Civil Litigation…*, *op. cit.*, 2.85 ; R. FENTIMAN, *Foreign Law in English Courts…*, *op. cit.*, p. 62.

[623] En vigueur depuis le 1er janvier 1999.

[624] « (1) *The court may control the evidence by giving directions as to ... (a) the issues on which it requires etidence...* ».

[625] La section 1.4 du CPR parle de pouvoirs et compétences judiciaires nécessaires pour diriger le procès.

[626] Le stade du procès portant sur l'examen de preuve rapportée par les parties et la détermination du droit applicable, dans les conditions du débat contradictoire.

[627] A ce jour, aucune décision ne semble avoir été rendue dans un sens ou dans l'autre.

CONCLUSION DE SECTION

412. Lorsqu'il s'agit de déterminer l'autorité de la règle de conflit, le droit international privé français retient la règle de son application facultative en cas de droits litigieux disponibles. Cette règle s'accompagne de l'exception de l'application obligatoire de la règle de conflit en présence de droits litigieux indisponibles.

413. Le principe facultatif de l'application de la règle de conflit implique ainsi un rôle important accordé aux parties dans le cadre du litige de droit international privé, leur offrant la possibilité de décider de l'application de la loi étrangère désignée comme compétente à régir le problème juridique objet du litige. Dans le domaine des droits disponibles la volonté des parties joue donc un rôle déterminant dans l'application de la règle de conflit. Cette solution ressemble à celle retenue en droit anglais à travers les deux principes qui accompagnent le statut procédural de la règle de conflit, à savoir, le principe de *voluntary pleading* et celui de *party choice*. En effet, en application du principe de *voluntary pleading*, lorsque la règle de conflit a un caractère impératif elle impose seulement aux parties et jamais au juge, l'obligation d'introduire la loi étrangère applicable dans le débat et d'en rechercher la teneur. En même temps, les parties ne sont pas liées par la désignation réalisée par la règle de conflit, le principe de *party choice* leur accordant la liberté d'opter pour la *lex fori* ou même pour une loi non désignée.

414. Les parties peuvent-elles faire la même chose en droit international privé français ? Les parties peuvent, en effet, évincer la loi applicable à leur contentieux, en utilisant un accord procédural, solution tirée de la jurisprudence *Roho*. Il semblerait que les parties aient moins de liberté qu'en droit anglais, dans le sens où la Cour de cassation réserve l'accord procédural au profit de la seule loi française. C'est la jurisprudence *Hannover International* qui a affirmé que les parties « peuvent s'accorder sur l'application de la loi française du for ».

415. Le principe facultatif de l'application de la règle de conflit entraîne deux effets quant au comportement du juge dans le litige de droit international privé : un effet passif et un autre actif. L'effet passif sur le comportement du juge saisi va dans le sens où celui-ci n'est pas tenu de soulever d'office le conflit de lois et même s'il le fait, les parties peuvent s'accorder pour l'application d'une loi autre que celle désignée par la règle de conflit. Cet accord liera alors le juge, qui ne pourra passer outre. Cette solution vaut, même lorsque la règle de conflit applicable est d'origine conventionnelle, depuis l'arrêt *Mutuelles du Mans*. En même temps le principe facultatif a un effet actif sur le comportement du juge dans le sens où il peut soulever d'office l'application de la règle de conflit à condition d'avoir connaissance des éléments d'extranéité pertinents du

litige sur le fondement de l'article l'art. 7 al. 2 NCPC. Il faut donc remarquer une tendance à accroître le rôle du juge dans la résolution des conflits de lois, car cela répond mieux aux besoins des rapports juridiques internationaux transfrontaliers, à condition qu'il reste en équilibre avec les intérêts des parties.

SECTION 2 L'EXCEPTION DE L'APPLICATION DE LA REGLE DE CONFLIT

416. En droit français, lorsque l'application de la règle de conflit s'avère impérative, son application s'impose au juge du fond, en déchargeant corrélativement les parties de toute obligation de porter l'élément d'extranéité à la connaissance du juge. Les conséquences de l'impérativité de la règle de conflit sont, donc, importantes par rapport au déroulement ultérieur du litige de droit international privé, affectant l'office du juge. Or, cela n'arrive pas en droit anglais, par exemple, où le caractère impératif de la règle de conflit (*the mandatory choice of law*) affecte rarement l'office du juge et fait naître à la charge des parties une véritable obligation d'invoquer la loi étrangère compétente d'après cette règle de conflit et de prouver son contenu[628]. La question qui s'impose dans ce cas est, donc, celle de savoir dans quelles conditions une règle de conflit s'impose au juge du fond. De ce point de vue, il s'avère que le critère de la nature des droits litigieux soit le seul utilisé de nos jours afin de déterminer l'impérativité d'une règle de conflit. Par exemple, si le problème juridique de droit international privé concerne des droits indisponibles, l'arrêt *Belaïd A.* prévoit, aux termes de l'article 3 du Code civil, qu'« il incombe au juge français, pour les droits indisponibles, de mettre en application la règle de conflit de lois et de rechercher le droit étranger compétent »[629]. De même, la règle de conflit de lois peut également s'imposer au juge si elle est invoquée par une partie ou si ce juge fait le choix d'appliquer d'office ladite règle, dans le cas des droits disponibles.

417. Si le critère de la nature des droits litigieux est le seul à être utilisé afin de déterminer l'impérativité d'une règle de conflit, il présente cependant des inconvénients pratiques. En effet, en quoi consiste l'appartenance à la catégorie des droits indisponibles ? Comment faire la différence entre un droit indisponible et un droit disponible car il semblerait qu'en réalité la ligne de démarcation entre droits disponibles et indisponibles ne soit pas très nette ? Dans ce cas, ce critère est-il le seul à indiquer l'impérativité de la règle de conflit ? En effet, par le passé, l'origine de la règle de conflit a également joué un rôle dans la détermination de l'impérativité de la règle de conflit en application de la règle posée par la jurisprudence *Coveco*[630] : « lorsque les parties n'ont pas invoqué d'autres lois que celles spécialement tirées du droit français en une matière qui

[628] D. SOLENIK, *L'application de la loi étrangère par les juges du fond…, op. cit.,* p. 34.
[629] *Rev. crit. dr. internat. privé* 1999, p. 707, 2e esp., note H. MUIR WATT, *JCP G* 1999. II. 10192, note F. MELIN ; *Defrénois* 1999, p. 1261, obs. J. MASSIP, *GAJDIP*, n° 78.
[630] Cass., 1re civ.: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1991, p. 558, note M.-L. NIBOYET-HOEGGY ; *JDI* 1991, p. 371, note D. BUREAU ; *GAJDIP* n° 76.

n'est soumise à aucune convention internationale[631] et où elles ont la libre disposition de leurs droits, il ne saurait être reproché aux juges du fond de ne pas avoir procédé d'office à la recherche de la loi applicable au fond »[632]. Cela signifie que dès que les droits litigieux avaient leur origine dans une convention internationale, la règle de conflit s'imposait au juge. Même si la jurisprudence *Mutuelle du Mans* a opéré un revirement par rapport à la jurisprudence *Coveco*, l'origine de la règle de conflit ne devrait pas pour autant être oubliée vu l'influence croissante du droit de l'Union européenne dans la matière du droit international privé. Il est donc nécessaire d'analyser l'impérativité de la règle de conflit par rapport à la nature juridique de sa source (§1) ainsi que par rapport au critère de la nature des droits litigieux (§2).

§ 1. LA NATURE JURIDIQUE DE LA SOURCE DE LA REGLE DU CONFLIT

418. La règle de conflit peut puiser son autorité impérative dans la force juridique particulière de l'acte qui la comporte. De ce fait, vue que le statut procédural des règles de conflit ne varie pas en fonction de leurs sources (conventionnelle, législative ou jurisprudentielle)[633], c'est le statut privilégié de la règle de conflit qui est le plus souvent lié à son origine internationale.

419. Le développement des conventions internationales en matière des conflits de lois nous oblige à nous interroger sur l'autorité des règles de conflit d'origine conventionnelle, l'enjeu étant d'importance puisque il en va de l'efficacité de ces instruments internationaux dans les systèmes juridiques (A). Au même titre, l'objectif du bon fonctionnement du marché intérieur invite à s'interroger sur l'évolution possible de l'autorité de la règle de conflit sous l'influence européenne (B).

A. L'AUTORITE DE LA REGLE DE CONFLIT D'ORIGINE CONVENTIONNELLE

420. Quel est le statut des règles de conflit issues d'un traité international ? Le problème juridique qui se pose à cet effet est de savoir si la règle de conflit se trouve investie de la force obligatoire à l'égard du juge et des parties dès lors qu'elle a son siège dans une convention internationale.

---

[631] Solution fondée sur la règle de l'article 55 de la Constitution concernant la supériorité des traités internationaux sur la loi ainsi que sur le risque de mise en cause de la responsabilité internationale de l'État en cas de non-application d'un traité.

[632] La solution a rapidement été réaffirmée, de manière implicite par : Cass., 1re civ., 18 déc. 1990, *Sté Menegatti* : *JCP G* 1992. II. 21824, note D. AMMAR. ; de manière expresse par : Cass., 1re civ., 10 déc. 1991, *Sarkis* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1992, p. 313, note H. MUIR WATT.

[633] Selon la logique même du système français, établir un clivage entre les règles d'origine interne serait déraisonnable et dépourvu de fondement juridique réel.

421. A l'origine, c'est l'arrêt *Coveco*[634] qui, se rapportant la question de la reconnaissance de la force obligatoire de la règle de conflit, avait posé le principe d'une règle de conflit toujours obligatoire pour le juge lorsqu'elle figure dans une convention internationale. Peu importait qu'elle désigne la loi française ou la loi étrangère, peu importait que les parties aient ou non la libre disposition de leurs droits. Cette approche se justifiait d'une part par le fait que le juge est un organe de l'État, et comme tout autre organe de l'État, il doit faire en sorte d'assurer le respect des engagements internationaux[635]. D'autre part, une convention internationale liant la France fait partie du droit français, comme n'importe quel texte de droit interne[636]. L'applicabilité de ce texte doit donc s'effectuer de façon identique à celle de la loi, conformément à l'article 12 alinéa 1er NCPC qui oblige le juge à trancher le litige « conformément aux règles du droit qui lui sont applicables ». On a, cependant, reproché à cette solution jurisprudentielle d'affirmer la valeur juridique supérieure de la règle de conflit conventionnelle par rapport à celle d'origine interne, approche considérée comme dépourvue de fondement théorique solide[637]. S'il est vrai, en effet, qu'en droit international privé il est habituel de distinguer entre les sources de droit interne et les sources d'origine internationale pour mettre en valeur la supériorité du traité sur la loi, cette hypothèse de supériorité n'a d'intérêt qu'en cas de conflit du traité avec une règle interne. Hors ce conflit, les règles juridiques d'origine conventionnelle ont valeur de règles de droit de l'ordre interne dans lequel la convention s'est intégrée. Vu que « le traité a force de loi », ce qui signifie que celui-ci bénéficie du régime réservé à la loi[638], l'obligation faite au juge d'appliquer le traité est exactement la même que celle qui s'impose à lui par l'effet de la loi. Il faut donc traiter de la même façon les des règles de conflit de source légale et celle de source conventionnelle. Or, le droit français ne reconnaît pas dans tous les cas l'autorité impérative des règles de conflit légales.

---

[634] Cass., 1re civ., 4 déc. 1990, *GAJDIP*, no 73 ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1991, p. 558, note M.-L. NIBOYET-HOEGY ; *JDI* 1991, p. 371, note D. BUREAU ; voy. aussi : Cass., 1re civ., 6 juin 1990 : *Bull. civ.* I, nº 138 ; 18 déc. 1990 : *JCP* 1992. II. 21824, note AMMAR ; 10 déc. 1991 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1992, p. 314, note H. MUIR WATT ; Cass., com., 25 mai 1993 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1993, p. 461, note J.-P. REMERY.

[635] J.P. ANCEL, « La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *in L'internationalité dans les institutions et le droit. Convergences et défis, Études offertes à A. Plantey*, Paris, Pedone, 1995, p. 59 et s. ; M.L. NIBOYET-HOEGY, « La mise en œuvre du droit international privé conventionnel », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Mélanges Perrot,* Dalloz, 1996, p. 313 et s. sp. p. 316 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Les sources internationales du droit international privé devant le juge français. Quelques réflexions », *in Le juge entre deux millénaires, Mélanges offertes à P. Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 572 et s., et spéc. 583.

[636] Voy. en ce sens, N.Q. DINH, D. PELLET, *Droit international public*, 5e éd., LGDJ, 1994, nº 154, affirmant que l'application du traité « s'intègre normalement dans la mission générale de « dire droit » car une fois introduit dans l'ordre interne, le traité comme [...] la loi [...] pénètre dans l'ordonnancement juridique que le juge a le devoir naturel de garantir et de mettre en œuvre ».

[637] Voy. les obs. de B. ANCEL et Y. LEQUETTE sous l'arrêt *Sté Coveco*, *GAJDIP*, nº 73.

[638] Voy. *Caltex Singapore Pte. Ltd. / B.P. Shipping Ltd.*, 1996, 1 Lloyd's Rep. 286, 297.

Ainsi, le caractère obligatoire de la règle de conflit tiré de sa source conventionnelle s'avère pour le moins artificiel.

422. Il est donc indispensable de distinguer, d'une part, l'applicabilité d'office du traité en matière de conflit de lois, et d'autre part, l'autorité de la règle de conflit à l'égard du juge, l'article 55 de la Constitution française concernant seulement le règlement d'un conflit de normes et non pas la question de savoir si la règle de conflit s'impose au juge[639]. Cette distinction s'avère très nette en droit anglais[640], où le caractère facultatif de la règle de conflit - même conventionnelle - relève du droit national de procédure et ne dépend, donc, pas de sa source[641]. De la même manière, en France, le statut procédural des règles de droit est indépendant de leur source[642] et il n'y a pas de raison de conférer un statut privilégié à une règle de conflit dont la source est une convention. C'est pour cela que la Cour de cassation a considéré, dans les arrêts *Mutuelles du Mans*[643] et *Belaid A.*[644], que l'office du juge n'est commandé que par la nature des droits litigieux. Logiquement cela veut dire que la source de la règle de conflit n'est plus considérée comme

---

[639] M.-L. NIBOYET-HOEGY, note sous l'arrêt *Sté Coveco* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1991, p. 558 ; « La mise en oeuvre du droit international privé conventionnel », *in Mélanges Perrot*, préc., p. 313 ; D. BUREAU , note sous l'arrêt *Sté Coveco* : *JDI* 1991, p. 371.

[640] R. FENTIMAN, *Foreign Law in English Courts…, op. cit.*, p. 61 et s., spéc. 86. Voy., en droit français, H. MUIR WATT, « Loi étrangère », *Rép. intern. D.* 2009, p. 117, p. 46.

[641] Voy. notamment l'arrêt de la Queen's Bench division (Admiralty Court) *Caltex Singapore Pte. Ltd. c/ B.P. Shipping Ltd.*, 1996, 1 Lloyd's Rep. 286, 297, dans lequel J. CLARKE a estimé que même si « la force de la loi » octroyée à la Convention donne à la Convention l'effet direct sur le territoire du Royaume Uni, l'incorporation, dans l'ordre juridique interne, ne donne pas, en revanche, à la Convention le caractère obligatoire. Le *mandatory effect* de la convention est à rechercher dans ses dispositions mêmes, compte tenu de l'objectif et la finalité de ce texte. Il existe, cependant, certaines règles conventionnelles, surtout celles à caractère matériel, qui affectent directement l'office du juge anglais (en dehors de la règle de conflit), en lui imposant l'obligation de soulever d'office l'internationalité du litige et de rechercher, le cas échéant, la solution que donne le droit étranger à une question litigieuse ou de l'exiger des parties (*mandatory pleading*). Les dispositions conventionnelles applicables sans qu'il soit tenu compte des règles de conflit (dénommées « *overriding statutes* », voy., en ce sens, DICEY, MORRIS, COLLINS, *The Conflict of Laws*, p. 22.) renversent le système traditionnel, en imposant au juge (et non pas aux parties) de soulever *ex officio* la loi étrangère applicable, voy, en ce sens, S. GEEROMS, *Foreign Law in Civil Litigation…, op. cit.,* p. 76-78, voy. également CA anglaise, *Singh Batra c/ Ebrahim*, 1982, 2 *Lloyd's Rep.*, 11, 13, portant sur l'illégalité des transactions du change de devises étrangères au cours non officiel sur le « marché noir ». La question de l'applicabilité des Accords de *Bretton Woods* ne fut soulevée, dans cet arrêt, qu'en appel, le juge considérant que l'engagement international commandait l'intervention judiciaire d'office et posant, ainsi, la règle qui sert de principe pour l'application impérative des règles de ladite convention : « ... *If it appears to the Court that a party is suing on a contract which is made unenforceable by art. VIII, (2) (b), then the Court must itself take the point and decline to enforce the contract. It is its duty to do so. Otherwise the law of exchange control would be easily evaded... if the point is not perceived by the Court of first instance, but is perceived for the first time by the Court of Appeal, then it is the duty of the Court of Appeal to take the point... If the contract appears to be one which is contrary to the exchange control regulations of India, then it is unenforceable in England and it is the duty of this Court to take the point, even though not pleaded nor taken blow… ».* Cette règle a été confirmée par la jurisprudence ultérieure et fait, désormais, partie du droit positif anglais, voy. notamment High court de la Chambre de Lords, *United City Merchants (Investments) Ltd c/ Royal Bank Canada* (1983) 1. *AC* 168, 189 *HL.*

[642] P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.,* n° 145.

[643] Cass., 1re civ., 26 mai 1999, *GAJDIP*, n° 77.

[644] Cass., 1re civ., 26 mai 1999, *GAJDIP*, n° 78.

accordant une quelconque autorité en la matière. Le rejet du critère formel de la source conventionnelle de la règle de conflit rapproche ainsi le système français du système anglais[645].

423. En conclusion, la source conventionnelle de la règle de conflit n'influence ni le statut de cette règle, ni la condition de la loi étrangère, le critère de l'origine de la règle de conflit restant donc désactivé. Certains arrêts de la Cour de cassation ont, par la suite, semblé sanctionner les juges du fond pour ne pas avoir appliqué une convention internationale de conflit de lois. Cependant, ces censures ne remettent pas en cause la jurisprudence *Sté Mutuelle du Mans* car elles s'expliquent toutes par le fait qu'après avoir relevé l'internationalité du litige, les juges du fond avaient appliqué à tort une autre règle de désignation du droit applicable que celle issue de la convention[646]. Ne pas prendre en considération le critère de l'origine de la règle de conflit reste, néanmoins, regrettable car l'objectif de la plupart des instruments internationaux en matière de confits de lois est l'uniformisation des règles de conflit de lois afin d'assurer la sécurité juridique et la prévisibilité quant à la loi applicable. L'internationalisation progressive des sources de droit international privé exige une plus grande ouverture des systèmes nationaux face aux conventions internationales. Il n'est, cependant, pas sans fondement d'envisager, dans l'avenir, une (re)activation du critère de l'origine de la règle de conflit vu l'influence croissante du droit de l'Union européenne en la matière du droit international privé. Cela pourrait ainsi entraîner l'obligation, pour les systèmes juridiques des États membres, d'appliquer les règles de conflit européennes et donc de reprendre en considération la source de la règle de conflit pour la détermination de son autorité.

---

[645] Le système juridique anglais ne rattache pas le caractère impératif de la règle de conflit à son origine internationale. Cependant, parler du critère de la source conventionnelle de la règle de conflit en droit anglais s'avère quelque peu artificiel car, en tant que système dualiste, le droit anglais incorpore les conventions internationales au moyen de règles internes d'implémentation (*implementation acts*). Voy., en ce sens, R. YOUNGS, *English, French and German Comparative Law*, Routledge, London/New York, 2014, p. 10-12 ; Chr. BEHRENDT, « La notion de « parliamentary sovereignity » en droit constitutionnel anglais : fondements, paradoxes et problèmes contemporains », *RIDC*, 2002, p. 221-289, spéc. 251. Or, aucune norme du droit international ne peut pénétrer dans l'ordre juridique interne sans concours d'une règle nationale : voy. notamment *Blackburn v. Attorney General*, 1971, *W.L.R.* 137 : « *We take no notice of treaties until they are embodied in law enacted by Parliament* » ; voy. aussi I. LOVELAND, *Constitutional Law. A critical introduction*, Butterworth, London, 2000. p. 32. Ainsi, les règles formellement statutaires, sont de nature conventionnelle. De ce fait, c'est la nature de ces règles, matérialisant les obligations internationales de l'Angleterre, et non pas la source, qui commande leur application impérative.

[646] Cass., 1re civ., 9 déc. 2003 et 31 mai 2005: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2005, p. 466, note P. LAGARDE ; respectivement: *RDC* 2004/3, p. 769, obs. D. BUREAU et *RDC* 2005/4, p. 1185, obs. D. BUREAU: pour la Convention de Rome de 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles. Cass., 1re civ., 6 févr. 2008 : *Bull. civ.* 2008, I, n° 39: pour la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits.

B. L'AUTORITE DE LA REGLE DE CONFLIT SOUS L'INFLUENCE DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

424. À l'exception des litiges touchant au droit de la consommation[647], la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas imposé, jusqu'à présent, aux tribunaux des États membres de relever d'office les moyens tirés du droit de l'Union européenne lorsque les parties ont omis de le faire. L'arrêt *Heemskerk BV* est, en effet, révélateur en ce sens[648]. Cela ne veut pas dire, cependant, que l'origine de la règle de conflit ne pourrait pas devenir, à l'avenir, à nouveau un critère justifiant l'obligation du juge d'appliquer d'office la règle de conflit.

425. L'influence croissante du droit de l'Union européenne sur le droit des États membres pourrait faire évoluer la jurisprudence de la Cour de justice dans le sens d'une obligation du relevé d'office pour le juge national[649]. Appliquée dans la matière du droit international privé, la règle imposerait ainsi l'obligation pour le juge national d'appliquer d'office les règles de conflit de lois issues du droit de l'Union européenne, telles que celles issues des règlements Rome I, Rome II, Rome III et même si la disponibilité des droits en cause ne le commande pas.

426. Même s'il n'existe pas dans le droit de l'Union européenne une obligation pour les tribunaux des États membres d'appliquer d'office les règles de conflit européennes, cela ne veut pas dire que le régime procédural de la règle de conflit n'est pas influencé à ce niveau. Ainsi, en droit de l'Union européenne le juge national a la liberté de soulever d'office l'application des règles européennes dans le silence des parties. C'est, en effet, pour assurer la primauté du droit de l'Union européenne que la Cour de justice de l'Union européenne a estimé dans l'arret *Verholen*[650] que le droit de l'Union européenne ne s'opposait pas à ce que le juge national soulève d'office la question de son application. Les arrêts *Peterbroeck* et *Van Schijndel* ont apporté la précision que l'application du droit de l'Union européenne devait se faire, dans ce cas, en fonction des règles procédurales nationales : « Il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des

---

[647] Voy. en ce sens, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « Le relevé d'office en droit de la consommation interne et communautaire », *CCC* n° 7, 2013, étude 9 ; N. DUPONT, « Le relevé d'office dans le cadre de l'action en suppression de clauses abusives engagée par une association de consommateurs », *JCP E* n° 47, 20. 2014. 1591.

[648] CJCE, 25 nov. 2008, *Heemskerk BV: Europe 2009*, C-455/06, *Rec.,* p. I-08763.

[649] Certains hauts magistrats y avaient déjà vu une obligation au lendemain des arrêts *Peterbroeck* (CJCE 14 déc. 1995, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS c/État belge*, C-312/93, *Rec.,* p. I-04599) et *Van Schijndel* (CJCE, 14 décembre 1995, *Jeroen van Schijndel/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, C-430/93 et C-431/93, *Rec.,* p. I-627) par application combinée de cette jurisprudence et des articles 12, 619 et 620 du Code de procédure civile, voy. en ce sens G. CANIVET et J.-G. HUGLO, « L'obligation du juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts *Jeroen Van Schijndel* et *Peterbroeck* », *Europe* 1996, p. 3.

[650] CJCE, 11 juill. 1991, *Verholen*, C-87/90, C-88/90 et C-89/90, *Rec.,* p. I-03757.

recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire »[651]. L'autonomie procédurale ainsi dévoilée a cependant été tempérée par deux principes cumulatifs, à savoir, le principe de l'équivalence et le principe de l'effectivité.

427. Le droit de l'Union européenne influence donc le statut procédural de la règle de conflit[652]. Il faut cependant s'interroger sur la façon dont procède le droit de l'Union européenne pour influencer ainsi la règle de conflit. En effet, l'influence du droit de l'Union européenne sur le statut procédural de la règle de conflit se reflète de deux façons : d'une part, il exerce un contrôle sur le fonctionnement des règles de conflit nationales (1), d'autre part, il crée des règles de conflit uniformes (2).

1. LE CONTROLE DU FONCTIONNEMENT DES REGLES DE CONFLIT NATIONALES

428. Le droit de l'Union européenne a le potentiel d'influencer l'office du juge à l'égard des règles de conflit nationales[653]. Dans le domaine de la compétence judiciaire internationale en matière contractuelle, la Cour de justice a établi que le lieu d'exécution du contrat déterminant la compétence juridictionnelle[654] doit être recherché en vertu de la loi qui régit l'obligation litigieuse selon les règles de conflit de la juridiction saisie[655]. En vertu du principe de primauté dont bénéficie la jurisprudence de la Cour de justice, le juge français a donc l'obligation d'appliquer cette règle de conflit, de rechercher la loi applicable, et d'en tenir compte pour déterminer le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse[656].

---

[651] CJCE, 14 déc. 1995, *Peterbroeck*, préc. et CJCE, 14 déc. 1995, *Van Schijndel,* préc. ; *Europe 1996*, comm. 57, obs. D. SIMON et A. RIGAUX ; *JDI* 1996, p. 468, obs. D. SIMON.

[652] Pour l'étude approfondie de l'évolution du statut procédural de la règle de conflit face au développement du marché intérieur voir : J. BASEDOW, « The Communautarisation of the Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam», *C.M.L.Rev.*, 2000, p. 687-708 ; O. REMIEN, « European Private international Law, the European Community and Its Emerging Area of Freedom, Security and Justice », *C.M.L.Rev.*, 2001, p. 53-86 ; L. IDOT, « L'incidence de l'ordre juridique communautaire sur le droit international privé », *in Droit communautaire et le droit international privé, Actes de colloque de Toulouse*, *PA*, n° spécial, 2002, n° 248.

[653] Voy. en ce sens, J.-P. ANCEL, « La prise en compte du droit international … », *loc. cit.*, p. 59-75, et spéc. p. 65.

[654] Art. 5, § 1 de la Convention de Bruxelles du 29 novembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE* 1998, n° C 027, p. 0001-0027 (Convention de Bruxelles) ; art. 5, § 1, a) du Règlement Bruxelles I concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, préc. ; art. 7 § 1, a) du Règlement Bruxelles I bis refonte concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

[655] CJCE, 6 octobre 1976, *Industrie Tessili Italiana Como c/ Dunlop AG*, C-12/76, *Rec.,* p. 01473, point 13. Selon l'interprétation de l'arrêt par la doctrine anglaise (voy. R. FENTIMAN, *Foreign Law in English Courts…, op. cit.*, p. 122 et s.) l'obligation du juge de soulever l'élément d'extranéité et d'appliquer *proprio motu* la règle de conflit découle de l'obligation faite au juge de vérifier le chef de sa compétence.

[656] Cass., 1re civ., 9 février 1994, *Bull. civ.* I, n° 51.

429. De même, le règlement Bruxelles I bis[657] donne aux juges nationaux, à travers l'article 62, des instructions sur la détermination du domicile du défendeur. Le domicile du défendeur doit ainsi être déterminé selon le droit de l'État de domicile[658]. Si l'État de domicile n'est pas l'État du juge saisi, ce dernier devra appliquer la loi de l'État de domicile, étrangère par définition (l'art. 62 le dit explicitement dans le §2[659]). En vertu du principe de primauté, le règlement s'impose au juge national[660].

430. Il faut également observer que l'influence du droit de l'Union européenne sur les règles de conflit des États membres concerne non seulement le statut procédural de telles règles mais aussi le résultat matériel de leur application. Cet autre aspect de l'influence européenne sur le droit international prive national est connu comme l'européanisation indirecte et procède à une confrontation obligatoire entre les résultats de l'application des règles de conflits (quelles qu'en soient les sources) et les principes fondamentaux du droit de l'Union européenne. Cette influence se présente donc sous la forme d'un test de compatibilité qui tend à écarter l'application des règles matérielles constitutives d'entraves. L'obligation générale imposée au juge national d'écarter une disposition nationale incompatible avec le droit de l'Union européenne vaut aussi bien à l'égard de la loi du for qu'à l'égard d'une loi étrangère applicable dans l'État du for[661]. C'est pourquoi, au

[657] Règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, préc.

[658] Art. 62, § 1 du Règlement Bruxelles I bis : « Pour déterminer si une partie a un domicile sur le territoire de l'État membre dont les juridictions sont saisies, le juge applique sa loi interne. »

[659] Art. 62, § 2 du Règlement Bruxelles I bis : « Lorsqu'une partie n'a pas de domicile dans l'État membre dont les juridictions sont saisies, le juge, pour déterminer si elle a un domicile dans un autre État membre, applique la loi de cet État membre. »

[660] Vu sous le prisme du principe *mandatory pleading* cet article produit en droit anglais un effet pervers qui consiste dans le fait que l'obligation d'invoquer et de rechercher le contenu de la réglementation étrangère de domicile est imposée aux parties, et non pas au juge, sous peine de rejet de la demande en cas d'échec de preuve. En droit anglais le caractère obligatoire était reconnu également à l'art. 52 de la Convention de Bruxelles, analogue à l'art. 59 du Règlement Bruxelles I et l'article 62 du règlement Bruxelles I bis. Le principe de *voluntary pleading* a été jugé nuisible à l'objectif de la convention et entraver l'opération de l'instrument. Sur le caractère obligatoire de la convention voy. P. SCHLOSSER, Report on the Convention..., *JOCE*, 05/03/1979, n° C-59/72, p. 81-82.

[661] Bien qu'il s'agissait de la prise en compte du droit étranger public, des hypothèses de ce genre ont fait l'objet de la jurisprudence de la CJCE, dans les affaires *Union laitière normande* (CJCE, 12 juillet 1979, C-244/ 78, *Rec.,* p. 2663, dans laquelle la solution du litige au principal, relatif à la non exécution du contrat, supposait un examen de compatibilité d'une loi étrangère interdisant la commercialisation du produit en cause) et *Foglia c/ Novello* (CJCE, 11 mars 1980, C-104/79, *Rec.,* p. 745, et 16 décembre 1981, C-244/80, *Rec.,* p. 3045, où la question en cause concernait la compatibilité avec le droit de l'Union européenne du droit d'un autre État membre. En l'espèce, la Cour a affirmé qu'à défaut de dispositions du droit de l'Union européenne, la possibilité d'une mise en cause d'un État membre autre que celui du for et dont la législation faisait l'objet d'une contestation quant à sa compatibilité au droit de l'Union européenne, dépendait du droit procédural de l'État du for et des principes du droit international.

cas où une loi étrangère désignée ne remplirait pas la condition de compatibilité, la règle de conflit nationale se trouverait paralysée[662].

431. Dans le contexte de l'uniformisation du droit matériel des États membres, la perception que les juges des États membres ont de la condition de la loi étrangère change selon que celle-ci est celle d'un État membre ou d'un État tiers. La convergence progressive des droits nationaux n'aurait d'autre objectif que de faire disparaître les conflits de lois dans l'espace européen[663].

432. Ainsi, la politique européenne de rapprochement des législations instituerait une forme d'équivalence entre les lois nationales. Dans cette hypothèse, le concept de lois étrangères n'aurait plus sa place au sein de l'Union européenne. Il n'y resterait que des lois extra-européennes, étrangères *stricto sensu* à l'ordre juridique européen. Vu cette redéfinition de la notion même de loi étrangère, il serait tentant de penser que le mécanisme des règles de conflit ne subsistera dans l'ordre juridique européen que pour les litiges impliquant un élément extra-européen. Cependant, même en acceptant cette hypothèse, il faut tenir compte du fait que la loi étrangère désignée par la règle de conflit de l'État membre sera soumise au test ultime de compatibilité et écartée si elle est jugée contraire à l'intérêt collectif européen. Ce mécanisme d'éviction de la loi désignée pour défaut de compatibilité, analogue à l'exception d'ordre public, pourra éventuellement faire obstacle à l'importation même des lois strictement étrangères au sein de l'Union européenne.

433. L'émergence des « lois de police » européennes, dont l'application s'impose de façon nécessaire, malgré la désignation opérée par la règle de conflit[664], vient appuyer notre propos. Les lois de police européennes ont, ainsi, donné naissance à des nouveaux types de conflits de lois : celui opposant les lois de police européennes aux lois de police nationales et celui opposant les lois de police européennes aux lois des pays tiers n'ayant pas obligation de s'aligner sur les objectifs de l'Union européenne. C'est ce dernier type de conflit de lois qui présente le plus d'intérêt pour notre étude, puisqu'il nous renseigne sur l'applicabilité des lois étrangères extra-européennes dans

---

[662] Voy. en ce sens M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans l'espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne », *Rec. cours La Haye*, vol. 253, 1995, p. 231 et s.

[663] B. FAUVARQUE-COSSON, « Comparative Law and Conflict of Laws : Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple », *A.J.C.L.*, 2001, vol. 49, p. 407-427, et spéc. p. 417 ; K. KREUZER, « La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives », *in Unifier le droit: rêve impossible ?*, *Global Law*, 2001, nº 1, p. 98 et s. ; H.U.J. D'OLIVEIRA, « The EU and a Metamorphosis of Private International Law », *in Reform and Development of Private International Law, Essays in honor of Sir P. North*, Oxford University and Contributors, New York, 2002, p. 119-121.

[664] Voy. L. BERNARDEAU, « Droit communautaire et les lois de police », *JCP* 2001. 1158-1162 ; M. FALLON, *Rec. cours La Haye*, vol. 253, 1995 ; L. IDOT, « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », préc.

l'ordre juridique de l'Union. Dans l'arrêt *Ingmar*[665], la Cour de justice a ainsi considéré une directive européenne, sur la base des objectifs qu'elle poursuit, comme dotée de l'impérativité d'une loi de police ayant primauté sur la loi d'un État tiers. La primauté du droit de l'Union européenne peut donc, le cas échéant, s'imposer à la loi d'un État tiers, ce qui implique l'impossibilité de faire application d'une loi extra-européenne non conforme aux objectifs de l'ordre juridique européen. Toutefois, comme les frontières de la notion de la « loi de police européenne » n'ont pas été précisées, nous ne pouvons émettre que des conclusions prudentes sur l'incidence du droit de l'Union européenne à l'égard de l'application des lois étrangères des États tiers.

434. En effet, l'impérativité des dispositions européennes n'est pas admise de façon systématique, la Cour de justice procédant à un examen minutieux des objectifs des législations européennes et nationales afin de détecter une éventuelle incompatibilité entre elles[666]. Or, le test de compatibilité s'opère sans distinction de l'origine de la règle appliquée. Les dispositions nationales harmonisées d'un autre État membre ne sauraient échapper au test de compatibilité, s'il s'agit de dispositions transposant une directive[667]. La mauvaise transposition ou une omission de transposer une directive par un État membre, dont la législation est applicable selon les règles de conflit du for, laisse subsister un conflit de lois, même si le juge de l'État du for doit, dans toute la mesure du possible, interpréter la loi étrangère d'une manière conforme à la directive[668]. De plus, les juges de Luxembourg ont affirmé que le juge national pourra soulever d'office, dans l'intérêt du justiciable, les dispositions d'une directive non transposée[669]. Ainsi, l'européanisation indirecte du droit international privé des États membres incite à la relecture téléologique de la théorie classique savignienne des conflits de lois[670]. En influençant le résultat matériel de l'application de la règle de conflit à ses principes et objectifs poursuivis, le droit de l'Union européenne transforme ces règles neutres par définition en règles finalisées.

---

[665] CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar*, préc. ; Cass, com., 28 nov. 2000, *SA Allium c/ Sté Alfin Inc.*: *JCP* 2001. II. 10527, note L. BERNARDEAU.

[666] CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, préc. ; CJCE, 24 janvier 2002, *Portugais Construçoes Lda*, préc. ; 25 octobre 2001, *Finalarte*, C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C- 54/98 et C-68/98 à C-71 /98, *Rec.*

[667] M. FALLON, *Rec. cours La Haye*, vol. 253, 1995, p. 242 ; Groupe européen de droit international privé (GEDIP), *Les effets de l'harmonisation sur la preuve et l'application du droit étranger, Compte rendu des séances de travail*, 5e réunion, Genève, 29 sept.-l oct. 1995, document disponible sur: http://www.drt.ucl.ac.be/ gedip/reunionstravail/ gedip-reunions-5t.html.

[668] CJCE, 14 juillet 1994, *Facini Dori*, C-91/92, *Rec.* p. I-03325

[669] CJCE, 11 juillet 1991, *Verhoelen*, C-87/90, *Rec.,* p. I-3757.

[670] J.-S. BERGE, « Le droit d'une « communauté des lois »: le front européen », *in Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 113-136, spec. p. 227.

435. Dans les relations entre les États membres de l'Union européenne, cette influence indirecte se traduit par la mise en concurrence des lois nationales des États, afin d'assurer l'application de la loi la plus favorable à la liberté des échanges[671]. Cette quête de la *lex in favorem* prend, selon certains, la forme d' « une règle de conflit cachée » à caractère matériel, qui donnerait compétence à la loi de l'État (État d'origine ou de destination de la marchandise ou du service) qui serait le plus favorable aux libertés chères à l'Union[672]. L'« européanisation indirecte » se présente comme un produit de convergence des méthodes du droit international privé du droit de l'Union européenne. Elle renforce l'autorité de la règle de conflit nationale de manière sélective, là où la loi nationale qu'elle désigne s'avère conforme aux principes de cet ordre juridique.

436. Le droit de l'Union européenne ne se limite pas à contrôler, à travers ses instruments, le fonctionnement des règles de conflit des États membres. Il intervient également d'une manière plus directe en formulant de nouvelles règles de conflit uniformisées afin d'assurer une cohérence des décisions de droit international privé dans l'espace européen.

2. L'ELABORATION DE REGLES DE CONFLIT UNIFORMES

437. Le deuxième vecteur de l'influence européenne est représenté par l'élaboration de règles de conflit par emprunt des méthodes et techniques du droit international privé afin de régir les situations entre les États membres ou véritablement internationales[673]. Ce processus, connu dans la doctrine en tant qu'« européanisation directe »[674], était fondé sur l'art. 65, (b) TCE, remplacé par l'article 81 lors de l'entrée en vigueur, en 2009, du Traité de Lisbonne sur le fonctionnement de l'Union européenne, et il vise à « favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois...»[675].

---

[671] J.-S. BERGE, « Le droit d'une « communauté des lois »: le front européen », *loc. cit.*, § 8 ; du même auteur « L'avenir communautaire du droit international privé des conflits de lois», in J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET-HOEGY (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 210.

[672] C'est la lecture qu'il conviendrait de faire des arrêts de la CJCE, lorsque, pour imposer les libertés du droit de l'Union européenne, celle-ci a été amenée à écarter les lois du pays d'accueil, voy. en ce sens J.-S. BERGE, « Le droit d'une « communauté des lois »: le front européen », *loc. cit.*, spec. § 8.

[673] Sur les règles de conflit d'origine communautaire voir : S. KNOFFEL, « EC Legislation on Conflicts of Laws : Inrerractions and incompatibilities between Conflict Rules », *ICLQ,* vol. 47, no 2,1998, p. 439-445.

[674] Le terme a été utilisé pour la première fois par J. BASEDOW, « The Communautarisation of the Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam», *loc. cit.,* p. 687 ; dans le même sens O. REMIEN, «European Private international Law, the European Community and Its Emerging Area of Freedom, Security and Justice », *C.M.L.Rev.*, 2001, p. 53 - 86.

[675] L'article 81, § 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE) prévoit ainsi qu'« aux fins du paragraphe 1, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent, notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, des mesures visant à assurer:

a) la reconnaissance mutuelle entre les États membres des décisions judiciaires et extrajudiciaires, et leur exécution;

b) la signification et la notification transfrontières des actes judiciaires et extrajudiciaires;

438. Pour tracer l'incidence des démarches d'uniformisation entreprises par l'Union européenne dans le domaine des règles de conflit de lois sur la condition de la loi étrangère dans les États membres, il semble nécessaire de s'interroger sur la portée géographique de ces règles (a) et sur leur autorité devant le juge national (b).

a. La portée géographique des règles de conflit uniformes

439. Le caractère de la règle de conflit uniforme peut, sans doute, prédéterminer le degré d'ouverture de l'espace légal et judiciaire européen à « l'importation » des lois étrangères. Notons que s'interroger sur la portée géographique des règles de conflit uniformes, revient à faire un choix entre les règles de caractère auto-limité ou de caractère universel[676].

440. Dans le premier cas, la règle de conflit n'est applicable que si la situation litigieuse présente un minimum de liens avec l'Union européenne. Dans le second cas, en revanche, il suffirait qu'une question de droit applicable se pose devant un juge d'un État membre, pour qu'il applique la règle de conflit européenne, même si la situation litigieuse se situait essentiellement dans un État tiers. Il est évident qu'en posant une exigence de rattachement européen, les règles auto-limitées ne sont pas aptes à appréhender les situations extra-européennes et à « importer » des lois strictement étrangères (celles des États tiers). Cela ne signifie pas que la désignation des lois des États tiers ne sera pas possible. En revanche, cela nécessitera un dédoublement du système de droit international privé des États membres pour les relations intra et extra-européennes. Fournir au juge national ce double système de droit international privé semble artificiel et peu opportun. C'est pourquoi, le caractère nécessairement universel des règles de conflit européennes semble plus approprié, les règles contenues dans le Règlement Rome III ayant, par exemple, confirmé cette voie[677].

---

c) la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence;
d) la coopération en matière d'obtention des preuves;
e) un accès effectif à la justice;
f) l'élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres;
g) le développement de méthodes alternatives de résolution des litiges;
h) un soutien à la formation des magistrats et des personnels de justice.

[676] J.-S. BERGE, colloque préc., p. 230.

[677] L'application corrélative de la règle de l'application universelle prévue à l'article 1 et de l'article 8 de ce règlement permet, en effet, la désignation d'une loi appartenant à un État non membre de l'Union européenne. L'article 8 prévoit ainsi des règles en cas de défaut de choix par les parties : « A défaut de choix conformément à l'article 5, le divorce et la séparation de corps sont soumis à la loi de l'État:
a) de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,

b. L'autorité des règles de conflit uniformes devant le juge national

441. Est-ce qu'une règle de conflit issue d'un acte européen de droit dérivé doit être soulevée d'office par le juge en raison de son origine européenne ? Le problème qui se pose est représenté, dans ce cas, par la détermination du fondement juridique du caractère impératif de la règle de conflit européenne à l'égard du juge national. Plusieurs pistes de réflexion peuvent être proposées à cet effet. L'applicabilité d'office de la règle de rattachement européen pourrait, à cet effet, être considérée comme le prolongement du principe de primauté[678], comme tirant sa qualification d'ordre public de cette règle[679], ou comme procédant du souci d'assurer un effet utile à l'objectif de réalisation du marché intérieur[680].

α. Le principe de primauté en tant que source de l'application d'office de la règle de conflit

442. L'idée de déduire l'applicabilité d'office des règles de conflit d'origine européenne du principe de primauté, ne rencontre pas de reconnaissance universelle[681]. Le principe de primauté traduit, en effet, le caractère supranational du droit de l'Union européenne par rapport aux droits nationaux et vise à assurer la bonne gestion d'un système normatif hiérarchique à deux niveaux. Cette vocation du principe de primauté est matérialisée dans l'obligation de juge national « d'appliquer intégralement le droit de l'Union européenne, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale... »[682]. De ce point de vue, le principe de primauté pourrait « déclencher » l'office du juge dans l'hypothèse de contradiction d'une règle de

---

b) de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux réside encore dans cet État au moment de la saisine de la juridiction; ou, à défaut,
c) de la nationalité des deux époux au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,
d) dont la juridiction est saisie. »

[678] Sur l'application judiciaire du principe de primauté voy. C. HAGUNEAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 1995. Sur le principe de primauté vu par le droit anglais voy. Chr. BEHRENDT, « La notion de « parliamentary sovereignity » en droit constitutionnel anglais : fondements, paradoxes et problèmes contemporaines », *RIDC*, 2002, p. 221-289, et spéc. p. 55 ; D. FREESTONE, « The Supremacy of Community Law in National Courts», *M.L.R.,* n° 2, p. 220-223 ; G.C.P. DE BURCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, 6e éd., Oxford University, Oxford, 2015, p. 301-315. Sur le principe de primauté vu par le droit français voy. L. DUBOUIS, « Directive communautaire et la loi française : primauté de la directive et respect de l'interprétation que la Cour de justice a donné a ses dispositions», *RFDA*, n° 3, mai-juin, 1992, p. 425 ; Cass., Ch. mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1976. 347, note J. FOYER et D. HOLLEAUX ; *GAJDIP*, no 55.

[679] M. FALLON, *Rec. cours La Haye*, vol. 253, 1995, p. 231 et s.

[680] Groupe européen de droit international privé (GEDIP), Les effets de l'harmonisation sur la preuve et l'application du droit étranger, préc.

[681] M. FALLON, *Rec. cours La Haye*, vol. 253, 1995, p. 242.

[682] CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c/ Semmenthal*, 106/77, *Rec.,* p. 1978 -00629 ; G.C.P. DE BURCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, *op. cit.,* p. 275-285 ; J.-M FAVRET, *Droit et pratique de l'Union européenne*, 2° éd., Gualino, Paris 1999, p. 258 et s. ; P.S.R.F MATHIJSEN, *A Guide to the European Union Law*, 8e éd., Sweet&Maxwell, London, 2004, p. 41-45.

conflit nationale et d'une règle uniforme européenne. La non-conformité de la règle nationale doit, donc, être soulevée d'office afin d'assurer la pleine efficacité du droit de l'Union européenne.

443. Cependant, il n'est pas aisé à prolonger la corrélation « principe de primauté - office du juge » en dehors de ce « conflit » entre les normes nationale et les normes européenne car ces deux énoncés ne se situent pas au même niveau de raisonnement juridique : le principe de primauté consacre la prééminence des normes européennes sur les normes étatiques, alors que l'applicabilité d'office d'une règle européenne définit son statut procédural et assure la mise en œuvre de cette dernière dans le système juridique. Le caractère impératif d'une règle de conflit européenne ne ressort, donc, pas avec évidence du principe de primauté et affirmer le contraire susciterait une relecture de l'interprétation du principe de primauté - à la lumière de l'exigence d'uniformité. L'objectif d'uniformisation poursuivi par le droit de l'Union européenne exige, en effet, que ce droit ait la même signification (*Gleichbedeutend*), la même force obligatoire (*Gleichbindend*) et le même contenu invariable (*Gleichbleibend*)[683]. Vue sous cet angle, la primauté du droit de l'Union européenne conditionne son uniformité[684], quelle que soit la branche du droit interne[685]. Cette approche ne justifie, peut-être, pas en soi le lien nécessaire entre l'application d'office des règles de conflit uniformes et le principe de primauté, mais elle invite à s'interroger sur l'efficacité des normes européennes et leur interprétation au vu de l'objectif d'uniformisation.

β. La qualification d'ordre public en tant que source de l'application d'office de la règle de conflit

444. La deuxième piste de réflexion concernant le fondement juridique de l'applicabilité d'office des règles de conflit européennes a été proposée par M. Fallon[686]. Le caractère impératif de la règle de conflit de source européenne, dépendrait, selon cette théorie, de sa qualification d'ordre public, qualification inhérente à l'objectif même de la règle de droit de l'Union européenne. Ainsi, la règle européenne ne pourrait recevoir une condition procédurale moins favorable que celle dont bénéficie toute règle nationale correspondante[687] : si une règle de droit

---

[683] L.J. CONSTANTINESCO, « La spécificité du droit communautaire», *R.T.D.Eur.*, 1966.1.

[684] En ce sens voy. les conclusions de l'avocat général DARMON (*Rec.* CJCE, p. 3772) sur l'arrêt *Verhoelen*, préc. : « La primauté du droit communautaire ne serait être laissée à l'appréciation des juges nationaux, au risque d'entamer sérieusement le caractère uniforme de l'application de ce droit».

[685] CJCE, 21 mars 1972, *Ministère public italien c/ SAIL*, 82/71, *Rec.,* p. 119, dans lequel la Cour a précisé que pour le droit que « l'efficacité du droit communautaire ne saurait varier selon les différents domaines du droit national à l'intérieur desquels il peut faire sentir ses effets ».

[686] M. FALLON, *Rec. cours La Haye*, vol. 253, 1995, p. 244.

[687] Sur la qualification d'ordre public des règles de conflit nationales en droit français voy. Cass., 1re civ., 12 mai 1959, *Bisbal*, préc. ; Cass., 1re civ., 2 mars 1960, *Cie Algérienne de Crédit et de Banque* : *Rev. crit. dr. internat. privé*

interne reçoit une qualification d'ordre public et appelle, à ce titre, une applicabilité d'office, le même régime doit être assuré à une règle européenne correspondante.

445. Ce raisonnement visant à aligner le statut procédural des règles de source européenne sur celui des règles nationales, permettrait l'application d'office des règles de conflit uniformes. Cependant, tout en admettant que c'est le droit national qui définit les modalités d'application du droit de l'Union européenne[688], la spécificité du domaine des règles de conflit unifiées fait qu'elles ne tolèrent pas la discrétion du juge par crainte de compromettre le résultat uniforme recherché. De ce fait, une exception doit être faite pour les règles de conflits uniformes, quant à leur mise en œuvre, sans pour autant remettre en cause le mérite du raisonnement de M. Fallon pour les règles européennes matérielles[689]. Cette observation n'est pas en contradiction avec l'idée évoquée ci-dessus, puisque « la qualification d'ordre public est inhérente à l'objectif même de la règle de droit en cause»[690]. L'objectif d'une règle de conflit européenne uniforme étant de garantir la certitude de l'ordre juridique compétent, la sécurité juridique et la prévisibilité du résultat juridique dans les litiges transfrontaliers, il faut admettre incontestablement l'application d'office de cette règle de conflit.

χ. L'effet utile de la réalisation du marché intérieur en tant que source de l'application d'office de la règle de conflit

446. Le fondement juridique de l'applicabilité d'office des règles de conflit européennes découlerai également du souci d'assurer un effet utile à l'objectif de réalisation du marché intérieur. C'est la théorie de « l'effet utile » de la règle de conflit, dont le caractère impératif est déduit de l'interprétation téléologique de l'objectif ultime d'uniformisation. En effet, les actes de droit dérivé doivent être interprétés en fonction de l'effet utile qui doit leur être donné[691]. L'applicabilité d'office d'une règle de conflit européenne pourrait provenir du souci d'assurer un effet utile à l'objectif de réalisation du marché intérieur qui la sous-entend car, par son caractère

1960. 97, note H. BATIFFOL ; *JDI* 1961. 408, note B. GOLDMAN ; JCP 1960. II. 11734, note MOTULSKY; *GAJDIP*, no 33. Pour le droit anglais, reposant sur le principe de l'application facultative de la règle de conflit, la qualification d'ordre public de cette dernière est étrangère et sans pertinence.

[688] Par exemple CJCE, 21 septembre 1989, *Grèce*, 68/88, *Rec.,* p. 2965.

[689] Voy. CJCE, 25 juillet 1991, *D'Urso*, C- 362/89, *Rec.,* p.I-4105 pour l'interprétation d'une règle « impérative » de la directive no 77/187 concernant la protection du travailleur en cas de transfert de l'entreprise et CJCE, 10 févr. 1988, *Daddy's Dance Hall*, 324/86, *Rec.,* p. 739, interdisant le renoncement aux droits conférés aux personnes protégées.

[690] M. FALLON, *Rec. cours La Haye*, vol. 253, 1995, note 57.

[691] Groupe européen de droit international privé (GEDIP), *Les effets de l'harmonisation sur la preuve et l'application du droit étranger*, préc.

uniforme, cette règle contribue à un rapprochement des législations nationales, afin d'assurer des conditions égales de concurrence.

447. Cependant, tolérer la disparité dans la condition procédurale des règles de rattachement européen, risque de maintenir une distorsion du résultat uniforme recherché[692] car, dans ce cas, l'applicabilité d'office d'une règle de conflit uniforme dépendra, par exemple, du contenu plus ou moins inconditionnel d'une directive. En effet, la directive comme forme juridique est généralement impropre à réaliser un rapprochement des droits internationaux privés des États membres, à la différence d'un règlement[693] car, même si l'État est obligé de s'assurer, par tous les moyens utiles, de l'effectivité des droits établis par la directive[694] il dispose, en revanche, d'une totale liberté quant aux moyens à mettre en œuvre. Or, la totale liberté quant aux moyens de la mise en œuvre est incompatible avec l'objectif imposé d'uniformité du droit de l'Union européenne.

448. *De lege ferenda*, pour éviter les disparités de transposition, seuls les règlements devraient être utilisés[695], car la force juridique impérative des ses dispositions (dont les règles de conflit) ne laisse aucune marge d'appréciation au juge national et lui impose l'application d'office de ces dernières.

449. Vu que la question de l'applicabilité d'office des règles de rattachement européen affecte directement le droit de l'Union européenne[696], il appartient à ce dernier de déterminer si la condition procédurale du droit applicable relève de règles européennes ou de chaque législation nationale. Une réponse semble avoir été donnée par la Cour de justice de l'Union européenne dans les affaires *Van Schijndel*[697] et *Peterbroek*[698], où elle a tranché la question de l'obligation, pour le juge national, de soulever d'office l'application du droit de l'Union européenne. Par ces arrêts, la Cour de justice laisse au droit national le soin de déterminer dans quelles hypothèses le juge

---

[692] H.U. D'OLIVEIRA, « The EU and a Metamorphosis … », *loc. cit.*, p. 111-136, et spéc. 123 ; M. FALLON, *Rec. cours La Haye*, vol. 253, 1995, p. 244.

[693] Voy. en ce sens, M.-L. JOBOARD-BACHELLIER, « L'acquis communautaire du droit international privé des conflits de lois » in J.-S., BERGE et M.-L., NIBOYET-HOEGY (dir.), *La réception…*, *op. cit.*, p. 195.

[694] Une telle obligation de résultat découle des principes qui régissent le processus d'exécution du droit communautaire par l'État : l'obligation d'assurer l'effectivité des droits consentis s'ajoute et celle d'assurer aux règles communautaires un régime de sanctions équivalent à celui dont bénéficient les règles nationales correspondantes, voy. CJCE, 21 septembre 1989, *Grèce*, préc.

[695] K. KREUZER, « La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives », *loc. cit.,* p. 98-157.

[696] Voy. Groupe européen de droit international privé (GEDIP), *Les effets de l'harmonisation sur la preuve et l'application du droit étranger*, préc., où il est précisé que la question de l'applicabilité d'office des règles de rattachement européen n'est pas propre au droit international privé.

[697] CJCE, 14 déc. 1995, C-430/93 et C-43I. 93, *Rec.,* p. I- 04705.

[698] CJCE, 14 déc. 1995, C-312/93, *Rec.,* p. I-04599.

sera tenu de soulever d'office la question de l'application de droit de l'Union européenne. Ce renvoi est assorti de deux réserves importantes. La Cour a précisé, d'abord, que les modalités des procédures nationales « ne pourront être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne » et en exigeant, ensuite, que ces modalités procédurales ne doivent pas « rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique européen ». Ces deux règles reflètent, ainsi, les principes d'équivalence[699] et d'effectivité du droit de l'Union européenne[700].

450. Appliquée au problème de la mise en œuvre des règles de conflit européennes, cette solution précisée par la Cour de justice de l'Union européenne suggère que le droit de l'Union européenne n'impose pas au juge national d'appliquer d'office la règle de conflit européenne[701]. Le statut procédural de ces règles, ainsi que l'office du juge à leur égard, est déterminé par le droit national, sachant que les modalités procédurales de leur mise en œuvre doivent être au moins aussi favorables que celles réservées aux règles nationales (principe d'égalité de traitement). Subséquemment, le statut procédural des règles de conflit européennes sera aligné sur celui dont bénéficient les règles nationales, ce qui reflète la thèse de M. Fallon. Or, vu les disparités entre les législations nationales dans la matière (mise en œuvre facultative de la règle de conflit, soumise à la demande des parties en droit anglais ; régime dualiste en droit français), cette solution ne peut que rendre un mauvais service à l'objectif d'uniformisation du droit des conflits de lois européennes.

451. L'expérience européenne suggère les importantes implications de cet ordre juridique à propos du régime procédural des règles de conflit et de la condition de la loi étrangère dans l'espace européen. La source internationale de la règle de conflit, malgré ses implications pratiques et théoriques sur le régime procédural de ce type de règle, n'a pas le pouvoir de rendre obligatoire son application. En effet, en droit français, le seul critère accepté pour déterminer l'impérativité de la règle de conflit reste celui de la nature des droits litigieux.

---

[699] Le principe de l'équivalence « impose que les mêmes règles de procédure s'appliquent aux recours fondés sur le droit communautaire et aux recours comparables fondés sur le droit national », voy. Concl. de l'avocat général P. MADURO dans l'affaire *Van der Weerd*, point 15, CJCE, 7 juin 2007, C-222/05 à C-225/05, *Rec.* Cela signifie que le droit de l'Union européenne a, devant le juge d'un État membre, le même statut procédural que le droit national de ce juge.

[700] Le principe de l'effectivité impose aux droits nationaux l'obligation de ne pas rendre excessivement difficile, voire impossible, l'exercice des droits issus du droit de l'Union européenne. Il s'agit, dans ce cas, d'une obligation de ne pas faire, dans le sens où le statut procédural de droit national ne doit pas rendre particulièrement difficile ou presque impossible l'accès au droit de l'Union européenne.

[701] G. CANIVET et J.-G. HUGLO, « L'obligation du juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts *Jeroen Van Schijndel* et *Peterbroeck* », *loc. cit.*, p. 3.

§ 2. La nature des droits litigieux

452. Le critère de la nature des droits litigieux est le critère qui indique en droit international privé français si une règle de conflit s'impose ou non au juge. Cependant ce critère représente une spécificité propre au système juridique français qui n'apporte pas une réelle solution au problème. En effet, comment le juge sait-il s'il est en présence de droits disponibles ou indisponibles ? Existe-t-il une différenciation nette en ce domaine ? La réponse à ces questions se trouve dans une analyse croisée des systèmes français et anglais concernant l'utilisation du critère de la nature des droits litigieux afin de mettre en évidence la spécificité française en la matière (A). De même, nous allons révéler les problèmes de la dichotomie des droits litigieux en droit international privé (B).

A. L'exception française

453. Les arrêts *Mutuelles du Mans* et *Belaid A.* utilisent le critère de la nature des droits litigieux afin de fonder l'application impérative de la règle de conflit. La règle de conflit est donc facultative lorsque les droits litigieux sont disponibles et, à titre d'exception, obligatoire lorsque les droits sont indisponibles. C'est une position intermédiaire entre deux doctrines adoptées antérieurement par la Cour de cassation, la doctrine *Bisbal* qui prévoyait que la règle de conflit est toujours facultative, et la doctrine *Reboub-Schule* qui considérait la règle de conflit comme toujours impérative.

454. L'application de la loi étrangère semble être mieux garantie lorsque le litige porte sur des droits indisponibles. L'affirmation se vérifie en mettant en avant l'obligation que le système français impose au juge d'appliquer d'office la règle de conflit lorsque la nature des droits litigieux l'exige, à savoir, lorsque ces droits ont un caractère indisponible. Or, lorsque l'application de la règle de conflit est garantie à travers le critère des droits indisponibles, l'application de la loi étrangère éventuellement désignée par celle-ci a de meilleures chances d'être réalisée. L'indisponibilité des droits litigieux oblige, en effet, le juge du for à appliquer la règle de conflit pour désigner la loi applicable, mais aussi à rechercher la solution de la loi étrangère désignée. Ce critère tend ainsi à établir l'unicité de l'office du juge dans l'intégralité de l'opération de résolution du conflit de lois. La Cour de cassation a confirmé à plusieurs reprises cette solution comme, par exemple, dans trois arrêts concernant des actions en nullité de mariage[702]. De même, dans une

[702] Dans ce cas, afin d'obtenir le divorce il faut, au préalable, établir que le mariage avait été légalement conçu et qualifié de « mariage » par le droit du lieu de célébration. L'établissement du contenu de la loi étrangère régissant les formalités de conclusion de l'union matrimoniale conditionne, donc, la dissolution de mariage. Cette règle a été

autre espèce, la Cour d'appel devait rechercher si le contrat de transport maritime international relevait de la loi française ou de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924[703]. Cette position jurisprudentielle alourdit cependant l'office du juge, que l'on avait pourtant essayé d'alléger avec la mise en place du principe facultatif de l'application de la règle de conflit.

455. En droit anglais, la délimitation droits disponibles - droits indisponibles reste inconnue. Le juge anglais peut, cependant, être confronté à des situations litigieuses internationales impliquant des droits dont la mise en œuvre commande l'application impérative de la loi désignée par la règle de conflit. Ces droits relèvent du statut personnel et peuvent, ainsi, être rapprochés de la notion de « droits indisponibles » du droit français. L'application obligatoire de la loi étrangère dans les litiges concernant l'état et la capacité des personnes n'est, pourtant, pas une règle à portée universelle car elle n'est requise qu'en matière de dissolution de mariage célébré à l'étranger[704]. L'on observe donc la réticence du système juridique anglais d'établir des critères généraux, ainsi que sa volonté de trouver les solutions *ad hoc* aux situations particulières se présentant devant ses juridictions. Il ne s'agit, donc, pas d'une règle de conflit impérative, mais d'une règle de conflit statutaire qui exige la preuve de l'existence d'un mariage selon le droit étranger. L'obligation d'invoquer et de prouver la loi étrangère dans ce domaine est liée, à l'impossibilité technique du droit anglais de s'appliquer en cas de défaut de preuve de la *lex celebrationis*, les règles anglaises étant inapplicables aux mariages célébrés à l'étranger[705]. L'exigence de preuve de la loi étrangère dans les litiges matrimoniaux n'est donc pas liée à la nature des droits en cause et, de ce fait, ne supporte pas la comparaison avec le critère de « l'indisponibilité des droits » du droit français. Elle n'a pas de portée générale, ni dans la matière du statut personnel, ni dans le domaine plus étroit des rapports matrimoniaux. L'avantage du système anglais réside, dans ce cas, dans le fait qu'il prend le soin de définir précisément les situations dans lesquelles sont obligatoires l'application, par le juge, de la règle de conflit et la preuve, par les parties, de la loi étrangère.

456. Une solution différente est présentée par le législateur suisse qui, en application de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, a adopté la division de la matière

---

utilisée pour apprécier le consentement de la femme, en application de la loi togolaise, de la loi marocaine, et de la loi algérienne : Cass., 1re civ., 1er juin 2011, n° 10-16.482, n° 09-68.479 et n° 09-71.992, *D.* 2011, p. 16178, obs. I. GALLMEISTER; *AJ famille* 2011, p. 380, obs. A. BOICHE. En l'absence de preuve de l'existence de mariage selon la *lex celebrationis*, la demande de divorce sera rejetée, voy., en ce sens, O. KAHN-FREUND, *General Problems of Private International Law*, Leiden, 1980, p. 115.

[703] Cass., com., 22 nov. 2011, n° 10-20.426.

[704] En effet ce raisonnement est emprunté à la pratique de divorce en droit interne, selon laquelle seul le mariage légalement conclu peut être terminé par une procédure de divorce, voy. Family Proceedings Act 1991, règle 2.6 (2).

[705] Le préambule de Marriage Act de 1949 précise ainsi que : « An Act to consolidate certain enactments relating to the solemnisation and registration of marriages in England with such corrections and improvements as may be authorised under the Consolidation of Enactments (Procedure) Act, 1949 ».

patrimoniale - extrapatrimoniale dans le domaine de l'établissement du contenu de la loi étrangère. A notre avis, même si cette solution pourrait être vue comme plus simple par rapport à celle retenue par le législateur français, les difficultés de différenciation entre ce qui rentre dans la catégorie des droits patrimoniaux et ce qui rentre dans la catégorie des droits extrapatrimoniaux, pourraient vite décourager le juge saisi. En effet, la doctrine française décrit un phénomène de « patrimonialisation » des droits extrapatrimoniaux, ce qui rend de plus en plus difficile le rangement des droits dans l'une ou l'autre des deux catégories envisagées[706]. C'est pour cela qu'il serait, peut être, plus pragmatique de procéder à la réalisation d'une liste précisant clairement quel droit appartient à quelle catégorie, en prenant le risque d'esquisser, ainsi, d'une manière grossière les deux catégories et d'exclure les droits qui demandent des analyses plus nuancées. On pourrait, sinon, fixer la règle de l'application impérative ou facultative de la règle de conflit, tout en précisant certaines exceptions énoncées concrètement, de la même façon que l'approche adoptée par le législateur anglais.

B. LES PROBLEMES DE LA DICHOTOMIE DROITS DISPONIBLES-DROITS INDISPONIBLES

457. La dichotomie droits disponibles - droits indisponibles pose un problème de détermination difficile de la nature même de ces droits (1), ce qui suscite des interrogations par rapport à l'opportunité de cette séparation (2)

1. LA DETERMINATION DIFFICILE DE LA NATURE DES DROITS LITIGIEUX

458. Comment le juge sait-il qu'il est en présence de droits disponibles ou indisponibles ? Pour répondre à cette question, le juge doit, premièrement, savoir en fonction de quelle loi qualifier la nature des droits litigieux. De ce point de vue, la *lex causae* paraît a priori la plus adéquate pour déterminer le régime des droits subjectifs en cause. Pourtant, elle devrait être exclue sous peine de consacrer un cercle vicieux, la nature des droits litigieux pouvant difficilement être recherchée dans le droit qui doit lui-même être désigné.

459. Quel critère utiliser, deuxièmement, pour différencier nettement les droits disponibles et les droits indisponibles ? Le juge français ne possède pas à l'heure actuelle une liste universelle des droits qui sont et qui ne sont pas disponibles car il existe de nombreuses difficultés pour définir un critère de différenciation des droits litigieux.

---

[706] Voy., en ce sens, L. DREYFUSS-BECHMANN, *La patrimonialité des droits extrapatrimoniaux*, 2002, S.I., 457 p. ; Th. HASSLER, « La crise d'identité des droits de la personalité», *LPA* 2004, n° 24, p. 3-11, qui considère que « le déphasage entre un régime juridique censé être celui de droits extrapatrimoniaux et une réalité trahissant la patrimonialisation de certains droits de la personnalité, démontre l'existence d'une crise majeure de la catégorie. »

460. On a ainsi avancé l'idée d'une séparation selon la nature plus ou moins globale de la qualification opérée, les droits indisponibles faisant, de ce fait, partie de l'ordre public. C'est l'arrêt *Schule*[707] qui suggère que peut être considérée ou non comme relevant de l'ordre public une « matière », telles les successions et la protection de la réserve héréditaire, selon la nature plus ou moins globale de la qualification opérée. Selon une autre proposition, la séparation des droits litigieux devrait être faite en fonction de la nature des intérêts, purement privés ou, au contraire, de la dimension collective ou sociétale que la règle de conflit prend en charge. Le problème avec ce critère est qu'il est imprécis et intuitif.

461. Il est vrai aussi que la réponse n'est apportée que très imparfaitement par le critère de la libre disposition des droits ou des matières. Dans certains domaines, tels les contrats commerciaux, il est probablement vrai que la règle de conflit ne gère que les intérêts privés des parties. Mais, à l'image de la transformation du droit privé lui-même, il reste peu de domaines dans lesquels le conflit de lois ne soulève pas un intérêt public ou sociétal, dont il est dès lors difficile de comprendre pourquoi il devrait relever de l'initiative des seules parties. Il en est ainsi dans des domaines traditionnellement considérés comme disponibles, telle la responsabilité civile, qui assume progressivement une dimension régulatrice au-delà de l'ajustement des seuls rapports interindividuels[708] : une faculté de choix par les parties de la loi applicable – exclue cependant dans certains champs particuliers (par exemple, les articles 6-3 et 8-3 concernant respectivement la concurrence déloyale et les atteintes aux droits de propriété intellectuelle) – ne semble guère en phase avec la nature des intérêts que cette loi prend désormais en charge. Il semblerait à tout le moins essentiel que la question de la loi applicable soit soulevée par le juge afin de provoquer un débat sur ce point entre les parties, même s'il reste, au vu de la place faite à la volonté des parties au fond, qu'il serait incohérent d'exclure la possibilité d'un accord procédural.

462. Des interrogations analogues apparaissent au sujet des règles de conflit qui, en matière de contrat et consacrées par les articles 5 et 6 de la Convention de Rome[709] protectrices de parties faibles, participent d'évidence à la gestion d'un intérêt sociétal alors qu'elles sont perçues comme portant sur des droits disponibles. Cette dernière circonstance, empruntée au droit interne, ne

[707] Cass., 1re civ., 18 oct. 1988, *Schule*, préc.
[708] Sur cette transformation voy. H. MUIR WATT et F. CAFAGGI (dir.), *Making European Private Law*, t. II, éd. Edward Elgar, 2008.
[709] Art. 6 à 8 du Règlement Rome I.

devrait pas empêcher le renforcement des obligations pesant sur les juges du fond et, corrélativement, un contrôle plus important de la Cour de cassation[710].

463. En conclusion, la soumission d'un rapport de droit normalement régi par une loi étrangère au droit du for est moins grave pour les droits disponibles que pour les droits indisponibles. Cette démarche intellectuelle, calquée sur celle permettant de déterminer si un droit est ou non susceptible de renonciation, nous amène à considérer que la disponibilité ou l'indisponibilité des droits se déduit du caractère privé ou public des intérêts en jeu. Ainsi, la catégorie des droits indisponibles pourrait se cantonner à l'état et la capacité des personnes, au droit de la famille et à toutes les matières traditionnellement considérées comme d'ordre public. Or, actuellement la ligne de partage entre eux s'efface au gré de la contractualisation générale des rapports patrimoniaux en droit de la famille.

464. Des problèmes se posent aussi à cause de la multiplication des litiges composites dans lesquels coexistent les droits disponibles et les droits indisponibles. Ceux-ci pourraient exiger une espèce de « découpage » au sein de l'office du juge, solution artificielle et irréalisable. Il serait préférable que ce concours de droits se résolve, en cas d'indivisibilité on même de connexité, en faveur du caractère indisponible de l'ensemble de ces droits.

2. L'OPPORTUNITE DOUTEUSE DE LA DICHOTOMIE DES DROITS LITIGIEUX

465. La nature disponible ou indisponible des droits litigieux est, en droit interne, sans incidence sur l'office du juge. La nature disponible des droits litigieux accorde une certaine liberté aux parties quant au choix des règles de droit applicables, ou encore quant à la décision de soustraire le litige aux juridictions étatiques au profit de l'arbitrage. Toutefois, elle ne modifie pas directement l'office du juge. Pourquoi en est-il ainsi en droit international privé ? Comment expliquer, en outre, le caractère facultatif de la règle de conflit, alors qu'elle est une règle de droit, générale, abstraite et obligatoire ?

466. De plus, le caractère facultatif de la règle de conflit signifie que, dès lors qu'aucune des parties n'invoque l'élément d'extranéité pendant une instance, le juge va le traiter comme purement interne et appliquer le droit français, même si l'internationalité du litige est apparente (i.e., la nationalité étrangère des parties). Cet élément fort subjectif donne aux parties une grande marge de manœuvre, car elles y puisent la possibilité d'obtenir l'application de la *lex fori*, quand la

[710] Voy., pour une analyse approfondie et très critique de l'état actuel du droit positif sur ce point, F. JAULT-SESEKE, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », *loc. cit.*, 2005, p. 273.

loi étrangère normalement applicable leur semble défavorable. De cette façon, par le seul critère de disponibilité des droits, la juridiction française est transformée en un centre très attractif de *forum shopping*. Il est vrai que la jurisprudence *Belaid A*. tend à atténuer cet effet en obligeant le juge à appliquer d'office la règle de conflit et, éventuellement, la loi étrangère désignée par cette règle dans le domaine des droits indisponibles. Mais en dehors de cette hypothèse, le règlement de conflit reste facultatif.

467. A la lumière des difficultés nombreuses suscitées par le critère de libre disponibilité, il semble nécessaire de s'interroger sur le rejet du modèle binaire qu'il fonde, pour réduire au minimum les problèmes de frontière qu'il pose. Il est à noter, à cet effet, que le rejet du critère de libre disponibilité en droit français pourrait avoir deux sortes de conséquences alternatives : soit l'établissement du principe du caractère facultatif de la règle de conflit, comme, par exemple, dans le modèle anglais, soit la reconnaissance de son caractère contraignant, comme, par exemple, dans le modèle allemand.

468. La transposition du principe anglais de *party choice* en droit français ne signifierait rien d'autre que le retour pur et simple de la jurisprudence *Bisbal*. A la lumière des développements récents de la jurisprudence en matière de recherche du contenu de la loi applicable, tendant à alourdir l'office du juge, le retour au principe *Bisbal* semble impossible. Toutefois, la Cour de cassation française a amorcé ce qui a paru bien correspondre à un rejet du critère de l'autorité impérative de la règle de conflit fondé sur la disponibilité des droits. Dans l'affaire *D&J. Sporting c/ SA Orchape*[711], les faits concernaient une requête contre une société française, en paiement de factures relatives au contrat de location d'un terrain de chasse en Ecosse. Le contrat étant expressément soumis au droit anglais, la société requérante en avait rapporté la preuve au moyen d'un certificat de coutume. Ayant jugé la preuve du droit anglais insuffisante, le juge de première instance avait tranché l'affaire selon les règles de droit français, le jugement avait été confirmé en appel. Le schéma de déroulement du litige était classique et d'apparence conforme à la jurisprudence constante de la Cour de cassation. En présence de droits disponibles (relations contractuelles), il appartenait à la partie intéressée d'invoquer la compétence du droit étranger et d'en apporter la preuve, faute de quoi la loi française s'appliquerait au titre de sa vocation subsidiaire. Pourtant, la Haute juridiction a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel, celle-ci ayant omis de procéder à la mise en œuvre de la loi étrangère applicable. En imposant pareille condition, la Cour de cassation n'avait pas rattaché cette obligation à la nature des droits disponibles en cause.

[711] Cass, 1re civ., 18 septembre 2002, *D&J. Sporting c/ SA Orchape,* n° pourvoi 00-14785.

Cet attendu très général signalait-il l'abandon du critère de libre disponibilité ? L'arrêt *Sporting* annonçait-il, à cet effet, la généralisation de l'obligation d'appliquer d'office la règle de conflit et la loi étrangère ?

469. L'attendu de principe de l'arrêt, il est vrai, incitait apparemment à en déduire que cet arrêt imposait désormais au juge du fond de mettre en œuvre, en toue hypothèse, la loi étrangère désignée par la règle de conflit. Pourtant, ce nouveau « revirement de jurisprudence », tellement voulu par la doctrine majoritaire, a été démenti par les arrêts postérieurs, qui continuent à se référer au critère de libre disponibilité afin de déterminer l'office du juge[712]. L'interprétation de cette jurisprudence postérieure nous conduit à retenir que la distinction des droits disponibles et indisponibles demeure fondamentale lorsqu'il s'agit de définir les conditions procédurales de la règle de conflit et de la loi étrangère devant le juge du fond. Cependant, les questions de l'insuffisance du critère de libre disponibilité et de son rejet éventuel restent à l'ordre du jour en France[713]. Leur remise en question semble souhaitable dans le futur le plus proche, surtout au vu de la discordance de l'application facultative de la règle de conflit dans la matière contractuelle et des principes régissant la détermination du tribunal compétent dans le cadre européen.

CONCLUSION DE SECTION

470. La jurisprudence *Mutuelle du Mans* a établi en droit international privé français le principe de l'application facultative de la règle de conflit. Ce principe est cependant accompagné de l'exception de l'application impérative de la règle de conflit dès lors que les droits litigieux sont indisponibles ou que, étant disponibles, la règle de conflit est invoquée par les parties ou soulevée d'office par le juge. C'est une position intermédiaire entre les deux doctrines adoptées antérieurement par la Cour de cassation, la doctrine *Bisbal* qui prévoyait que la règle de conflit est toujours facultative, et la doctrine *Reboub-Schule* qui considérait la règle de conflit comme toujours impérative.

471. On constate donc que l'impérativité de la règle de conflit est déterminée par le seul critère de la nature disponible ou indisponible des droits litigieux. Il faut cependant remarquer la difficulté du juge français de déterminer de la nature des droits litigieux. En effet, le juge peut

[712] Cass., 1re civ., 28 janv. 2003, *Justin Colin*, n° pourvoi 00-17553: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003. 462, note ANCEL - 3 juin 2003, *Société nationale de recouvrement c/ Y. et M.*, 13 nov. 2003, *B c/ K.* : *JDI* 2004. 520, note F. MELIN .

[713] J. LEMONTEY, J.-P. ANCEL, « André A. PONSARD. Un internationaliste à la Cour de Cassation », *in La Cour de cassation, l'Université et le Droit, Etudes en l'honneur de A. Ponsard*, Paris, Litec, 2003, p- 207 et s., et spéc. 211-212.

rencontrer deux types de difficultés tenant, d'un côté, au choix de la loi en fonction de laquelle il devrait qualifier la nature des droits litigieux et, d'un autre côté, à la connaissance de la différence nette entre droits disponibles et droit indisponibles.

472. Concernant les difficultés à savoir en fonction de quelle loi qualifier la nature les droits litigieux, si la *lex causae* paraît, *a priori*, la plus adéquate pour déterminer le régime des droits subjectifs en cause, elle provoque cependant un cercle vicieux car la nature des droits litigieux peut difficilement être recherchée dans le droit qui doit lui-même être désigné.

473. Ensuite, le juge doit savoir différencier nettement les droits disponibles et les droits indisponibles. Malheureusement en pratique cela n'est pas si simple et deux propositions ont été avancées en ce sens, à savoir, la séparation indiquée par l'arrêt *Schule* selon la nature plus ou moins globale de la qualification opérée, les droits indisponibles faisant, de ce fait, partie de l'ordre public, et la séparation des droits litigieux en fonction de la nature des intérêts, purement privés ou, au contraire, de la dimension collective ou sociétale que la règle de conflit prend en charge.

474. Cependant, les deux propositions ne convainquent pas vu les critères imprécis et intuitifs utilisés. C'est pour cela que la dichotomie des droits litigieux ne semble pas opportune pour déterminer l'autorité de la règle de conflit. De ce point de vue, la solution retenue par la jurisprudence *Coveco* qui avait posé le principe d'une règle de conflit toujours impérative pour le juge lorsqu'elle figure dans une convention internationale, pourrait bien refaire son apparition dans l'avenir. En effet, depuis la jurisprudence *Mutuelle du Mans* la source conventionnelle de la règle de conflit n'influence plus ni son statut, ni la condition de la loi étrangère. La solution de la règle de conflit toujours impérative lorsqu'elle est prévue par une convention internationale serait pourtant une garantie de protection des objectifs d'uniformisation des règles de conflit de lois de la plupart des instruments internationaux en matière de confits de lois. Dans ce sens, le droit de l'Union européenne pourrait provoquer, à l'avenir, une (re)activation du critère de l'origine de la règle de conflit. En effet, même si, pour l'instant, le droit de l'Union européenne n'impose pas aux juges des États membres le relevé d'office des règles européennes (que de manière ponctuelle comme, par exemple, en droit de la consommation où la CJUE considère[714] que le juge national « est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des

[714] Voy. en ce sens, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *art. cit.*, *CCC* n° 7, 2013, étude 9 ; N. DUPONT, *art. cit.*, *JCP E* n° 47, 20. 2014. 1591.

éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet »[715]), la Cour de justice de l'Union européenne pourrait évoluer dans le sens d'une obligation du relevé d'office pour le juge national. Cela signifie qu'en matière de droit international privé cette règle imposerait l'obligation pour le juge d'appliquer d'office les règles de conflit de lois issues du droit de l'Union européenne alors pourtant que la disponibilité des droits en cause ne le commande pas. Vu que les exigences d'équivalence et d'effectivité sont satisfaites pour l'instant puisque les règles de conflit suivent le même régime quelle que soit leur origine, et que leur seule invocation par les parties suffit à lier le juge, rien n'impose cette obligation.

475. La question de l'applicabilité d'office des règles de rattachement européen n'est, finalement, pas propre au droit international privé et il appartient au droit de l'Union européenne de déterminer si la condition procédurale du droit applicable relève de règles européennes ou de chaque législation nationale. La Cour de justice devrait donc, à l'avenir, se prononcer sur la question.

[715] CJCE, 4 juin 2009, *Pannon,* C-243/08, *Rec.*: *JCP G* 2009. 336, obs. G. PAISANT ; *D.* 2009. 2312, note G. POISSONNIER ; *JCP E* 2009. 293. Cet arrêt a été complété par un arrêt du 9 novembre 2010 imposant au juge de prendre d'office les mesures d'instruction nécessaires pour déterminer si une clause est abusive: CJUE, 9 nov. 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, *Rec.*: *RDC* 2011. 504, note C. AUBERT DE VINCELLES. Le législateur français a ensuite suivi avec la loi Hamon n° 2014-344 du 17 mars 2014 qui a modifié, dans son art. 81, l'art. L 1141-4 du Code de la consommation. Mais alors que le droit de l'Union européenne impose un rôle actif au juge dans le dispositif de protection du consommateur, le droit français se contente de laisser ce pouvoir à sa discrétion.

CONCLUSION DE CHAPITRE

476. L'application de la loi étrangère dépend directement du statut procédural de la règle de conflit du for, c'est à dire, de son autorité devant le juge du for. Cependant, l'autorité de la règle de conflit n'est pas constante devant le juge français, le droit international privé imposant dans ce sens la règle de son application facultative accompagnée d'une exception impérative. Il s'agit d'une solution qui traduit une volonté de maintenir un certain équilibre entre la liberté de choix de la loi applicable accordée aux parties et l'office du juge.

477. Ce chapitre a ainsi été dédié à la compréhension du rôle actif des parties dans l'introduction dans le débat de la loi étrangère ainsi que des limites de cette liberté concrétisées par l'intervention du juge. Nous avons ainsi analysé la règle et l'exception posées par rapport à l'autorité de la règle de conflit devant le juge du fond.

478. C'est, premièrement, le principe facultatif de l'application de la règle de conflit qui a été retenu en tant que règle en droit international privé français, principe qui intervient dans les cas où les parties ont la libre disposition de leurs droits. Dans ce cas, la *lex fori* a une vocation de principe à s'appliquer, la loi étrangère désignée par la règle de conflit ne s'appliquant que dans la mesure de l'activité procédurale des parties ou, plus rarement, à l'initiative du juge. La volonté des parties joue dans ce cas un rôle déterminant dans l'application de la règle de conflit qui désignera, éventuellement, la compétence de la loi étrangère.

479. De plus, les parties peuvent convenir d'écarter la règle de conflit de lois en utilisant un accord procédural. C'est l'arrêt *Roho* qui a ainsi confirmé la licéité de l'accord par lequel les parties conviennent d'écarter la règle de conflit de lois, y compris lorsqu'elle est de source conventionnelle, à la condition de la libre disponibilité des droits litigieux. Ainsi, non seulement le juge n'est pas tenu de soulever d'office le conflit de lois mais, quand bien même il le ferait, les parties peuvent encore s'accorder pour l'application d'une loi autre que celle désignée par la règle de conflit. Cet accord liera alors le juge, qui ne pourra passer outre. Malgré les apparences, la politique actuelle semble renforcer l'office du juge car l'état actuel du principe facultatif impose au juge un rôle plus actif, dans le sens où il peut soulever d'office l'application de la règle de conflit à condition d'avoir connaissance des éléments d'extranéité pertinents du litige sur le fondement de l'article l'art. 7 al. 2 NCPC. Or, du moment que le juge fait le choix de soulever l'application de la règle de conflit, celle-ci s'impose à lui.

480. Le renforcement de l'office du juge dans les litiges internationaux répond mieux aux besoins des rapports juridiques de droit international privé, à condition qu'il reste en équilibre avec les intérêts des litigants.

481. Deuxièmement, la jurisprudence *Mutuelle du Mans,* ayant établi le principe de l'application facultative de la règle de conflit, est accompagnée par l'exception, posée par la jurisprudence, *Belaïd A.*, de l'application impérative de la règle de conflit dès lors que les droits litigieux sont indisponibles. Il faut observer que l'indisponibilité des droits litigieux oblige le juge du for à appliquer la règle de conflit pour désigner la loi applicable, mais aussi à rechercher la solution de la loi étrangère désignée. Or, ce critère tend ainsi à établir l'unicité de l'office du juge dans l'intégralité de l'opération de résolution du conflit de lois, même si cette solution alourdit l'office du juge que l'on avait pourtant essayé d'alléger avec la mise en place du principe facultatif de l'application de la règle de conflit. Cette application impérative de la règle de conflit est complétée par la volonté des parties de l'invoquer ou du choix du juge de la soulever dans le cas où il s'agit de droits litigieux disponibles.

482. On constate, donc, que l'autorité de la règle de conflit dépend du critère de la nature des droits litigieux, cette règle étant facultative lorsque les droits litigieux sont disponibles et, à titre d'exception, obligatoire, lorsque les droits sont indisponibles ou si les parties ou le juge font le choix de soulever l'application de cette règle lorsque les droits litigieux sont disponibles. Cependant, ce critère présente des insuffisances par rapport au choix de la loi en fonction de laquelle le juge devrait qualifier la nature des droits litigieux ou par rapport à la nette différence entre les deux types de droits litigieux. C'est pour cela qu'à l'heure actuelle la remise en question du critère de la nature des droits litigieux pour indiquer l'autorité de la règle de conflit semble souhaitable. Pour pallier ces inconvénients il serait, peut être, justifié de revenir à la prise en considération de l'origine de la règle de conflit afin d'assurer son autorité dans un litige de droit international privé, solution retenue, d'ailleurs, par le passé, dans la jurisprudence *Coveco,* ayant posé le principe d'une règle de conflit toujours obligatoire pour le juge lorsqu'elle figure dans une convention internationale. Si cette solution n'est plus retenue de nos jours ce n'est pas sans regrets car elle répond aux objectifs d'uniformisation des règles de conflit de lois des la plupart des instruments internationaux en matière de confits de lois. De ce point de vue, la Cour de justice de l'Union européenne pourrait, un jour, imposer aux juges des États membres le relevé d'office des règles européennes. L'analyse réalisée dans ce chapitre démontre, en conclusion, que la l'application de la loi étrangère dépend de l'autorité de la règle de conflit. Cependant, même si, à

la suite de la désignation réalisée par la règle de conflit, la loi étrangère a vocation à être appliquée, son application n'est toujours pas garantie ; elle dépend, à ce moment précis, de la façon dont son contenu est appréhendé et donc de l'intelligibilité de la loi étrangère.

CHAPITRE 2

L'INTELLIGIBILITE DE LA LOI ETRANGERE

483. Même si la loi étrangère est désignée par la règle de conflit du for pour régir le problème juridique de droit international privé, son application effective n'est pas automatique car il est nécessaire, avant sa mise en œuvre, de découvrir et de comprendre son contenu. Ce chapitre est, ainsi, dédié à l'intelligibilité de la loi étrangère dans le sens d'une loi étrangère qui doit pouvoir être comprise et saisie aisément. Si, en droit interne, la compréhension d'une loi n'est pas toujours chose évidente, la difficulté est d'un tout autre niveau en ce qui concerne une loi étrangère. En effet, dans ce cas, il faut tenir compte du fait qu'il s'agit, après tout, d'une loi ayant ses origines dans un système juridique différent de celui du for et qui peut être donc éloignée géographiquement et culturellement par rapport au for. Or cela donne naissance à plusieurs interrogations concernant son intelligibilité : comment arriver, d'une part, à prendre connaissance de son contenu et, d'autre part, à interpréter ce contenu une fois révélé ?

484. En effet, prendre connaissance du contenu de la loi étrangère impose la recherche de ce contenu, chose qui pose des difficultés par rapport aux moyens d'information et à la façon dont sa preuve sera apportée devant le juge. Quels sont ainsi les moyens permettant aux parties et au juge de s'informer sur le contenu de la loi étrangère ? De même, qui doit apporter la preuve de la loi étrangère ? Le principe *affirmanti incumbit probatio*[716] pourrait nous faire penser que cette charge pèse sur les parties mais, en réalité, les choses sont bien plus complexes.

485. Interpréter la loi étrangère pose, à son tour, des difficultés en ce qui concerne le contrôle de cette interprétation réalisée par le juge du fond. En effet, le plus souvent, le juge du fond se retrouve devant un texte traduit et appartenant à un système juridique qui représente une autre culture juridique. De ce fait, les mêmes termes juridiques pourraient signifier des choses différentes dans les deux systèmes de droit. Il existe donc un risque accru d'erreur d'interprétation de la part du juge du fond. Or ce risque imposerait naturellement un contrôle renforcé de la part des Cours suprêmes, ce qui ne se passe pas en réalité. Pourquoi une telle attitude ? Nous observons, ainsi, les différentes questions concernant la recherche et l'interprétation du contenu de la loi étrangère. Il s'agit donc d'analyser les problèmes afin d'en apercevoir les solutions par rapport à la recherche (Section 1) et à l'interprétation de la loi étrangère (Section 2).

[716] La preuve incombe à celui qui avance l'existence d'un fait.

SECTION 1

LA RECHERCHE DU CONTENU DE LA LOI ETRANGERE

486. La désignation opérée par la règle de conflit n'est pas suffisante pour appliquer une loi étrangère. En effet, après avoir pris connaissance de sa désignation à travers la règle de conflit du for, il faut également rechercher son contenu.

487. La règle de conflit désigne la loi étrangère d'une manière générale et neutre, comme par exemple, la loi de la situation du bien immeuble ou la loi du lieu de conclusion du contrat. Cependant, lorsque la règle de conflit indique la loi étrangère applicable, elle n'indique pas la règle étrangère matérielle qui donnera la solution au problème juridique de droit international privé. En effet, il faut s'informer sur le contenu de cette loi étrangère pour justement découvrir laquelle parmi ses règles matérielles va s'appliquer dans le cas d'espèce. Or, cette étape d'information sur le contenu de la loi étrangère peut se révéler très complexe pour différents raisons qui, malgré leur diversité, s'expliquent tous par l'extranéité de cette loi par rapport au système juridique du for.

488. De même, s'agissant d'une loi étrangère, le juge du for n'est pas censé connaître son contenu et il est donc nécessaire de le prouver. De ce point de vue, deux questions principales doivent occuper l'esprit du juriste, à savoir, *qui* doit prouver le contenu de la loi étrangère et *comment* devrait-il procéder à sa preuve. Rechercher le contenu de la loi étrangère impose donc de s'informer et de prouver ce contenu. Il faut analyser dans cette perspective le processus d'information (§1) ainsi que la preuve du contenu de la loi étrangère (§2).

§ 1. L'INFORMATION SUR LE CONTENU DE LA LOI ETRANGERE

489. Comment s'informer concrètement sur le contenu d'une loi étrangère ? Quelles sont les possibilités qui s'offrent au juge du for et aux parties afin de déterminer le contenu d'une loi étrangère désignée comme compétente à régir un problème juridique de droit international privé ?

490. En effet, l'information sur le contenu de la loi étrangère est une étape complexe lors de laquelle des moyens d'information ainsi que des mécanismes de coopération internationale adaptés à la spécificité de la matière, sont mis en pratique afin de permettre au système juridique du for de l'appliquer dans les meilleures conditions. Cette étape présente des difficultés inhérentes qu'il est nécessaire de mettre en avant afin de rechercher les solutions les mieux adaptées pour pallier leurs inconvénients. Il faut donc délimiter les problèmes posés par les moyens

d'information sur le contenu de la loi étrangère ainsi que par les mécanismes de coopération internationale de la matière afin de rechercher des solutions adaptées.

491. Une attention particulière sera accordée aux pratiques utilisées et aux difficultés rencontrées par les États membres de l'Union européenne : du fait de leur appartenance à une organisation internationale qui fonctionne sur les principes de confiance et de reconnaissance mutuelles, ils ont développé un système d'information sur la loi étrangère qui, malgré certains inconvénients, fonctionne et les aide dans cette tâche difficile. Il s'agit, donc, de cibler quelles sont les possibilités qui s'offrent au système juridique du for pour permettre l'information sur le contenu de la loi étrangère (A) ainsi que les solutions aux éventuels problèmes (B) que l'on peut rencontrer dans cette matière.

A. LES POSSIBILITES D'INFORMATION SUR LE CONTENU DE LA LOI ETRANGERE

492. Lorsque l'on doit s'informer sur le contenu de la loi étrangère il existe plusieurs moyens mis à la disposition du juge et des parties qui permettent l'accès à la règle appartenant à un système juridique étranger. Une attention spéciale doit être, cependant, accordée aux mécanismes de coopération internationale pour la détermination du contenu de la loi étrangère, dont le but est de compléter et même de surpasser les moyens traditionnels d'information. L'Union européenne semble, de ce point de vue, fournir une aide pertinente dans la matière à travers l'adoption de mesures dont on voit déjà les effets, au moins au plan régional. Il faut, dès lors, proposer une analyse sur les moyens d'information sur le contenu de la loi étrangère en général (1) et les mécanismes de coopération internationale en la matière, en particulier (2).

1. MOYENS D'INFORMATION SUR LE CONTENU DE LA LOI ETRANGERE

493. Il existe plusieurs moyens mis à la disposition du juge, des avocats et des parties à un litige de droit international privé, que ceux-ci peuvent utiliser afin de s'informer sur le contenu d'une loi étrangère désignée comme compétente en l'espèce. Les recherches menées indiquent qu'il y a cependant une différence concernant les personnes concernées. Il semblerait, en effet, que les professionnels, s'ils utilisent également les sources « grand public », emploient, en revanche, des sources que le grand public ne connaît pas ou connaît très peu et dont il évite la prise en compte.

494. En ce qui concerne les sources « grand public », donc exploitées par tous ceux intéressés par l'obtention des informations sur les lois étrangères, si la coopération intergouvernementale semble être le meilleur moyen de garantir l'accès à l'information sur la loi étrangère, le moyen le

plus fréquemment utilisé semble cependant les sources disponibles sur Internet[717]. Moins importants, mais encore largement utilisés, sont les bibliothèques électroniques et les cabinets d'avocats internationaux[718]. Les services consulaires et les institutions internationales de recherche en la matière peuvent également être utilisés mais semblent peu connus par les intéressés[719].

495. Le milieu professionnel semble utiliser, en revanche, des sources qui sont mal ou pas du tout connues par le grand public. Ces sources sont donc davantage utilisées par les professionnels. Ainsi, les avocats anglais, maltais, suédois, irlandais, français, allemands ou finlandais ont souvent recours à des avocats étrangers pour obtenir des informations concernant leur système de droit[720]. Dans d'autres États, les canaux officiels (Ministère de la Justice, Ministère des affaires étrangères, Bureau des migrations) ont également un rôle important à jouer en la matière. Les institutions de recherche internationales sont également davantage connues dans le milieu professionnel que par le grand public. Dans ce contexte, les professionnels utilisent les informations publiées, par exemple, par l'Institut hellénique de droit international et des Affaires étrangères, les Centres de recherches, d'information et de documentation notariales (CRIDON) en France et les Instituts Max Planck et l'Académie de Droit européen (ERA) en Allemagne. De même, les réseaux européens (en particulier le Réseau notarial européen et le Réseau judiciaire européen) sont aussi utilisés même si c'est d'une façon plus retreinte dans des États comme la Lituanie, l'Autriche, la République tchèque, la France, l'Allemagne, la Suède, l'Italie, la Bulgarie, la Belgique[721].

496. Quant à établir une hiérarchie de ces différents moyens d'information sur la loi étrangère, la majorité des intéressés semble préférer utiliser des sources officielles de la loi étrangère disponibles sur Internet[722]. Les bases de données juridiques étrangers payantes sont utilisées à une plus petite échelle[723] que l'Internet, alors que les sources originales de droit étranger (y compris la jurisprudence et la doctrine) à travers les bibliothèques et les bases de données nationales sont utilisées plus rarement.

497. La pratique de l'*amicus curiae* et très peu utilisée dans les États européens. Cela s'explique par le fait que la pratique en est très peu connue malgré son utilité évidente. En effet, afin

[717] 80% des réponses d'un total de 576 réponses *in* l'Avis de l'Institut suisse de dr comparé, nº 09-184, préc., p. 51-61.

[718] Les bibliothèques électroniques 40 %) et les cabinets d'avocats internationaux 35%, conformément à l'Avis de l'Institut suisse de dr comparé, nº 09-184, préc., p. 52

[719] Avis de l'Institut suisse de dr comparé, nº 09-184, préc., p. 61.

[720] Voy. l'Avis de l'Institut suisse de dr comparé, nº 09-184, préc., p. 51.

[721] Voy. l'Avis de l'Institut suisse de dr comparé, nº 09-184, préc., p. 59.

[722] Il s'agit de 77% des intéressés, voy. l'Avis de l'Institut suisse de dr comparé, nº 09-184, préc., p. 60.

[723] Avec environ 50% des répondants indiquant qu'ils ne les ont jamais utilisé, 15% les ont rarement utilisé, 12% de temps en temps et 10% fréquemment ou très fréquemment, voy. l'Avis de l'Institut suisse de dr comparé, nº 09-184, préc., p. 60.

d'établir les faits dont dépend la solution du litige, une mesure légale d'instruction peut être ordonnée d'office ou à la demande de l'une des parties à l'instance. Une fois que le juge a connaissance de l'ensemble des faits de l'espèce, il peut se heurter à une dernière question. Celle-ci n'a pas pour but de renseigner le juge sur le déroulement des faits du litige. C'est pourquoi il lui serait inutile de mettre en œuvre une autre mesure légale d'instruction telle que le témoignage ou l'expertise. Au contraire, cette interrogation porte sur des domaines plus généraux tels que la bioéthique, la médecine ou la sociologie, par exemple. La réponse à cette question, essentielle à la résolution de l'affaire, doit ainsi permettre au juge de rendre sa décision. Pour obtenir cette réponse, un *amicus curiae* peut intervenir. Son rôle est de « donner un avis oral à la formation de jugement en aidant celle-ci à prendre l'altitude nécessaire pour replacer le litige particulier dans un contexte plus général »[724]

498. Les tribunaux civils français n'assimilent l'*amicus curiae* ni à un témoin ni à un expert, selon la formule employée par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt rendu le 6 juillet 1988[725] où elle a rejeté la demande en récusation de la personne désignée en tant qu'*amicus curiae*. A cette occasion la Cour d'appel a précisé les trois règles jurisprudentielles encadrant l'intervention de l'*amicus curiae* : la partie ayant fait la demande de l'intervention de l'*amicus curiae* doit assister à l'exposé de celui-ci ; elle peut formuler toutes les observations utiles et peut également proposer à la Cour telle ou telle personnalité de son choix pour compléter ses propos[726].

499. Les attitudes sont plus hétérogènes dans le cas de l'utilisation de l'avis des experts juridiques étrangers. Globalement, 28% des répondants demandent à des experts étrangers de fournir des informations sur le droit étranger fréquemment ou très fréquemment, tandis que près de 45% ne le font que rarement ou jamais. Or, cette différence d'attitude pourrait être due aux différents systèmes de procédure. Demander l'avis des experts étrangers semble être un moyen plus populaire au Royaume-Uni, en Grèce ou à Chypre. Dans d'autres États membres, en revanche, l'avis des experts étrangers est rarement ou jamais utilisé[727].

500. L'utilisation de documents officiels transmis par voie diplomatique semble très peu populaire dans les États européens, avec seulement 20% des répondants qui l'utilisent fréquemment ou plus fréquemment, alors que 50% indiquent ne l'utiliser que rarement ou jamais.

---

[724] G. CANIVET, « L'amicus curiae en France et aux États-Unis », *RJC* n° 2, 2005, p. 102.
[725] Y. LAURIN, « La notion d'*amicus curiae* », *Gaz. Pal.*, 1988. 700.
[726] Y. LAURIN, « L'*amicus curiae* », *JCP* 1992. 1. 3603, p. 348.
[727] 76% en Pologne et en Lettonie, 66% au Danemark, 50% aux Pays-Bas, voy. l'Avis de l'Institut suisse de dr comparé, n° 09-184, préc., p. 59.

501. Enfin, demander aux collègues étrangers de transmettre des documents officiels ou des certificats de coutume semble être traité différemment dans les États membres. Ainsi, il semble y avoir une attitude plutôt critique envers ce moyen d'information en Pologne, en Lettonie, au Royaume-Uni ou en Allemagne, tandis qu'en Hongrie et en Estonie, on utilise ce moyen plus fréquemment.

502. En conclusion, dans les États membres de l'Union européenne, les sources officielles disponibles sur Internet sont le moyen le plus fréquemment utilisé pour déterminer le contenu de la loi étrangère. Le deuxième outil est représenté par des sources nationales d'information sur le droit étranger (bibliothèques, bases de données), mais en raison de leur disponibilité variable les taux sont très différents entre les États européens. L'avis des experts étrangers ou les documents transmis par des collègues étrangers représentent à égalité le troisième moyen d'information sur la loi étrangère. Les voies diplomatiques sont peu utilisées alors que les bases de données juridiques étrangères payantes et le procédé de l'*amicus curiae* sont très peu utilisés. Les moyens d'information sur le contenu de la loi étrangère ne sont malheureusement pas suffisants en la matière, un accompagnement par des mécanismes de coopération internationale s'avérant nécessaire.

2. MECANISMES DE COOPERATION INTERNATIONALE POUR L'INFORMATION SUR LE CONTENU DE LA LOI ETRANGERE

503. Qu'il s'agisse des voies diplomatiques, des mécanismes bilatéraux de coopération judiciaire, du Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale ou de la Convention européenne du 7 Juin 1968 dans le domaine de l'information sur le droit étranger (« Convention de Londres »), les mécanismes de coopération internationale ne sont que rarement utilisés par les professionnels de la justice[728].

504. Les voies diplomatiques (par le biais du ministère de la Justice ou du ministère des affaires étrangères) sont les moyens probablement les plus utilisés par les États européens[729] et donc les plus importants pour déterminer le contenu de la loi étrangère. C'est le mécanisme le plus réussi

[728] L'Avis de l'Institut suisse de dr comparé, nº 09-184, préc., p. 57.

[729] Cela est particulièrement vrai pour la Pologne (44% des répondants indiquent une utilisation fréquente au moins) et la Hongrie (40%), mais aussi dans la République tchèque, le Danemark, la Slovaquie et Chypre, où les répondants déclarent un usage régulier des voies diplomatiques. Alors que la plupart des réponses indiquent une utilisation « de temps en temps » (53% pour Danemark; 40% Slovaquie; 35% Chypre), l'utilisation régulière ajoutée aux voies diplomatiques va jusqu'à 70% (République tchèque), voy. l'Avis de l'Institut suisse de dr comparé, nº 09-184, préc., p. 56.

de coopération internationale, sans doute en raison du fait que les autorités nationales (et non pas des entités internationales) demeurent compétentes en matière d'application de la loi étrangère.

505. Le Réseau judiciaire européen est également un mécanisme qui pourrait avoir une bonne chance de développement. Il est assez largement utilisé, en particulier dans certains États d'Europe centrale et orientale comme la Bulgarie, la République tchèque, la Grèce et la Hongrie[730]. Ce réseau judiciaire est composé des « points de contact » nationaux désignés par les États membres de l'Union européenne, des autorités centrales chargées d'appliquer les textes internationaux et européens, des magistrats de liaison et de toute autorité judiciaire ou administrative ayant des responsabilités en matière de coopération judiciaire civile et commerciale. Ces points de contact assurent un rôle clé dans le Réseau, dans le sens où ils fournissent toute information utile notamment pour le public, facilitent le traitement des demandes de coopération judiciaire notamment en cas de difficultés, entretiennent des contacts étroits avec les autorités concernées par la coopération judiciaire en matière civile et commerciale. Pour la France, le « point de contact » est un magistrat, chargé de mission auprès du cabinet de la Direction des affaires civiles et du Sceau. Dans le cadre du fonctionnement du Réseau judiciaire européen, l'échange de magistrats de liaison constitue en particulier un instrument de coopération inter-étatique bilatérale, par opposition aux conventions internationales[731]. Cette forme d'entraide judiciaire s'est développée à l'origine en marge des textes[732], mais depuis l'Action commune du Conseil européen du 22 avril 1996[733] et avec la formation du Réseau judiciaire européen[734], elle a reçu une base normative.

506. Conçu initialement pour les besoins de la coopération judiciaire en matière pénale, le potentiel du système d'échange de magistrats de liaison est aujourd'hui d'une grande importance

[730] 60% des répondants, voy. l'Avis de l'Institut suisse de dr comparé, n° 09-184, préc., p. 57.

[731] Sur les magistrats de liaison, en général : S. VUELTA-SIMON, « Les nouveaux acteurs de la coopération judiciaire pénale européenne », *LPA* 19 janvier 2005, n° 13, p. 4-10, spéc. p. 5 ; Ph. LABREGERE, Les fonctions du magistrat de liaison et ses rapports avec les autres organes de coopération, *in Vers un espace judiciaire pénal européen*, G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERG (dir.), Institut d'études européens, Université de Bruxelles, 2000 p 101.

[732] P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 189.

[733] Action commune du 22 avril 1996, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du TUE, concernant un cadre d'échange de magistrats de liaison visant à l'amélioration de la coopération judiciaire entre les États membres de l'Union européenne (96/277/JAI), *JOUE*, 1996, n° L 105.

[734] En matière civile et commerciale voy. la Décision du Conseil du 28 mai 2001 relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale (2001/470/CE), *JOCE*, 27/06/2001, n° L 174/25 ; en matière pénale voy. l'Action commune du 29 juin 1998 adopté par le Conseil sur la base de l'article K3 du TUE concernant la création d'un Réseau judiciaire européen (98/408/JAI), *JOUE*, 07/07/1998, n° L 191.

dans le domaine civil et commercial[735]. Selon l'art. 2, § 2 de l'Action commune, les fonctions des magistrats peuvent inclure, sur la base des arrangements conclus entre l'État membre d'envoi et l'État membre d'accueil, toute activité dont le but est d'assurer des fonctions d'échange d'informations pour favoriser la connaissance mutuelle des systèmes respectifs et des banques de données juridiques des États intéressés. Les magistrats de liaison, faisant partie du Réseau judiciaire européen, peuvent également être consultés par les autorités d'États membres autres que le pays d'envoi et le pays d'accueil du magistrat.

507. L'envoi et l'échange de magistrats de liaison offrent aux juridictions des États membres une solution à plusieurs difficultés liées à l'application de la loi étrangère. D'abord, cela permet d'éviter les problèmes de traduction. Ensuite, la consultation préalable des magistrats de liaison permet d'éviter les « réponses creuses » ou trop abstraites sur les points de droit de l'État d'envoi, un risque souvent encouru dans le cadre de la Convention de Londres. Ainsi, la présence d'un expert de droit étranger dans le ressort des juridictions nationales rend l'échange d'informations juridiques plus efficace et contribue à promouvoir la confiance et le respect du droit étranger[736]. Ainsi, même si l'instauration des liens d'échange demande un effort diplomatique, cela semble indispensable dans les conditions de l'alourdissement de l'office du juge national quant à la recherche de la teneur du droit étranger.

508. On peut observer que l'Union européenne s'est donné un rôle de catalyseur dans le développement de la coopération des États membres en matière d'information sur la loi étrangère d'un État membre avec la mise en œuvre du Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale. Comment expliquer cette initiative ? Deux principes européens peuvent nous éclairer sur ce point, à savoir, le principe de confiance mutuelle et celui de reconnaissance mutuelle. En effet, si le principe de confiance mutuelle est reconnu en tant que principe fondamental de la construction européenne même s'il ne se trouve pas dans les traités, le principe de la reconnaissance mutuelle en dérive, étant considéré comme un principe matriciel du marché intérieur. Ce dernier est ainsi au cœur des efforts de l'Union européenne pour renforcer la

---

[735] B. RABATEL, « Les «magistrats de liaison»: leur rôle dans la coopération judiciaire internationale et dans le domaine du droit comparé », *in Dixième anniversaire de la fonction du magistrat de liaison au Ministère de la justice*, 22 déc. 2003, texte disponible sur: http://www.justice.gouv.fr/Saei/Actualite/mag_liaison.htm.

[736] K. MACDONALD, « The Reform of Procédures for Dealing with Foreign Evidence : A Practitioner's Agenda », *in Dealing with European Evidence : Practical Refoems Needed to Improve Mutual Assistance*, Travaux d'ERA et CPS Conférence,
18-20 nov. 2004, texte disponible sur:
http://www.era.int/web/en/resources/5_1990file.2210.pdf#search='liaison%20magistrates.

coopération judiciaire. En effet, depuis l'arrêt *Cassis de Dijon*[737], la réglementation européenne sur le marché intérieur affirme la libre circulation au sein de l'espace européen des marchandises commercialisées dans les États membres. Or, le principe de reconnaissance mutuelle a étendu son application aux procédures civiles, les conventions en la matière et en particulier celle du Conseil européen n°44/2001 concernant la reconnaissance et l'exécution des jugements civils et commerciaux[738], imposant aux tribunaux des États membres de reconnaître et de faire appliquer dans leurs juridictions, de façon automatique et sans modification, les décisions des autres tribunaux européens.

509. Ce sont les conclusions de Tampere de 1999 et le Programme de La Haye de 2004, qui ont placé ce principe au cœur juridique de la coopération en matière civile, mais aussi pénale. Bien évidemment, les voies classiques de coopération judiciaire ont été bousculées dans le sens que si, jusqu'ici, un grand nombre de traités bilatéraux ou multilatéraux (notamment la Convention européenne d'entraide judiciaire de 1959)[739] avait été établis à partir du principe d'entraide judiciaire[740], aujourd'hui, en revanche, le principe de reconnaissance mutuelle entraîne la construction d'une nouvelle approche, en raison de la forte réduction des possibilités offertes à l'État requis de refuser l'exécution de la demande de l'État émetteur, et de l'évolution de l'exigence de la double incrimination. Le Conseil européen et la Commission européenne ont ainsi réduit le pouvoir de décision de l'État saisi, à travers l'établissement d'une reconnaissance et d'une exécution automatique des décisions étrangères.

510. Ces deux principes ont, ainsi, créé le cadre du développement d'un comportement automatique de confiance entre les tribunaux des États membres. Or, cela a des conséquences en matière d'application de la loi étrangère, car on peut observer qu'en pratique ce comportement de confiance favorise l'application, en droit international privé, de la loi étrangère appartenant à un État membre en comparaison avec l'application d'une loi appartenant à un État tiers à l'Union européenne[741].

511. C'est une très faible utilisation par le grand public ou par les professionnels que l'on remarque lorsqu'il s'agit de la Convention européenne du 7 juin 1968 dans la domaine de

---

[737] CJCE, 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, C-120/78, *Rec.,* p. 648.
[738] JO L 12/1 16.01.2001.
[739] CJCE, 20 février 1979, *Cassis de Dijon,* préc.
[740] Cela imposait aux États d'adresser à l'État requis une demande pour la poursuite judiciaire d'une personne ou pour l'exécution d'une décision judiciaire, en l'accompagnant de preuves suffisantes. Les Cours et les tribunaux de l'État requis statuaient alors de façon autonome sur le fait d'exécuter la demande d'entraide (et, particulièrement dans les affaires d'extradition dans lesquelles la dimension politique est importante).
[741] Voy l'Avis de l'Institut suisse de dr comparé, n° 09-184, préc., p. 61.

l'information sur le droit étranger (Convention de Londres). En effet, dans l'avis de l'Institut suisse de droit comparé il est précisé que 65% des répondants indiquaient qu'ils n'avaient jamais employé le mécanisme qu'elle établit. Ce mécanisme permet pourtant au juge du for d'obtenir des renseignements sur la loi étrangère dans le domaine civil et commercial, ainsi que dans le domaine de la procédure civile et commerciale et de l'organisation judiciaire[742]. Or, ces renseignements sont particulièrement fiables, étant fournis par un organe étatique. Cela présente un avantage important par rapport aux certificats de coutume en France ou par rapport aux témoignages des experts en Angleterre, qui apparaissent parfois comme de véritables plaidoiries déguisées[743]. Cependant, il semble qu'autant le grand public que les professionnels ne soient pas familiarisés avec le mécanisme de la Convention. Ainsi, dans l'avis de l'Institut suisse de droit comparé précité, les répondants bulgares, grecs, maltais et néerlandais ont indiqué qu'ils n'étaient pas habitués au mécanisme de la Convention et, en plus, le silence de nombreux répondants sur la Convention pourrait indiquer que le mécanisme ne leur est tout simplement pas connu. Plusieurs auteurs confirment, parfois à l'aide de données empiriques *ad hoc* créées sur le fondement des requêtes formulées, que la Convention est relativement rarement utilisée[744].

512. De même, la longueur du mécanisme établi par la Convention de Londres semble être un problème, bien que les auteurs ne partagent pas toujours le même avis. Ainsi, certains auteurs regrettent la longueur et les coûts (sans donner d'exemples)[745], d'autres affirment que l'information est généralement fournie vite[746] et de manière efficace[747]. Selon une enquête sur les meilleures pratiques menées par le Comité européen de coopération juridique (CDJC) et couvrant le Royaume-Uni, l'Allemagne et la Slovaquie, il faut environ six à huit semaines en moyenne pour obtenir les informations[748].

---

[742] Art. 1, § 1. La juridiction désirant des éclaircissements sur le droit d'un autre État signataire doit ainsi saisir, par le biais de l'organe de transmission créé dans l'État du for, l'organe de réception (en France - le Bureau du Droit européen et international dans le cadre du Ministère de la Justice) créé par l'État sollicité en vue de recevoir et de donner suite aux demandes d'information (Art. 2 de la Convention de Londres.). L'organe de réception saisi pourra soit formuler lui-même la réponse, soit en charger un autre organe étatique ou, le cas échéant, un organisme privé ou un juriste qualifié (Art. 6, §§ l et 2 de la Convention de Londres).

[743] F. MELIN, « La Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger : constat d'un échec », *LPA*, 1999, p. 9.

[744] *Ibidem.*

[745] B. RODGER, J. VAN DOORN, « Proof of the Foreign Lam : The impact of the London Convention », préc., p. 165;

[746] F. MELIN, « La Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger : constat d'un échec », *loc. cit.*, p. 9.

[747] E. DECH, « CDJC, Best Practices Survey of the European Convention on Information on Foreign Law », *ETS* n° 62, Londre, 7 Juin 1968, disponible sur :
http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/2002/cdcj15%20e%202002.pdf (05.07.2011), p. 8.

[748] *Ibidem.*

513. Ensuite, d'après l'article 3 de la Convention, seule l'autorité judiciaire peut faire la demande de renseignements. Or, par exemple, du fait de l'interdiction faite aux juges anglais d'entreprendre leurs propres recherches de contenu du droit étranger, la survie de cet instrument international dans le système anglais exigerait des démarches législatives pour donner aux juges les pouvoirs nécessaires[749]. Malheureusement, aucune démarche législative de mettre en oeuvre la Convention dans l'ordre juridique national semble ne pas avoir été entreprise. Toutefois, cet obstacle semble être surmontable, notamment au regard de la Réforme de la procédure civile, intervenue en 1998[750]. En France, en revanche, il n'existe pas d'obstacle juridique apparent pour l'utilisation du mécanisme de la Convention. La seule entrave à son application réside dans le défaut de connaissance de cet instrument par ses « utilisateurs » potentiels. Or, du fait du renforcement de l'office du juge au stade de l'application de la loi étrangère, il serait opportun d'inciter les juges à utiliser les mécanismes de la Convention, du moins en l'absence d'un autre moyen d'information aussi performant. Par exemple, dans le cadre du devoir de motiver l'impossibilité d'établir le contenu de la loi applicable[751], le juge devrait démontrer que le recours au mécanisme de la Convention s'est avéré infructueux. Enfin, une dernière justification de l'utilisation peu fréquente de la Convention réside dans le fait qu'elle tend à augmenter le coût des litiges en obligeant l'organe requérant à traduire la demande dans la langue officielle de l'État requis et éventuellement à effectuer la traduction de la réponse dans la langue de la procédure[752].

B. PROBLEMES ET SOLUTIONS CONCERNANT L'INFORMATION SUR LE CONTENU DE LA LOI ETRANGERE

514. Au vu de l'analyse réalisée sur les moyens d'information ainsi que sur les mécanismes de coopération internationale pour la détermination du contenu de la loi étrangère, il est évident que des problèmes existent dans les deux champs. Il est, de ce fait, important de cibler clairement les

[749] Voy. le rapport du Conseil de l'Europe sur la Convention disponible sur l'URL : conventions.coe.int/Treaty/ FR/Reports/ HTML/062.htm_p. 12 ; En ce sens voy. B. RODGER, J. VAN DOORN., « Proof of the Foreign Lam : The impact of the London Convention », *ICLQ* n° 46, 1997, p. 157, n. 27.

[750] Civil Procedure Rules de 1998 (CPR) en vigueur depuis le 1 janvier 1999. Le mécanisme de la Convention pourrait ainsi être utilisé dans le cadre 34.13 CPR, qui donne le pouvoir à la High Court de saisir les juridictions étrangères d'une demande d'obtention de preuves. De plus, les juridictions anglaises se sont déjà prononcées à propos du pouvoir qu'a le juge de requérir des informations des juridictions étrangères : pour elles, ce pouvoir est « inhérent » à l'office du juge. Il serait opportun pour les pays avec un système accusatoire du procès d'amender la Convention en sorte d'accorder directement aux litigants le droit de saisir les juridictions étrangères d'une demande d'information sur leur droit interne. Une démarche en ce sens a été entreprise par le Protocole additionnel du 15 mars 1978 donnant le droit de demande à toute personne agissant dans le cadre d'un système officiel d'assistance judiciaire ou de consultation juridique pour le compte de personnes économiquement défavorisées.

[751] Cass., 1re civ., 6 mars 2001, *TAIC* : *Rev. crit. dr. intern. privé* 2001.335, note H. MUIR WATT ; Cass. 1re civ., 3 nov. 2003, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2004. 95, note ANCEL ; *JDI* 2004. 520 (2e esp.), note F. MELIN.

[752] Art. 14, § 1 de la Convention.

problèmes afin de pouvoir envisager les meilleures solutions ayant comme but l'amélioration du système d'accès à l'information sur la loi étrangère. Il faut, dès lors, révéler les problèmes concernant l'information sur le contenu de la loi étrangère (1) afin d'en envisager les solutions (2).

1. LES PROBLEMES CONCERNANT L'INFORMATION SUR LE CONTENU DE LA LOI ETRANGERE

515. Les problèmes qui existent dans le champ des moyens d'information ainsi que dans le champ des mécanismes de coopération internationale pour la détermination du contenu de la loi étrangère, sont liés au manque de fiabilité, à la lenteur d'accès et aux coûts qu'ils impliquent. Ainsi, le manque de fiabilité absolue nécessitant bien souvent des vérifications touche tout particulièrement les sources officielles se trouvant sur internat. La lenteur d'accès concerne également les sources officielles se trouvant sur internet car la législation est le plus fréquemment disponible dans la seule langue nationale. En outre, lorsque le contenu du droit étranger se trouve sur une base de données, il est bien souvent indispensable d'être familier du système légal afin de pouvoir trouver et comprendre le contenu de ce droit. Le plus souvent, seul le texte légal figure dans la base de données (et non la jurisprudence qui y est relative), ce qui ne permet pas à l'utilisateur de comprendre la portée réelle du texte légal. De même, les bibliothèques et les bases de données nationales peuvent mettre beaucoup de temps afin de fournir les informations nécessaires à la disposition des demandeurs.

516. Les mécanismes de coopération internationale pour la détermination du contenu de la loi étrangère présentent également des problèmes liés à la lenteur du temps requis pour l'obtention des informations. Ainsi, la lenteur du temps nécessaire à l'obtention des informations sur la loi étrangère représente le principal problème en ce qui concerne les voies diplomatiques alors qu'il est moins fréquemment vu comme un problème dans le cas de l'utilisation du Réseau judiciaire européen, de la Convention de Londres ou des mécanismes bilatéraux. Le problème des coûts d'accès au contenu de la loi étrangère touche le plus souvent les moyens d'information. Ainsi, les bases de données juridiques étrangères sont, la plupart du temps, coûteuses. De même, faire appel aux experts juridiques étrangers ou aux collègues étrangers peut être coûteux, le temps étant un problème secondaire. Les coûts des mécanismes de coopération internationale pour la détermination du contenu de la loi étrangère représentent, en revanche, un problème qui est cependant moins fréquent.

517. En conclusion, la disponibilité de l'information sur Internet favorise l'utilisation de ce moyen, en dépit des doutes existants sur la qualité des documents ainsi obtenus. Les bibliothèques jouent également un rôle important et sont généralement perçues comme plus fiables, mais bien souvent lentes. En outre, la longueur de la procédure diplomatique est généralement perçue comme un plus gros désavantage que le coût de traiter avec des experts et / ou des collègues étrangers. Le coût de bases de données juridiques étrangères, d'autre part, est souvent considéré comme un problème trop important à surmonter. L'amélioration du système d'accès à l'information sur la loi étrangère s'impose donc avec nécessité.

2. Les solutions ameliorant l'information sur le contenu de la loi etrangere

518. L'accès électronique à la loi étrangère pourrait se faire à travers la création d'un site *web* contenant des liens vers des sites officiels ou des possibilités existantes pour s'informer sur la loi étrangère. Il en irait de même de la création d'une base de données généralement accessibles sur la loi étrangère, avec des informations traduites dans toutes les langues. Idéalement, une telle base de données devrait également contenir des références à la jurisprudence.

519. Les autorités nationales comme, en particulier, le ministère de la justice ou des affaires étrangères, devraient créer une institution indépendante donnant des informations sur la loi étrangère d'une manière totalement gratuite. Il faut également améliorer le réseau existant (judiciaire et des notaires) et le rendre plus connu parmi les représentants des professions juridiques. De même, afin d'améliorer le problème des traductions extrêmement coûteuses demandées au niveau du réseau, le développement de logiciels de traduction ou la traduction de certains mots-clefs devrait représenter une priorité. Les réseaux existants devraient également devenir plus actifs et, en même temps, la création d'un réseau d'experts indépendants sur la loi étrangère permettrait la multiplication des sources d'information sur la loi étrangère. Il est aussi très important de former les professionnels à la loi étrangère car il existe un besoin de formation des avocats et des juges actifs dans les affaires internationales.

520. Même si toutes ces conditions et propositions sont un jour remplis, il est évident qu'il sera toujours difficile d'appliquer une loi étrangère. Par conséquent, l'avis des experts gardera toujours une place importante à l'avenir, mais cela ne devrait toutefois pas empêcher l'adoption des mesures au niveau européen pour rendre l'accès à la loi étrangère plus facile. Il semble donc raisonnable d'améliorer la qualité de l'information officielle sur Internet et d'améliorer les systèmes nationaux d'information juridique sur la loi étrangère (bibliothèques, bases de données). De même, une base de données européenne sur l'information pertinente (législation et

jurisprudence) sur tous les systèmes juridiques pourrait également permettre un meilleur accès à la loi étrangère. Cela semble être une tâche ardue, mais elle permettrait de réduire aussi les coûts et de faciliter l'accès à la loi étrangère par des moyens qui sont déjà largement utilisés aujourd'hui. En outre, le renforcement et le développement des réseaux existants aujourd'hui pour les juges, les notaires et les avocats est un accomplissement très précieux qui devrait être maintenu.

521. Sur un plus long terme, l'internationalisation de l'éducation juridique serait sans doute un très bon moyen de faciliter l'application de la loi étrangère. Il s'agit donc d'apporter des améliorations aux modes d'information sur la loi étrangère car ils ont un impact majeur sur la preuve de cette loi dans le litige de droit international privé.

§ 2. LA PREUVE DU CONTENU DE LA LOI ETRANGERE

522. La preuve du contenu de la loi étrangère est un moment clé dans le litige de droit international privé car c'est à cette occasion que les parties démontrent le bien-fondé de leurs prétentions. Lors de ce moment, il faut se poser deux questions, à savoir, qui a la charge de la preuve de la loi étrangère et à travers quels outils peut il prouver la loi étrangère.

523. Concernant la charge de la preuve de la loi étrangère la maxime *jura novit curia*[753] ne trouve pas à s'appliquer pleinement, car le contenu de la loi étrangère doit, à l'instar des faits, être établi. Cette assimilation de la loi étrangère à un fait a cependant été critiquée par la jurisprudence la plus récente pour mettre l'accent sur sa nature juridique. Cette remise en cause s'est traduite par une modification terminologique passant de la question de la charge de la preuve de la loi étrangère, « ce qui paraît préjuger de sa nature factuelle et disqualifie le rôle du juge », à celle de la connaissance de la loi étrangère, qui implique un rôle moins passif du juge[754]. Autrement dit, à la charge de la preuve du contenu de la loi étrangère incombant aux parties s'est substituée l'obligation faite au juge de la connaître. La portée de cette évolution ne doit pas être exagérée car l'obligation faite au juge de connaître la loi étrangère – simple obligation de moyen qui n'exclut pas le concours des parties – ne se confond nullement avec la « présomption de connaissance » par le juge du droit interne. En droit international privé français, la preuve de la loi étrangère était influencée, jusqu'en 2005, par deux facteurs importants : la dichotomie droits disponibles - droits indisponibles et la nature assignée à la loi étrangère. Le premier facteur de la

[753] A travers ce principe, le juge a le devoir de connaître le droit et sa méconnaissance est sanctionnée dans le cadre des voies de recours ouvertes contre le jugement, voy. en ce sens P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2014, p. 179 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 261.
[754] D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, PUF, t. 1, 3e éd. 2014, p. 466.

dichotomie droits disponibles - droits indisponible a été abandoné, cependant, en 2005 par la Cour de cassation, alors que la nature assignée à la loi étrangère dans le système juridique du for, de droit ou de fait, continue d'influencer les modes de preuve acceptés par le juge afin de considérer la loi étrangère comme prouvée. Les deux types de facteurs, qu'ils aient influencé par le passé ou qu'ils continuent à influencer la preuve de la loi étrangère, traduisent, ainsi, deux systèmes, un système ancien et système actuel, plus moderne, d'établissement du contenu de la loi étrangère.

524. Une fois qu'il a été établi qui a la charge de la preuve de la loi étrangère, il faut également s'interroger sur les outils qui peuvent l'aider à prouver le contenu de cette loi. Dans ce sens il est nécessaire d'analyser les modes qui ont été acceptés afin de prouver le contenu de la loi étrangère. Nous allons ainsi analyser les systèmes d'établissement du contenu de la loi étrangère (A) ainsi que les modes de preuves admis du contenu de la loi étrangère (B).

A. LES SYSTEMES D'ETABLISSEMENT DU CONTENU DE LA LOI ETRANGERE

525. La dichotomie droits disponibles – droits indisponibles influençait, jusqu'en 2005, le partage des rôles entre les parties et le juge, créant ainsi un système de répartition des tâches entre le juge et les parties. Le droit positif actuel a cependant modifié ce système de répartition des tâches entre le juge et les parties à travers les arrêts *Sté. Aubin* et *Sté. Itraco*[755] à l'occasion desquels la Cour de cassation a abandonné l'idée de l'établissement du contenu de la loi étrangère relevant exclusivement des parties[756]. Aujourd'hui, la preuve de la loi étrangère est donc soumise à un même régime, quel que soit le domaine dans lequel elle entre en jeu (droits disponibles ou indisponibles), mais aussi quelle que soit la manière dont elle y est entrée[757]. Ce système met désormais le poids de la preuve sur les épaules du juge, quelle que soit la nature du contentieux.

526. Quel est le raisonnement ayant provoqué un tel changement ? Pourquoi avoir choisi d'accorder plus d'importance à l'office du juge qu'aux parties dans la matière de la preuve de la loi étrangère ? Pour répondre à ces questions il est nécessaire d'analyser l'ancien système de la

[755] Cass., 1re civ., 28 juin 2005, *Sté Aubin*, préc. et Cass., com., 28 juin 2005, *Sté Itraco*, préc.

[756] Cass., 1re civ., 28 juin 2005, *Sté Aubin*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2005, p. 645, note B. ANCEL et H. MUIR WATT ; D. 2005, p. 2853, note BOUCHE, *Pan.* p. 2748, obs. KENFACK ; *D.* 2006, *Pan.* p. 1495, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE. ; Cass., com., 28 juin 2005, *Sté Itraco*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2005, p. 645, note B. ANCEL et H. MUIR WATT ; *D.* 2005, p. 2853, note N. BOUCHE, *Pan.* p. 2748, obs. Kenfack ; D. 2006, *Pan.* p. 1495, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; *RTD Com.* 2005, p. 872, obs. Ph. DELEBECQUE ; *GAJDIP*, n° 83.

[757] D'office par le juge, ou à la demande d'une partie, voy. Cass., 1re civ., 22 nov. 2005: *Bull. civ.* 2005, I, n° 425 concernant la compétence de la loi étrangère revendiquée par l'une des parties qui n'en fournissait cependant pas le contenu ; *adde*, annonçant le revirement, Cass., 1re civ., 25 janv. 2005 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 2005, p. 300, note B. ANCEL ; D. 2005, p. 1012, note N. BOUCHE ; *Defrénois* 2005, art. 38182, p. 1040, note M. Révillard ; *Dr. et patrimoine* nov. 2005, p. 107, note M.-E. ANCEL.

répartition des rôles entre les parties et le juge en matière de preuve de la loi étrangère pour en découvrir les failles qui ont été à l'origine du changement vers un rôle décisif du juge en cette matière. Il s'agit, dès lors, d'analyser l'ancien système de répartition des tâches (1) pour ensuite comprendre l'évolution vers l'actuel système du rôle décisif du juge en matière de preuve de la loi étrangère (2).

1. L'ANCIEN SYSTEME DE REPARTITION DES TACHES ENTRE PARTIES ET JUGE

527. La question de la preuve de la loi étrangère était influencée, avant la jurisprudence *Sté. Aubin - Sté. Itraco,* par la dichotomie droits disponibles - droits indisponibles. C'est, en effet, en fonction de la nature des droits litigieux que les parties et le juge avaient un rôle plus ou moins important en matière de charge de la preuve de la loi étrangère. Or, la conséquence de cette séparation de la charge de la preuve en fonction de la nature des droits litigieux a été la mise en place d'un système de répartition des tâches entre les parties et le juge en la matière. Il s'agit d'analyser la répartition des tâches entre les parties et le juge en présence de droits disponibles (a) puis en présence de droits indisponibles dans le litige de droit international privé (b).

a. Ancienne répartition des tâches en présence de droits disponibles

528. Lorsque le litige portait sur des droits disponibles, la preuve du contenu de la loi étrangère avait d'abord été mise à la charge de la partie dont la prétention était soumise à cette loi – qui pouvait ne pas être celle qui l'invoquait, conformément aux arrêts *Lautour*[758] et *Thinet*[759], pour être ensuite à la charge de la partie qui a intérêt à invoquer la loi étrangère car substantiellement différente de la loi française, conformément à l'arrêt *Amerford*[760] : « Dans les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits, il incombe à la partie qui prétend que la mise en œuvre 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 ». Cette solution a été reprise par la première Chambre civile, dans l'arrêt *Agora Sopha*[761] confirmant ainsi la jurisprudence *Amerford* et

[758] Cass., 1re civ., 25 mai 1948, *Lautour*, préc.
[759] Cass., 1re civ., 24 janvier 1984, *Thinet,* n° pourvoi 82-16767: *Bull. civ.* no 33, *GAJDIP*, no 61
[760] Cass., com., 16 novembre 1993, *Amerford*: *Bull. civ.* n° 405, *Rev. crit. dr. internat. privé* 94, p. 332, note P. LAGARDE
[761] Cass., 1re civ., 11 juin 1996, *Agora Sopha*: *Bull. civ.* n° 243, p. 171 (rejet) *Rev. crit. dr. internat. privé* 97, p. 65 où la Cour de cassation a considéré que « ...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

consacrant un retour au droit commun de la preuve : c'était ainsi la partie qui avait intérêt à invoquer le droit étranger – parce qu'il était substantiellement différent du droit français – qui devait en établir le contenu.

529. Le contenu de la loi étrangère pouvait, donc, être prouvé par les parties à travers le principe de disponibilité des droits litigieux qui leur accordait un rôle plus actif dans le litige mais le droit français n'imposait l'obligation de recherche qu'en cas d'allégation de la compétence de la loi étrangère suffisamment expresse pour en déduire « une conséquence juridique quant à la solution du litige différente de celle résultant de l'application de la loi française »[762]. Cette jurisprudence subordonnait ainsi la charge de la preuve à l'intérêt d'une partie dans l'application du droit étranger et à son activité procédurale au stade de la désignation du droit applicable. Quelles ont été les conséquences d'une telle solution ? La jurisprudence *Amerford* dispensait le juge du fond de toute obligation de recherche du contenu de la loi compétente et instaurait implicitement une présomption simple d'équivalence entre la loi étrangère et la loi du for. Donc le juge n'était obligé de respecter la désignation opérée par la règle de conflit qu'en présence d'un « vrai conflit »[763], qui était plus un conflit de contenu qu'un conflit de compétence. Ainsi, la justice conflictuelle se trouvait remplacée par la justice matérielle, laquelle mesurait l'opportunité d'application du droit compétent en fonction du résultat matériel que le droit envisage[764]. Cette solution entraînait aussi un rôle prépondérant des parties en matière de preuve de la loi étrangère. Or cela pouvait provoquer certains abus de la part des parties car l'application de la loi étrangère pouvait ainsi être manipulée afin de convenir aux intérêts de certains. En effet, si ce système, imposant la charge de la preuve du droit étranger à la partie qui invoque la loi étrangère, pouvait avoir le mérite de favoriser une recherche loyale du contenu de celle-ci par celui qui a intérêt à son application[765], il présentait également un risque de dénaturation de son contenu par les parties. Ainsi, lorsque les intérêts des parties étaient antagonistes, l'échec de preuve par l'une d'elles

---

au droit français, à défaut de quoi ce droit s'applique en raison de sa vocation subsidiaire ». il faut cependant observer que la référence faite ici aux droits « non régis par un traité » est devenue superflue, puisque le seul critère désormais retenu est celui de la disponibilité des droits, peu important qu'ils soient, ou non, régis par une convention internationale, depuis l'arrêt *Hannover International* (Cass., 1re civ., 6 mai 1997: *Bull. civ.* n° 140, p. 94) qui énonce 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. »

[762] Cass., com., 5 févr. 2002, *B. Jacob*: *Gaz. Pal.* 25-26 juin 2003, somm. p. 33 ; Cass., 1re civ., 28 janv. 2003, *Justin Colin* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003.462 note ANCEL.

[763] H. MUIR WATT, « Les péripéties internationales de l'article 12 NCPC… », *loc. cit.*, p. 241 et s.

[764] M. JORGE, « La loi étrangère devant le juge du fond : office du juge et substitution », *PA*, 26 juillet 2000, n° 148, p. 8.

[765] B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 263.

pouvait donner à l'autre l'occasion d'accréditer une version de la loi étrangère à sa convenance. En revanche, lorsque les intérêts des parties n'étaient pas complètement contradictoires, elles pouvaient s'accorder pour passer sous silence la loi applicable qu'elles estimaient défavorable. De même, un déséquilibre des moyens matériels pouvait résulter, même dans un débat véritablement contradictoire, en l'application d'une version fausse, mais mieux présentée par l'une des parties.

530. Vu les résultats arbitraires que la règle de la disponibilité des droits litigieux pouvait entraîner en matière de preuve de la loi étrangère, le renforcement de l'obligation du juge de rechercher le contenu de la loi applicable paraissait plus opportun[766].

b. Ancienne répartition des tâches en présence de droits indisponibles

531. Lorsqu'il était question, en revanche, de droits indisponibles, le juge avait l'obligation d'appliquer la loi étrangère compétente[767] malgré le caractère à cet égard « très incertain » de l'arrêt *Demart Pro Arte*[768] qui, en matière de propriété littéraire et artistique, avait censuré une cour d'appel pour avoir déclaré applicable la loi espagnole « sans procéder à sa mise en œuvre ». La première Chambre civile – s'en tenant sans doute trop strictement aux termes du pourvoi – avait voulu dire que le juge ne pouvait se contenter d'une référence abstraite et globale au droit étranger applicable[769]. C'est un arrêt du 1er juillet 1997[770] qui avait mis fin à l'incertitude en affirmant, à propos d'un divorce soumis à une loi étrangère et au visa de l'article 3 du Code civil : « que l'application de la loi étrangère désignée pour régir des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition impose au juge français de rechercher la teneur de cette loi ». L'office du juge était donc nettement défini dans le domaine des droits indisponibles : le juge avait ainsi l'obligation de rechercher la teneur du droit applicable.

532. Cependant, la charge de l'établissement du contenu de la loi étrangère ne reposait jamais exclusivement sur le juge[771]. Même quand l'obligation de recherche incombait à ce dernier, cela ne signifiait pas nécessairement que le juge était obligé de procéder directement à une recherche personnelle ni même assistée d'un tiers (expertise, consultation, recours au mécanisme de la Convention de Londres dans le domaine de l'information sur le droit étranger, etc). Le juge

[766] En ce sens : F. MELIN, note sous Cass., 1re civ., 26 mai 1999: *JCP* 1999. II. 10192.
[767] Cass., 1re civ., 1er juillet 1997: *Bull. civ.* n° 222 p. 148
[768] Cass., 1re civ., 5 octobre 1994 : *Bull. civ.* n° 267
[769] Voy. sur ce point le commentaire de D. BUREAU à la *Revue crit. dr. intern. privé* 1995, p. 60.
[770] Cass., 1re civ., 1er juill. 1997, préc.
[771] En ce sens: B. FAUVARQUE-COSSON, « Le juge français et le droit étranger », *D.,* 2000, n° 8, § 10 et s. ; H. MUIR WATT, note sous Cass., 1re civ., 5 nov 1991 et Cass., 1re civ., 10 déc. 1991, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1992. 314., spéc. p.325: A. PONSARD, « L'office du juge et l'application de la loi étrangère», *Rev. crit. dr. internat. privé* 1990.607, spéc. 617.

pouvait ainsi requérir des parties la production d'un certificat de coutume[772], disposant, de ce fait, d'un moyen de redistribution de la charge de la preuve malgré son obligation de recherche du contenu de la loi étrangère. Il pouvait utiliser dans ce sens l'article 11 NCPC qui prévoit que le juge peut rejeter la demande d'une partie qui ne fournit pas les informations requises mais ne démontre pas que cette démarche s'avère impossible. Le juge devait motiver sa décision en faisant référence au comportement procédural inacceptable de la partie sur laquelle il avait fait peser la charge de la preuve[773].

533. On pouvait, ainsi, observer un renforcement de l'élément inquisitoire et une redistribution de l'obligation de recherche de contenu du droit applicable vers le juge[774], traduits dans une tendance à l'abandon du critère de libre disponibilité[775]. Ainsi, dans l'affaire *Sporting*[776], la Première chambre civile de la Cour de cassation avait infirmé la décision de la cour d'appel, en imposant au juge « saisi de l'application d'un droit étranger de procéder à sa mise en œuvre et spécialement d'en rechercher la teneur afin de trancher le litige selon ce droit ». Or, dans le cas d'espèce, le litige portait sur des droits disponibles (contrat de location du terrain), la Cour n'y faisant pas référence. Malheureusement la portée de cet arrêt est demeurée incertaine, au vu de la jurisprudence postérieure qui continuait à maintenir le critère de libre disponibilité[777] et de la position divergente de la Chambre commerciale, qui continuait à exiger de la partie intéressée qu'elle établisse la différence de la solution qu'apporte le droit étranger par rapport au droit français[778]. En même temps, la jurisprudence *Sporting* ne concernait pas la question de l'office du juge en cas de silence des parties.

534. Une clarification de la position de la Cour de cassation en matière de charge de la preuve s'imposait donc.

---

[772] P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2014, p. 183.

[773] J. LEMONTEY, J.P. REMERY, « La loi étrangère dans la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation », *in Rapport de la Cour de cassation*, 1993, *Doc. fr.*, Paris, 1994, 81, spéc. p. 91; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2014, 185; J. MASSIP, note sous Cass., l^re^ civ., 1er juill. 1997, *D.* 1999. 275, spéc. 276.

[774] G. LARDEUX, « La reconnaissance du statut de règle de droit a la règle de conflit de lois », *D.,* 2003, p. 1513-1520.

[775] La Cour de cassation avait rendu quelques arrêts qui étaient considérés comme des signes annonciateurs de cette tendance: Cass., l^re^ civ., 19 oct. 1999, *Compagnie Rhin et Moselle*: *D.* 2000. 904, note Ph. GOUBAND; 1999, *JCP* 2000. II. 10243, note MUIR WATT; *Gaz. Pal.* ler-2 mars 2000, obs. M.-L NIBOYET-HOEGY, Cass., l^re^ civ., 18 juin 2002, *Mesquita* et 22 oct. 2002, *Ahidar*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003. 86, note MUIR WATT ; Cass., 1re civ., 18 sept. 2002, *Sportin*g, préc.

[776] Cass., 1re civ., 18 sept. 2002, préc.

[777] Cass., 1re civ., 28 janv. 2003, *Justin Colin*, préc.

[778] Cass., com., 11 mars 2003, *Banque Worms* : *PA*, *Gaz. Pal.*, 25- 26 juin, 2003, somm. p. 33.

2. L'ACTUEL SYSTEME DU ROLE DECISIF DU JUGE

535. La Cour de cassation a pris au sérieux le risque d'abus en matière de preuve de la loi étrangère provoqué par une trop grande liberté accordée aux parties et accompagnée d'un office du juge non complètement assumé. Un moyen efficace pour ce faire était ainsi de rendre le rôle du juge plus important quant à l'établissement du contenu de la loi étrangère. C'est pour cela qu'à l'occasion de la jurisprudence *Sté Aubin - Sté Itraco* la Cour de cassation a tenu à souligner que bien que le juge soit autorisé à solliciter le concours des parties, il ne peut en aucun cas se dérober à son obligation. En effet, si les éléments rapportés par les parties ne sont pas suffisants pour établir le contenu du droit étranger, le juge a désormais le devoir de procéder « personnellement » à cette recherche, solution d'ailleurs confirmée par un arrêt du 30 janvier 2007[779].

536. Il s'agit d'une solution très différente de celle retenue en droit anglais, où il est interdit au juge d'appliquer les règles de droit qui n'ont pas été invoquées par les parties[780]. En revanche, l'influence du juge anglais sur les procédés de preuve est plus importante puisqu'il est le seul à apprécier si la teneur de la loi étrangère a été ou non suffisamment établie[781]. Il a ainsi le pouvoir d'appréciation de la force probatoire des éléments apportés[782].

537. La solution française de droit positif rompt avec l'ancienne solution qui prévoyait que l'office du juge, lors de la recherche du contenu de la loi étrangère, obéissait aux mêmes critères que son devoir à appliquer la règle de conflit et s'impose dans deux hypothèses : lorsque le juge

---

[779] Cass., 1re civ., 30 janv. 2007, *Lamore* : *Bull. civ.* 2007, I, n° 44 ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2007, p. 769, note T. AZZI.

[780] Voy. Lord GOFF OF CHIEVELEY, «The Role of the Judges in England», *RabelsZ.*, 1994, 443, spéc. 447, expliquant que le principe de « l'ignorance judiciaire » du droit applicable est historiquement liée au fait que les juges n'avaient pas généralement de formation juridique. Outre cela, la redistribution du devoir de connaître la loi aux parties est liée au système des *writs of action*, qui existait en Angleterre jusqu'au 1852. Selon ce système, les parties étaient amenées à prouver la compétence de la Cour royale, en démontrant que leur action tombait dans le cadre d'un « writ» existant. Après l'abolition du *system of writs*, la procedure civile anglaise a retenu le devoir d'invoquer la loi applicable. Voy. en ce sens F.W. MAITLAND, *The Forms of Actions at Common Law*, éd. A.H. Chaytor & W.J. Whittaker, 1909, 1.

[781] Supreme Court Act 1981, s. 69.5 : « *Where for the purpose of disposing of any action or other matter which is being tried in the High Court by a juge with a jury it is necessary to ascertain the law of any other country which is applicable to the facts of the case, any question as to the effect of the evidence given with respect to that law shall, instead of being submitted to the jury, be decided by the judge alone* ». Cependant dans la majorité des cas, la loi étrangère qui se trouve appliquée par le juge, n'est pas la loi étrangère per se, mais la version de son contenu que la Cour a pu dégager des plaidoiries des parties, C.M.V. CLARKSON, J. HILL, *Jaffey on the Conflict of Laws*, *op. cit.* p. 10 et s. ; R. FENTIMAN, *Foreign Law in English Courts …*, *op. cit.*, p. 146.

[782] En ce sens: S. GEEROMS, *Foreign Law in Civil Litigation…*, *op. cit.*, 2. 374; R. FENTIMAN, *Foreign Law in English Courts…*, *op. cit.,* p. 177. Dans le cas où les preuves apportées se contredisent, le juge est appelé à trancher le conflit en imposant sa propre vision du contenu du droit applicable: High court de la Chambre des Lords, *Russian Commercial and Industrial Bank c/ Comptoir d'Escompte de Mulhouse*, 1923, J2 *K.B.* 631 ; CA anglaise, *Paley (Princess Olga) c/ Weisz*, 1929, 1 *K.B.* 718 et dernièrement High court, Queen's Bench Division, Commercial Court, *Glencore International A.G. c/ Metro Trading International Inc.*, 2001, 1 *Loyd's Rep.* 284, p. 300.

prend l'initiative de relever l'internationalité du litige[783] en cas de droits disponibles et lorsque les droits litigieux sont indisponibles[784]. Le droit positif actuel a, ainsi, supprimé le vieux système de répartition des tâches entre le juge et les parties en obligeant le juge de chercher la teneur de la loi étrangère quelle que soit la nature du contentieux. Dans un attendu de principe commun aux deux décisions, la Cour de cassation a ainsi énoncé qu'« il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger ». Cela signifie que, du moment où le conflit de lois a été résolu, la nature disponible ou indisponible des droits litigieux n'a plus aucune influence sur la question de l'établissement du contenu de la loi étrangère compétente. « L'impact de la nature du contentieux s'efface une fois l'applicabilité de la loi étrangère dans le débat, qu'elle y ait été mise par les parties ou par le tribunal lui-même »[785], supprimant tout lien entre application d'office de la règle de conflit et obligation pour le juge de rechercher la teneur du droit étranger.

538. Aujourd'hui, la loi étrangère est donc soumise à un même régime, quel que soit le domaine dans lequel elle entre en jeu (droits disponibles ou indisponibles), mais aussi quelle que soit la manière dont elle y est entrée[786]. Dans cette nouvelle configuration le rôle du juge est donc décisif, dans le sens où il a l'obligation de rechercher « personnellement » la teneur de la loi étrangère si les éléments rapportés par les parties ne sont pas suffisants pour l'établir. C'est ainsi que la Cour de cassation a censuré la décision d'une cour d'appel qui avait débouté le demandeur

---

[783] Cass., 1re civ., 26 mai 1999, *Belaid A*: *Bull. civ.* I, n°174 ; *GAJDIP*, n°74-78 ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1999. 707 et Cass., 1re civ., 22 oct. 2000: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003. 86, note MUIR WATT (par rapport à l'application de la loi marocaine en matière de dissolution du mariage). De même, l'art. 16 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987 prévoit que «le contenu du droit étranger est établi d'office [...]. En matière patrimoniale, la preuve peut être mise à la charge des parties». L'art. 14 de la loi italienne de réforme du système de droit international privé du 31 mars 1995 prévoit, à son tour, que « l'établissement de la loi étrangère est réalisé d'office par le juge ». Pour une analyse comparée de ces systèmes voy. T. HARTLEY, « Pleading and proof of Foreign Law…», *loc. cit.*, p. 271.

[784] Il faut préciser que l'arrêt *Agora Sopha* rendu par la Cour de cassation le 11 juin 1996, préc. concernait la question de la loi applicable à l'office du juge en ce domaine. Un pourvoi soutenait, en effet, que, la loi suisse étant applicable, il convenait de se référer à ses dispositions de droit international privé qui imposaient au juge de rechercher d'office le contenu du droit étranger applicable (en l'espèce le droit japonais). Selon le pourvoi, il aurait fallu « admettre par le jeu du renvoi une délégation au droit étranger allant jusqu'aux règles de ce droit gouvernant l'office du juge » (Comm. P. LAGARDE, *Rev. crit. dr. internat. privé* 97, p. 65). La première Chambre civile a refusé ce renvoi « totalitaire » en ces termes : « ...la prescription de la loi suisse de droit international privé » d'établir d'office le contenu du droit étranger n'oblige que le « juge suisse et non le juge français, malgré la désignation de la loi suisse par la règle de conflit de lois... » . L'office du juge français quant à la recherche du contenu d'un droit étranger déclaré compétent relève donc uniquement de la loi française.

[785] H. MUIR WATT, note sous Cass., 1re civ., 21 nov. 2006, *Enfant Mikhaïl* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 2007, p. 575, spéc. p. 577

[786] D'office par le juge ou à la demande d'une partie.

en refusant de tenir compte de la production de la loi étrangère relative aux droits litigieux et d'un arrêt de la juridiction suprême étrangère datant de plus de cinquante ans alors « qu'il lui appartenait, si elle s'estimait insuffisamment informée de la teneur du droit (étranger) d'en rechercher tout élément complémentaire »[787]. Cette solution confirme l'idée de la doctrine[788] selon laquelle les parties, et plus précisément celle d'entre elles qui y trouve son intérêt, devraient collaborer avec le juge dans l'établissement du contenu de la loi étrangère. En effet, même si, par principe, la tâche d'établir la teneur de la loi étrangère est désormais supportée par le juge, la jurisprudence *Sté Aubin - Sté Itraco* l'autorise à solliciter « le concours des parties » et ce, sans égard pour leur position procédurale.

539. Elle est également consacrée par de nombreux droits étrangers[789]. Par exemple, l'article 16 de la loi de droit international privé suisse déclare expressément que « le contenu du droit étranger est établi d'office. À cet effet la collaboration des parties peut être requise »[790].

540. En conclusion, le rôle du juge est décisif dans la recherche de la solution que la loi étrangère compétente donne au litige. Cependant, un tel renforcement du devoir du juge de rechercher la teneur de loi étrangère en toute hypothèse devrait être accompagné par des moyens adéquats d'information sur le droit étranger. Or, cette situation n'est pas, pour l'instant résolue et se révèle à travers la préférence pour un nombre limité de modes de preuve, malgré les possibilités larges dans cette matière, lors de l'établissement de la teneur de la loi étrangère.

B. LES MODES DE PREUVES DE LA LOI ETRANGERE

541. La nature, légale ou factuelle, assignée par le système juridique du for à la loi étrangère, influence les modes de preuve qui seront acceptés par le juge afin de considérer cette loi comme prouvée. Il existe, en effet, en fonction de la nature assignée à la loi étrangère, des approches divergentes des systèmes de droit quant à l'admissibilité des modes de preuve. Ainsi, alors que le

---

[787] Cass., 1re civ., 6 déc. 2005: *Bull. civ.* 2005, I, n° 461.

[788] H. MOTULSKY, « L'office du juge et la loi étrangère », *in Mélanges Maury*, t. I, p. 337 ; « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », *in Mélanges SAVATIER*, p. 682 ; *adde*, P. BELLET, note : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1965, p. 133 ; M. SIMON-DEPITRE : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1973, p. 73 ; D. ALEXANDRE, note : *JDI* 1988, p. 750 et JDP 1989, p. 363 et 364. ; D. BUREAU , note : *JDI* 1996, p. 946. ; B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, préc., n° 293, 297 et 305 ; Y. LEQUETTE, « L'abandon de la jurisprudence *Bisbal*... », p. 338-339 ; H. MUIR WATT, note : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1990, p. 333 ; M.-L. NIBOYET-HOEGY, note : *JDI* 1990, p. 100.

[789] Espagne, C. civ., art. 12 § 6. ; Italie, L. 31 mai 1995, art. 14. ; Belgique, Code de droit international privé, art. 15.

[790] En matière patrimoniale, le texte va au-delà en permettant au juge de mettre la preuve « à la charge des parties ». Cette disposition est cependant critiquée par la doctrine suisse pour des raisons d'ordre logique et pour son manque de précision, voy. notamment F. KNOEPFLER et Ph. SCHEIZER, « La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale) », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1988, p. 233 ; A. Bücher, « Droit international privé, tome 1 (partie générale) », V. *Droit applicable*, n° 375 et s., p. 150 et s.

système français reconnaît à la loi étrangère un statut de règle juridique[791] et accepte que la loi étrangère soit prouvée par tout mode de preuve, d'autre systèmes juridiques, comme le système anglais, considèrent la loi étrangère comme ayant une nature factuelle et limitent ainsi ces modes de preuve.

542. Quelles sont les conséquences de ces différents niveaux d'exigence des systèmes juridiques ? De même, en allant plus loin dans cette logique, quelles sont les conséquences en cas de défaillance de la preuve quant à la teneur de la loi étrangère ? Nous allons donc observer les approches opposées d'admissibilité des modes de preuve de la loi étrangère (1) et les conséquences de la défaillance de la preuve quant à la teneur de la loi étrangère (2).

1. APPROCHES OPPOSEES D'ADMISSIBILITE DES MODES DE PREUVE DE LA LOI ETRANGERE

543. Les moyens de porter le contenu de la loi étrangère à la connaissance du juge peuvent être limités ou pas. En effet, s'agissant de l'admissibilité des modes de preuve de la loi étrangère les systèmes juridiques peuvent être divisés en deux groupes dont il est necessaire de comprendre le fonctionnement en la matière: d'une part, les systèmes qui n'instaurent aucune limitation quant aux modes de preuve de la loi – le modèle continental (a), et d'autre part, les systèmes qui définissent les modes de preuve admissibles de manière limitative – le modèle du système de droit anglais (b).

a. Liberté de la preuve

544. En droit français, comme dans d'autres systèmes juridiques[792], le contenu de la loi étrangère peut être établi par tout moyen[793]. Il s'agit d'une règle héritée de l'ancienne conception en la matière qui considérait la loi étrangère comme un simple fait du procès[794]. De nos jours, le système français reconnaît que la loi étrangère est une règle de droit[795], rompant ainsi avec cette

---

[791] Voy. l'arrêt *Coucke*, préc.

[792] Pour une étude comparée de l'application de la loi étrangère dans les systèmes juridiques continentaux (l'Allemagne, la Belgique, la France, les Pays Bas, la Suisse) voy. S. GEEROMS, *Foreign Law in Civil Litigation…*, *op. cit.* ; M. JANTERA-JAREBORG, *Rec. cours La Haye*, vol. 304, 2003, p. 181-386 ; T. HARTLEY, « Pleading and proof of Foreign Law… », *loc. cit.*, p. 332-371.

[793] Voy. P. MAYER, « Les procédés de preuve de la loi étrangère», in *Le contrat an début du XXI siècle, Etudes offertes à J.Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 617-636, spec. 626, où l'auteur soutient que malgré l'admissibilité de tout mode de preuve, le système français comporte des limitations intrinsèques liées à la surcharge des tribunaux, à une tradition de preuve essentiellement écrite et à une conception inquisitoire du procès caractérisée par le pouvoir du juge de refuser les mesures d'instruction sollicitées. En pratique, ces facteurs se conjuguent pour rendre inconcevables certains procédés de preuve, comme audition des experts-témoins.

[794] Depuis les célèbres conclusions en ce sens de l'avocat général HELLO sous Cass., 1re civ., 6 févr. 1843, *S.* 1843. 1. 209.

[795] Cass., 1re civ., 13 janv. 1993, *Coucke*, préc..

tradition, mais cela n'a apparement pas eu d'effet en matière de preuve de la loi étrangère, sachant que les actes juridiques se prouvent par un écrit alors que pour les faits juridiques on admet la preuve par tout moyen. En effet, pendant longtemps, la loi étrangère a été assimilée à un fait du point de vue de son régime procédural[796] et on considérait qu'il revenait aux parties de prouver son contenu. Cette solution ne mettait cependant pas fin à toute difficulté puisqu'il restait encore à déterminer lequel des deux – demandeur ou défendeur – devait effectivement en supporter le poids.

545. La question de la connaissance de la loi étrangère s'est cependant trouvée renouvelée avec le rapprochement progressif du régime procédural de la loi étrangère de celui de toute règle de droit[797]. On admet donc que la loi étrangère, « malgré l'absence de contrôle de la Cour de cassation, est une règle de droit, qui ne relève pas des prescriptions de l'article 7 du nouveau code de procédure civile »[798].

546. La conception de la teneur de la loi étrangère a donc évolué et cela est dû, en partie, à la considération factuelle de la loi étrangère qui comporte, en réalité, trois significations différentes qui ne sont pas influencées de la même manière par la requalification opérée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Coucke*[799].

547. Ainsi, dans un premier temps, à l'époque où le conflit de lois équivalait à un conflit de souverainetés, l'assimilation factuelle de la loi étrangère représentait une fiction destinée à expliquer comment une loi étrangère pouvait faire l'objet d'une application judiciaire en France. Cette théorie apparaît aujourd'hui inexacte et inutile puisque c'est la juridicité même de la loi étrangère qui explique sa vocation à s'appliquer au regard de la règle française de conflit de lois. En effet, si la règle de conflit désigne une loi étrangère, c'est précisément parce que le rapport litigieux lui paraît entrer dans la sphère de celle-ci. Un autre argument résiderait dans le fait que la juridicité de la loi étrangère peut être reconnue sans attenter à la souveraineté du for car elle ne s'applique qu'en vertu de l'ordre du droit international privé du juge saisi[800].

---

[796] H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. 1, *op. cit.*, 1993, p. 528.

[797] Voy. notamment Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 307-309 : « même étrangère, la loi renferme une certaine dose de juridicité » ; pour une approche plus nuancée, mettant l'accent sur le régime particulier de la loi étrangère compte tenu de son extranéité, voy. P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2014, n° 179, p. 137 et 138 : « la loi étrangère est du droit (...) mais l'existence d'une loi étrangère d'un contenu déterminé est un fait » ; *adde*, M.-L. NIBOYET-HOEGY, G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 580.

[798] Cass., 1re civ., 13 janv. 1993, *Coucke*, préc.

[799] Cass., 1re civ., 13 janv. 1993, *Coucke,* préc.

[800] Même si la règle de conflit de lois applicable emprunte une méthodologie unilatéraliste.

548. Dans un deuxième temps, la qualification factuelle de la loi étrangère tend à caractériser les rapports entre le juge du for et une loi dont, en raison de son extranéité, il ne peut que constater le contenu, en tant que « fait observé »[801]. Cette qualification tend ainsi paradoxalement à souligner la juridicité de la loi étrangère, tout à la fois en fondant sur elle les titres d'application de cette dernière devant le juge du for et en assurant le respect de son intégrité. Cela implique deux choses : d'une part, la loi désignée par le droit international privé du for est celle qui, en raison de la localisation du rapport litigieux, s'impose effectivement à ce dernier ou a vocation à le faire[802]; d'autre part, pareille qualification exige du juge du for qu'il s'abstienne d'adapter le sens de la loi étrangère en fonction de préférences ou de politiques que l'ordre juridique d'origine ne partage pas, même si l'état du droit positif étranger est analogue à celui qui, dans l'ordre du for, lui laisserait la latitude de consacrer, dans des circonstances similaires, une solution semblable[803].

549. Dans un troisième sens, sur le terrain du régime procédural de la loi étrangère, le rapprochement factuel prouve la spécificité revêtue par la loi étrangère notamment sous le rapport de sa connaissance. Cette spécificité de la loi étrangère dans le cadre processuel n'a pas disparu depuis la requalification de la loi étrangère en « règle de droit » par l'arrêt Coucke[804]. Ce dernier rappelle, en effet, que si la loi étrangère se démarque certes des simples faits du procès en tant qu'elle échappe aux exigences du principe dispositif, en revanche, le juge du fond est autorisé à solliciter le concours des parties en vue de l'établissement de sa teneur et la Cour de cassation n'exerce pas à son égard un contrôle de l'interprétation. Son régime emprunte ainsi tantôt à celui du fait, tantôt à celui de droit. Cette dernière appréciation suscite des précisions concernant les procédés de preuve de la loi applicable. Ainsi, la reconnaissance du statut de droit de la loi étrangère signifie que les juges détiennent à l'égard de celle-ci le pouvoir de s'en ménager et d'en exploiter une connaissance personnelle, d'après la maxime *jura novit curia*. De même, la jurisprudence *Sté Aubin - Sté Itraco* est venue appuyer cette approche en ayant accordé au juge un

---

[801] H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. 1, *op. cit.*, 1993, n° 328 ; en ce sens, CPJI 22 juill. 1929, *Affaire des emprunts serbes et brésiliens*, *Rec.* CPJI, série A, n°s 20-21.

[802] La fonction même de la règle de conflit exige ainsi que cette loi soit appliquée telle qu'elle existe réellement à l'étranger, en laissant de fait son empreinte sur les rapports de droit privé.

[803] Par exemple l'arret Cass., 1re civ., 1er juill. 1997, *Africatours*, *D.* 1998. 104, note M. MENJUCQ, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1998. 292, note H. MUIR WATT, censurant la méconnaissance du sens littéral d'une loi étrangère au profit de l'interprétation donnée en droit français interne à un texte à rédaction analogue; comparer toutefois la solution très critiquée : Cass., com. 4 mars 1963, *Hocke*, *JDI* 1964. 806, note B. GOLDMAN, *JCP* 1963. II. 13376, note P. LESCOT, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1964. 264 ; P. LAGARDE, « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois (à propos de l'arrêt Hocke de la section commerciale du 4 mars 1963)? », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1964. 235, imposant l'interprétation donnée par l'ordre du for à un traité international faisant également partie du droit étranger.

[804] Cass., 1re civ., 13 janv. 1993, *Coucke,* préc.

rôle décisif dans la preuve de la loi étrangère. Cependant, vu la possibilité de collaboration entre le juge et les parties qui résulte de la même jurisprudence, il est important d'assurer des moyens appropriés de recherche à tous les acteurs du procès. Ainsi, il importe de distinguer les modes de preuve ouverts aux parties (α) et les techniques de l'établissement du contenu de la loi étrangère effectué par le juge (β).

α. Les modes de preuve ouverts aux parties

550. La jurisprudence *Sté Aubin - Sté Itraco* prévoit la collaboration du juge avec les parties en matière de preuve de la loi étrangère. Donc, malgré son rôle décisif dans la tâche d'établir la teneur de la loi étrangère, le juge peut solliciter le concours des parties et ce, sans égard pour leur position procédurale. Dans ce cas, les parties vont préférer, la plupart du temps, des certificats de coutume[805] pour prouver le contenu de la loi étrangère et cela malgré la liberté dont elles disposent dans cette matière. Un certificat de coutume représente « une attestation écrite émanant soit d'une autorité étrangère, soit d'un particulier, sur la teneur d'un droit étranger, produite en vue d'un litige déterminé »[806]. A la différence des documents accessibles au public (textes des lois, recueils de jurisprudence, etc.) le certificat est rédigé en fonction des circonstances de fait et offre ainsi des éléments de réponse à chaque problème litigieux. Son contenu ne lie pas le juge, et sa force probatoire est soumise à l'appréciation de ce dernier[807].

551. L'inconvénient connu de ces moyens de preuve est que le certificat est sollicité par une partie et rémunéré par elle. L'explication sur le contenu de la loi étrangère qu'il donne risque donc d'être une plaidoirie déguisée des intérêts de la partie qui la présente. Il a été soutenu, à cet égard, que la comparution de l'auteur du certificat devant la Cour afin qu'il soit soumis aux questions du juge et des parties pourrait dissuader celui-ci d'une partialité excessive[808]. Toutefois, dans la pratique judiciaire française, l'auteur du certificat de coutume ne voit jamais sa crédibilité testée au cours d'une audience.

---

[805] Pour un exemple de l'importance que la Cour de cassation accorde aux certificats de coutume voy. Les arrêts Cass., 1re civ., 21 mars 2000 et 6 mars 2001, *The Arab Investment Company* : *JDI* 2000.171, note M. RAIMON, par lequel la Haute juridiction a maintenu la décision de la Cour d'appel qui a jugé que les certificats de coutume incontestés de droit saoudien suffisaient d'établir le contenu de ce droit.
[806] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*
[807] C. DAVID, « Impôts », *Rép. intern. D.* 1998 (actualization 2016).
[808] P. MAYER, « Les procédés de preuve de la loi étrangère », préc., p. 626-628.

552. Un certificat de coutume émanant d'une autorité officielle étrangère (par exemple, un certificat de l'autorité consulaire[809]) constitue sans doute une variante plus convenable du point de vue de la fiabilité et de l'impartialité. Toutefois, les certificats consulaires sont en général très succincts, se bornant à reproduire les textes de la législation en vigueur. Ainsi, ils sont rarement suffisants[810].

553. Outre le problème de l'absence de garanties de compétence professionnelle et de l'impartialité de l'auteur de certificat, une autre difficulté peut intervenir dans le cas où le juge est confronté à des certificats contradictoires. Dans cette hypothèse, pour éviter que le juge ne se hâte de constater l'échec de preuve et qu'il ne revienne vers la loi du for, il doit être mis en mesure de porter une appréciation sur les documents produits. Cela requiert la liberté de s'informer sur la loi étrangère au-delà des preuves fournies par les parties, sous réserve du principe du contradictoire[811] (art. 16 NCPC). En tout état de cause, l'établissement de la loi étrangère suppose donc la collaboration entre le juge et les parties.

β. Les techniques d'établissement de la teneur du droit étranger par le juge

554. Les moyens ouverts aux juges pour établir le contenu de la loi étrangère peuvent être la recherche personnelle et la recherche assistée par un tiers.

555. Le premier moyen, déduit du principe *jura novit curia*, impose une démarche entreprise par le juge, le succès éventuel de la recherche dépendant de ses connaissances de droit comparé et des ressources documentaires auxquelles il a accès[812]. Le deuxième moyen – la recherche assistée par un tiers – se présente dans le système français sous la forme de la nomination d'un technicien, chargé d'une mesure d'instruction. La Cour de cassation a admis l'utilisation de ce procédé aux

[809] La délivrance de certificats de coutume entre dans le cadre normal des fonctions consulaires (Décr. du 23 oct. 1946, art. 7), voy., en ce sens, M. REVILLARD, « Consul (Attributions) », *Rép. intern. D.*, 2006 (actualisation 2016), n° 152.

[810] C'est la faiblesse de tout système d'échange d'informations sur le droit étranger dans lequel celui qui fournit la réponse est éloigné de l'instance et n'est pas appelé à y participer. Ce défaut est d'ailleurs à l'origine de l'échec du système instauré par la Convention de Londres dans le domaine de l'information sur le droit étranger. Ainsi, faut-il tenir compte, de lege ferenda, que toute interrogation sur un système de droit inconnu implique un minimum de dialogue entre celui qui s'informe et celui qui possède la connaissance. L'instauration du réseau d'échanges des magistrats de liaison pourrait, a notre avis, remédier à cette insuffisance de communication.

[811] En ce sens, P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 189 ; P. MAYER, « Les procédés de preuve de la loi étrangère », *loc. cit.*, p. 21; B. ANCEL, note sous Cass., 1re civ., 13 janv. 1993: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1994.78.

[812] Des bases de données multilangues, les consultations « en ligne », etc. ouvrent des perspectives non négligeables. Toutefois, cela ne résout pas le problème de compréhension malaisée du matériau juridique étranger sous une forme brute, sans parler de la fiabilité de la traduction des textes disponibles.

fins de l'établissement du contenu de la loi étrangère[813]. Cette possibilité est consolidée actuellement par l'article 232 NCPC[814]. L'information émanant d'un tiers, juriste formé dans un système étranger, c'est-à-dire un comparatiste qualifié, serait normalement fiable et objective. Cependant le recours à ce type de mesure est exceptionnel[815]. Le principal obstacle à l'utilisation de cette possibilité, outre le poids de la tradition, est la difficulté à trouver un expert en droit étranger. Ce fait parle, de lui-même, en faveur du développement des échanges de magistrats de liaison.

556. Un autre procédé de recherche assisté, dont dispose le juge français, est la collaboration avec le Service des Affaires européennes et internationales du Ministère de la Justice, disposant d'un réseau de correspondants : magistrats de liaison étrangers en France, services des ambassades, etc. Cependant, malgré les potentialités de ce procédé (gratuité, vastes possibilités de recherche), sa fiabilité est souvent mise en doute par les professionnels[816].

557. En plus de cela, le juge français est libre d'utiliser les mécanismes internationaux d'échange d'informations sur le droit étranger, ainsi que de recourir aux voies diplomatiques.

558. Dans toute hypothèse où la recherche du contenu de la loi étrangère incombe au juge, les parties ne doivent pas moins en rester libres de produire leurs propres sources d'information et de remettre en cause les conclusions auxquelles le juge est parvenu. Il en va ainsi du principe même du contradictoire.

b. Encadrement de la preuve

559. En droit anglais la loi étrangère est considérée comme ayant une nature de fait, ce qui a des conséquences sur sa preuve dans le cadre du litige de droit international privé. En effet, la loi étrangère doit être *pleaded and proved (*alléguée et prouvée*)* par les parties. C'est une règle qui remonte loin dans l'histoire du droit anglais à une décision rendue en 1774 par Lord Mansfield[817] et qui est fondée sur des raisonnements pragmatiques plutôt que théoriques[818]. Ainsi, vu qu'il

---

[813] Voy. Cass., 1re civ., 19 oct. 1971 : *JDI* 1972. 828, note M. KISARD ; *D.*, 1972. 633, note Ph. MALAURIE, confirmant la décision d'une Cour d'appel qui avait commis « un expert à l'effet de rechercher [...] les modalités de la loi (étrangère) qu'elle reconnaissait en principe applicable »,

[814] « Le juge peut commettre toute personne à son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien.».

[815] Voy. notamment CA Paris, 25 nov. 1976 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1978.76, note G. WIEDERKEHR ; Trib. GI Seine, 1 juin 1960 : *JDI* 1961.410, note G. LYON-CAEN ; CA Rennes. 6 févr., 1962: *JDI* 1963.408, note R. JAMBU-MERLIN .

[816] P. MAYER, « Les procédés de preuve de la loi étrangère », *loc. cit.*, p. 23.

[817] *Mostyn c/ Fabrigas*, 1774, 1 Cowp. 161, 98 E.R. 1021.

[818] Voy. R. GRAVESON, « The Inequality of the Applicable Law », *loc. cit.*, p. 146: « ... the treatment of foreign law has not developed consciously in terms of philosophical ideas ».

s'agit d'une loi étrangère qui, par nature, reste inconnue pour le juge anglais, elle devrait être présentée devant lui selon les formes prévues pour la preuve des faits. Cela peut entraîner deux types de conséquences lors de l'établissement du contenu de la loi étrangère devant le juge anglais, à savoir, sur l'attitude du juge ainsi que sur les moyens de preuve utilisés[819].

560. D'un côté, le juge anglais ne peut pas utiliser ses connaissances personnelles ou faire ses propres recherches en matière d'application de la loi étrangère, exception qui n'existe pas dans d'autres systèmes juridiques de la *Common law*[820]. Or, cela entraîne une passivité du juge qui affecte le déroulement du litige de droit international privé, la volonté des parties étant décisive en la matière[821]. Ainsi, lorsque le contenu de la loi applicable n'est pas contesté par la partie adverse, le juge est tenu par la solution proposée par les parties à travers les conclusions des experts présentées, sa marge d'appréciation étant très étroite. Le juge peut donc refuser d'appliquer la loi étrangère dans des cas limitativement prévus, par exemple, lorsque les conclusions de l'expert sont faussées ou s'avèrent absurdes, obscures ou non pertinentes[822]. En dehors de ces hypothèses, il apparaît que les conclusions incontestées de l'expert lient le juge. Lorsque, en revanche, il y a désaccord dans les conclusions des experts, il appartient au juge de décider laquelle des conclusions sera prise en considération[823]. En conclusion, la passivité du juge au stade de l'application de la loi étrangère est directement proportionnelle au succès des parties de se mettre d'accord sur le contenu de la loi applicable[824].

561. D'un autre côté, l'établissement du contenu de la loi étrangère devant le juge anglais de la même manière qu'un fait du procès, a également des conséquences sur les moyens de preuve utilisés. Cette loi doit ainsi être prouvée, la plupart du temps, par un expert-témoin (*expert witness*)[825], le système anglais ne permettant pas, sauf rares exceptions, la preuve écrite lorsqu'il s'agit des faits.

---

[819] D. SOLENIK, *L'application de la loi étrangère par les juges du fond…, op. cit.,* p. 35.

[820] Aux États Unis d'Amérique cette règle de *common law* a été rejetée par la section 44. 1 du *Federal Rules of Procedure*. Tout mode de preuve contenu de la loi étrangère est désormais admissible.

[821] D. SOLENIK, *L'application de la loi étrangère par les juges du fond…, op. cit.,* p. 35.

[822] DICEY, MORRIS, COLLINS, *The Conflic of Laws,* 9-015, 9-016.

[823] T. HARTLEY, « Pleading and proof.. », *loc. cit.*, p. 271, spéc. p. 284.

[824] D. SOLENIK, *L'application de la loi étrangère par les juges du fond…, op. cit.,* p. 35.

[825] Civil Evidence Act 1972, s. 4 (1): « *In civil proceedings a person who is suitably qualified to do so on account of his knowledge or experience is competent to give expert evidence as to the law of any contry or territory outside the United Kingdom, or of any part of the United Kingdom other than England and Wales, irrespective of whether he has acted or is entitled to act a legal practitioner there* ». Voy. également le « *leading case* » *Nelson c/ Briadport*, 1845, *50 E.R.* 207, 211 avec le commentaire de Lord LAGDALE : « *The foreign law must be proved by properly qualified witnesses or by witnesses who can state from their own knowledge and experience* », cité par C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS, G. PALAO, *Application of the foreign law*, *op. cit.*, p. 165.

562. Le rapport de l'expert doit être présenté oralement lors de l'audience et sera, par la suite, soumis à la *cross-examination*[826]. Ce rapport contient, en général, la présentation des dispositions de la loi étrangère applicable, des informations concernant leur effet et leur portée dans le système juridique d'origine[827]. Le problème des rapports des experts est qu'il s'agit, dans ce cas, d'une preuve fournie par les parties (*party appointed*). Or, une partie choisira toujours d'apporter comme preuve devant le juge le rapport de l'expert qui reflète le plus sa propre position[828]. Cela peut entraîner une certaine partialité du témoignage de l'expert. C'est pour cela que le droit anglais a été réformé en 1998, la section 35 CPR prévoyant ainsi que le juge peut designer un seul expert (*single joint expert*), choisi par les parties ou par lui en cas de désaccord. Deuxièmement, le juge peut désigner un *amicus curiae* pour conseiller la Cour sur les questions de la loi étrangère (s. 35.15 CPR). Les conclusions de ce dernier peuvent compléter les conclusions des experts, mais peuvent également les remplacer. Toutefois, ces dispositions rencontrent l'attitude réfractaire des juges lorsqu'il est question d'appliquer une loi étrangère[829].

563. En ce qui concerne les modes de preuve écrits, le système juridique anglais ne les accepte que de façon exceptionnelle[830]. La possibilité de présenter un *affidavit* (une déclaration écrite faite sous serment devant un notaire public ou un officier dûment habilité) pour établir le contenu de la loi étrangère est désormais fixée par la section 34.15 CPR. L'opportunité et le caractère suffisant de la présentation d'un *affidavit* sont appréciés par le juge au cas par cas[831], cette preuve étant largement utilisée lors des litiges de moindre complexité.

564. En revanche, l'assimilation de la loi étrangère à un simple fait du procès et l'effet de la doctrine du *judicial precedent*[832] interdisent la preuve de la loi étrangère par moyen de citation en

---

[826] L'interrogation du témoin par la partie adverse, afin de discréditer le témoignage, ou la compétence du témoin.

[827] CA anglaise, *Tallinna Laevauhisus c/ Estonian State Steamship Line*, 1947, 80 *Lloyd's Rep*. 99, 107 (C. A.)

[828] D. SOLENIK, *L'application de la loi étrangère par les juges du fond…, op. cit.,* p. 35.

[829] R. FENTIMAN, *Foreign Law in English Courts…, op. cit.,* p. 211.

[830] D. NEWTON, « Practice Direction (Foreign Law : Affidavit) », *W.L.R.* 1972. 1433 ; S. GEEROMS, *Foreign Law in Civil Litigation…, op. cit.*, p. 247 ; R. FENTIMAN, *Foreign Law in English Courts…, op. cit.*, p. 204.

[831] S. 32.15(1).

[832] Cette doctrine utilise la fiction que la *Common Law* a toujours existé et que les décisions de justice ne font que la révéler (*declaratory theory*). Ainsi, lorsqu'un précédent est rendu, il ne crée pas de règle de droit, il ne fait que révéler quelque chose qui existait déjà, les juges découvrent les règles de droit, et ce, parce que les juges n'ont pas de pouvoir législatif. Bien qu'elle soit abandonnée depuis les années 1970 car tout le monde sait pertinemment que le juge va créer des règles de droit, le précédent a pourtant toujours un rôle déclaratif. Il est également présumé que tous les précédents s'harmonisent, s'articule entre eux et même si deux précédents sont contraires, on considère qu'il s'agit de deux cas particuliers différents, même s'ils sont très proches.

La doctrine présente cependant deux limites, à savoir, la hiérarchie (une juridiction est liée par les décisions précédentes des juridictions supérieures. Certaines cours ne lient personne, d'autres lient les juridictions inférieures mais pas elles-mêmes, et d'autres enfin lient les juridictions inférieures et « normalement », elles-mêmes) et l'autorité individuelle (*individual authority* qui consiste dans les fait que seulement les arrêts de principe (*leading case*) constituent des précédents.

justice de précédentes décisions de juridictions anglaises, faisant application de cette loi. Cette pratique est si profondément ancrée dans la mentalité juridique de la *Common law*, que la permission statutaire intervenue en 1972[833] d'admettre la force probatoire de ces décisions est restée sans effet[834].

565. En conclusion, s'agissant de l'application de la loi étrangère, le système juridique anglais présente une préférence pour les moyens de preuve oraux et une réticence envers les moyens de preuve écrite. A cet effet, la solution qui semble optimale est le développement du réseau de liaison. Un tel projet est déjà en cours au sein du Réseau judiciaire européen et semble apte à apporter des solutions aux problèmes de connaissance et d'accessibilité de la loi étrangère.

2. LES CONSEQUENCES DE LA DEFAILLANCE DE LA PREUVE QUANT A LA TENEUR DE LA LOI ETRANGERE

566. L'application de la loi étrangère s'impose au juge dès lors qu'aucun doute n'existe quant à son contenu[835], sous réserve de sa conformité avec l'ordre public. Que se passe-t-il, en revanche, en cas de doute par rapport à ce contenu ? La réponse à cette question passe par la compréhension des causes qui peuvent provoquer une telle situation de doute par rapport au contenu de la loi étrangère. Ainsi, de nos jours, les causes d'ordre subjectif, à savoir, la passivité ou l'incapacité des parties, ne déchargent plus le juge à cet égard. Sous ce rapport, le défaut de connaissance de la loi étrangère ne recouvre désormais plus que des causes d'ordre objectif empêchant l'accès à la connaissance de la loi étrangère. Par exemple, si l'état de la loi étrangère a été établi de façon complète, mais que son contenu s'avère imprécis ou lacunaire, le juge est mis en difficulté de l'appliquer. En effet, en tant que simple observateur extérieur au système, il ne peut reconstituer le raisonnement qui serait suivi par les tribunaux étrangers que si les éléments qui commandent celui-ci sont suffisamment accessibles. Cette difficulté apparaîtrait dans le cas où l'inconstitutionnalité d'un texte législatif étranger serait alléguée devant le juge du for. De même, si des circonstances extérieures tant aux parties qu'au juge rendent impossible (ou très difficile)

---

[833] Civil Evidence Act 1972, s. 4 (2) permet d'utiliser les décisions et les arrêts d'appel de la High Court et de la Chambre de Lords, faisant application du droit étranger, en tant que preuve de cette loi. Toutefois, les juges anglais s'avèrent très réticents à appliquer cette disposition statutaire. Voy. par exemple, l'affaire de la High court de la Chambre de Lords, *Phoenix Marine Inc. c/ China Ocean Shipping Co.*, 1999, 1 *Lloyd's Rep*. 682, dans laquelle le juge J. TUCKEY a affirmé que la section 4 (2) du Civil Evidence Act 1972 ne limite pas le pouvoir du juge d'apprécier la force probatoire des décisions citées.

[834] D. SOLENIK, *L'application de la loi étrangère par les juges du fond…, op. cit.,* p. 40.

[835] Cass., 1re civ., 5 oct. 1994, *Sté Demart*, préc. imposant aux juges du fond, au nom des « principes de droit international privé », de procéder à la mise en oeuvre de la loi étrangère, dès lors que les documents versés aux débats permettaient de conférer à celle-ci une teneur précise.

l'obtention d'informations sur la teneur de la loi étrangère, la difficulté de l'application est évidente. Il en est ainsi, par exemple, en cas guerre civile dans l'État dont le droit est applicable, ayant pour effet soit de fermer l'accès aux archives ou aux recueils de jurisprudence, soit de rendre l'état du droit positif étranger objectivement indéterminable[836]. Pareille impossibilité pourrait au demeurant s'avérer temporaire, rendant opportun le sursis à statuer[837]. Il a été ainsi jugé impossible d'établir le contenu de la loi biélorusse applicable en vertu de l'article 311-14 du code civil à une action en recherche de paternité « en dépit des démarches faites auprès des autorités compétentes et notamment au regard des éléments transmis par le Service des affaires internationales et européennes du ministère de la Justice… » [838].

567. Quelles sont les conséquences de la défaillance des recherches, entreprises conformément aux principes exposés, à établir de façon certaine le contenu de la loi étrangère ? La réponse est simple en apparence et implique la solution de l'exonération de la charge de la preuve sous l'empire de la jurisprudence *Lautour*[839]. Le juge devra, cependant donner une solution au problème juridique soumis à son jugement. Quelle solution choisir dans ce cas ? La solution retenue en droit français a été influencée par le rapprochement progressif du régime procédural de la loi étrangère de celui de toute règle de droit. En effet, vu que la loi étrangère était, par le passé, considérée comme ayant le même statut procédural qu'un fait, en cas d'impossibilité de rapporter la preuve du contenu de celle-ci, l'hésitation existait entre le rejet de la prétention soumise à la loi étrangère ou s'appuyant sur celle-ci - comme c'est le cas dans l'hypothèse où un fait n'est pas prouvé -, et la substitution de la loi du for en raison de sa vocation subsidiaire[840]. On avait ainsi proposé le rejet de la demande dans les cas où la preuve de la loi étrangère applicable n'avait pas été rapportée. Or, le rejet de la demande pour défaut de preuve du droit étranger applicable équivaut pratiquement à un déni de justice. Le juge est donc obligé de donner une solution au problème juridique de droit international privé. La solution de la substitution de la loi désignée

---

[836] Voy. par exemple, le cas où l'accès au droit croate en vigueur à l'époque de la guerre civile en Yougoslavie a été jugé impossible, Cass., 1re civ., 5 déc. 1995, *La Préservatrice foncière*, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996, p. 100, note B. FAUVARQUE-COSSON.

[837] Cass., 1re civ., 19 oct. 1971, *JDI* 1972, p. 828, note M. NISARD ; *D.* 1972, p. 633, note Ph. MALAURIE, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1973, p. 70, note M. SIMON-DEPITRE ; 31 janv. 1984, *JDI* 1985, p. 444, note G. LEGIER.

[838] Cass., 1re civ., 21 nov. 2006, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2007, p. 575, note H. MUIR WATT.

[839] Par exemple : Cass., 1re civ., 24 janv. 1984, *Thinet*, préc., réservant l'effet exonératoire à l'hypothèse où la défaillance est due à des circonstances objectives ; 2 févr. 1988, 1re esp., *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, p. 55, note B. ANCEL, *JDI* 1988, p. 741, note D. ALEXANDRE ; comparer cet arrêt avec Cass., 1re civ., 21 juin 1988, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, p. 55, note B. ANCEL, illustrant la distinction entre les conséquences de la défaillance selon la cause de celle-ci.

[840] H. MOTULSKY, « L'office du juge et la loi étrangère », *in Mélanges Maury*, t. I, p. 337 ; « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », *in Mélanges SAVATIER*, p. 682.

par la règle de conflit par une autre loi s'impose ainsi au juge. Le problème reste de savoir quelle autre loi lui substituer. Les diverses solutions proposées en ce sens se regroupent en solutions substituant la *lex fori* à la loi étrangère et solutions substituant d'autres lois étrangères à celle désignée initialement par la règle de conflit.

568. Ces diverses solutions de substitution[841] ont séduit la Cour de cassation[842]. En Allemagne le recours à une loi substantiellement proche (par exemple, relevant de la même « famille » juridique) pourrait sembler moins trahir l'essence du droit normalement applicable que le recours à la *lex fori* lorsque celle-ci est d'inspiration différente. Il s'agit d'une une solution de droit comparé qui oblige le juge à procéder à des recherches portant sur l'État étranger en question, et sur les données historiques, culturelles, sociales et économiques de cet État et des État s tiers appartenant à la même famille juridique ; il doit utiliser toute information lui permettant de se faire une opinion approximative de la norme étrangère désignée par la règle de conflit du for[843]. L'arrêt *La Préservatrice foncière*[844], faisant application de la loi fédérale de Yougoslavie à la place de la loi croate, pourrait être compris en ce sens. Cependant cette solution ne semble pas tenir compte des possibilités réelles des tribunaux ou, du moins, de la plupart d'entre eux. Il en est de même en ce qui concerne le résultat, d'ailleurs trop incertain et variable, auquel conduit cette solution « de droit comparé ». En effet, s'appuyant sur « l'opinion approximative » qu'il s'est faite de l'intention du législateur étranger, le juge du for s'expose largement au risque d'appliquer une règle entièrement fictive. À cette proximité substantielle, on peut préférer employer un rattachement subsidiaire, privilégiant les liens qu'entretiennent d'autres lois avec la situation litigieuse, indépendamment de leur contenu ; c'est ainsi que la loi italienne du 31 mai 1995[845] prévoit qu'il sera fait application de « la loi que déterminent les autres critères de rattachement éventuellement prévus pour la même hypothèse »[846]. En cas de défaillance de la loi désignée sur renvoi de la loi étrangère, la compétence pourrait revenir à celle-ci, initialement désignée[847].

---

[841] Voy., favorable à une détermination plus souple de l'*Ersatzrecht*, P. LAGARDE, note sous Cass., 1re civ., 11 juin 1996, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1997, p. 69.

[842] A présumer le contenu de la loi étrangère conforme à des principes communs ou universels, voy. Cass., com., 2 mars 1993, *Alkhalaf*, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1993, p. 632, note H. MUIR WATT ; *JDI* 1993, p. 626, note P. KAHN ; comparer la proposition, en faveur de l'application d'une raison écrite de portée universelle, de H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. 1, *op. cit.*, 1993, n° 332.

[843] En ce sens CAPPELLETTI, « *Iura novit curia*. Impossibilità di conoscere il diritto straniero richiamato dalle norme di diritto internazionale privato et metodo comparativo», *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, t. II, 1967, p. 145 et s., 155-159.

[844] Cass., 1re civ., 5 déc. 1995, préc.

[845] Loi n° 218 portant réforme du droit international privé italien, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996, p. 174.

[846] Art. 14, al. 2 ; comparer aussi C. civ. portugais, art. 23, al. 2.

[847] P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2014, n° 231.

569. Toutes ces solutions comportent cependant 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. C'est la vocation subsidiaire (et non universelle, comme le voulait le système *Amerford*) de la loi du for qui constitue l'*Ersatzrecht* traditionnellement consacré dans ce cas[848].

570. Cette application subsidiaire de la *lex fori* est la règle en droit anglais, et elle est en général fondée sur une présomption que le droit étranger dont le contenu n'a pas pu être établi est semblable au droit anglais[849]. Ainsi, lorsqu'il s'agit de deux droits nationaux appartenant tous deux au système juridique de la *Common law*, leurs fondements communs permettent de présumer de façon rationnelle qu'une règle dont le contenu n'a pas pu être établi dans l'un de ces droits ressemble à la règle correspondante dans l'autre. Cependant en droit anglais le juge présume à titre général la ressemblance de la règle étrangère inconnue et de celle du droit anglais, sans se préoccuper des fondements rationnels ou de la probabilité de cette ressemblance.

571. De même, le droit international privé roumain prévoit que l'impossibilité d'établir le contenu de la loi étrangère permet au juge le retour à la *lex fori*[850], règle dont le risque d'utilisation trop hâtive a été soulevé par la doctrine[851]. La même doctrine soulève également le problème de l'interprétation de l'article 2563 du nouveau Code civil qui prévoit que la loi étrangère s'interprète et s'applique selon les règles d'interprétation et d'application du système juridique auquel elle appartient[852]. Cet article peut ainsi poser le problème de savoir si l'impossibilité d'établir l'interprétation de la loi étrangère serait équivalente à l'impossibilité d'établir le contenu de la loi étrangère entraînant le retour à la *lex fori*. Une réponse affirmative a été déjà exprimée par la doctrine roumaine[853], l'argument principal étant lié à la *ratio legis* et l'interdépendance qui existe entre l'interprétation de la loi étrangère et l'établissement de son contenu. Cependant, une réponse négative s'impose davantage, du fait de l'existence d'articles distincts sur l'interprétation de la loi étrangère et l'établissement de son contenu[854]. Ainsi, l'alinéa 3 de l'article 2562

[848] Voy., Cass., 1re civ., 21 nov. 2006, préc.
[849] I. ZAJTAY, « L'application du droit étranger : science et fictions », *loc. cit.*, p. 49-61.
[850] Art. 2562 (3) Nouv. C. civ : « En cas d'impossibilité d'établir, dans un délai raisonnable, le contenu de la loi étrangère, on applique la loi roumaine ».
[851] C. AVASILENCEI, « La codification des conflits de lois dans le nouveau C. civ. roumain : une nouvelle forme en attente d'un contentieux », *Rev. crit. dr. internat. privé* 2012, p. 247.
[852] Principe retenu avant par la doctrine aussi ; v. D.-A. Sitaru, *op. cit.*, p. 100.
[853] Voy. note sous l'art. 2562-2563 du nouveau C. civ. de I. SORESCU *in Noul Cod Civil. Note. Corelatii. Explicatii*, C.H. Beck, 2011, p. 913.
[854] C. AVASILENCEI, « La codification des conflits de lois… », *loc. cit.*, p. 247.

concernant le retour à la *lex fo*ri s'applique seulement en cas d'impossibilité d'établissement du contenu de la loi étrangère et non pas en cas de défaut d'interprétation de celle-ci.

CONCLUSION DE SECTION

572. Afin de prendre connaissance du contenu de la loi étrangère, il faut mener la recherche de son contenu dans le sens de s'en informer et de prouver ce contenu. Si elles semblent, en effet, être deux actions différentes, l'action de s'informer et celle de prouver le contenu de la loi étrangère représentent, cependant, deux aspects du même raisonnement logique qui consiste dans l'introduction de la loi étrangère comme fondement juridique dans le débat litigieux. S'informer et prouver le contenu de la loi étrangère sont des aspects processuels qui font partie de l'office du juge, sauf à laisser aux parties, ayant la libre disposition de leurs droits, l'obligation de démontrer la spécificité, par rapport au droit français, de la loi étrangère désignée compétente par la règle de conflit, conformément à la jurisprudence *Amerford*.

573. Ainsi, d'un côté, s'informer sur le contenu de la loi étrangère représente une étape complexe lors de laquelle des moyens d'information ainsi que des mécanismes de coopération internationale sont utilisés afin de permettre au système juridique du for d'accéder aux dispositions matérielles de cette loi.

574. Les moyens d'information sur le contenu de la loi étrangère semblent être insuffisants en la matière, malgré une certaine diversité représentée par les sources officielles disponibles sur Internet, les sources nationales d'information sur le droit étranger (bibliothèques, bases de données), l'avis des experts étrangers ou les documents transmis par des collègues étrangers, les voies diplomatiques ainsi que le procédé de l'*amicus curiae*. Il a été donc nécessaire d'accompagner leur utilisation par des mécanismes de coopération internationale en la matière, qui, semblent, pour l'instant, encore peu connus et peu utilisés. Il s'agit, par exemple, des mécanismes bilatéraux de coopération judiciaire, du Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale ou de la Convention européenne du 7 Juin 1968 dans la domaine de l'information sur le droit étranger (« Convention de Londres »). L'Union européenne détient un rôle clé dans la coopération des États membres en matière d'information sur la loi étrangère. Elle a ainsi favorisé la mise en œuvre du Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale. De même, à travers le principe de reconnaissance mutuelle, l'Union européenne a entraîné une forte réduction des possibilités offertes à l'État de refuser l'exécution de la demande de l'État émetteur, à travers l'établissement

d'une reconnaissance et d'une exécution automatique des décisions étrangères. Or cela a entraîné un comportement automatique de confiance entre les tribunaux des États membres, ce qui a des conséquences bénéfiques en matière d'application de la loi étrangère, dans le sens où la loi étrangère appartenant à un État membre sera plus apte à être appliquée que celle d'un État tiers à l'Union européenne.

575. Résoudre les difficultés d'utilisation de ces outils d'information sur la loi étrangère impose la création, au niveau national, d'institutions indépendantes accordant gratuitement des informations sur la loi étrangère. De même, il faut améliorer le réseau existant (judiciaire et des notaires) et le rendre plus connu parmi les représentants des professions juridiques. Il est nécessaire aussi de développer des logiciels de traduction, de rendre les réseaux existants plus actifs mais aussi de créer un réseau d'experts indépendants sur la loi étrangère ainsi que de former les professionnels à la loi étrangère.

576. D'un autre côté, la preuve de la loi étrangère pose deux questions principales : *qui* doit prouver le contenu de la loi étrangère et comment doit-il procéder à sa preuve. Deux facteurs influençaient, par le passée, ces deux questions, à savoir, la dichotomie droits disponibles - droits indisponibles - en rapport avec la question de qui doit apporter la preuve de la loi étrangère, et la nature assignée à la loi étrangère - en rapport avec la question de *comment* procéder pour prouver la loi étrangère. A la suite de la jurisprudence *Sté Aubin - Sté Itraco* de 2005, le droit positif retient seulement le second facteur de la nature assignée à la loi étrangère comme influençant toujours les modes de preuve en droit international privé. Quant à la dichotomie droits disponibles - droits indisponibles, elle a disparu à l'occasion de cette jurisprudence, la Cour de cassation énonçant qu' « il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger ». Cela signifie que, du moment où le conflit de lois a été résolu, la nature disponible ou indisponible des droits litigieux n'a plus aucune influence sur la question de l'établissement du contenu de la loi étrangère compétente.

577. La nature factuelle ou juridique assignée à la loi étrangère dans le système juridique du for continue d'influencer, en revanche, la façon dont les preuves sont administrées par le juge. Il existe, de ce fait, des approches divergentes des systèmes de droit en matière d'administration de modes de preuve. Le système français reconnaît ainsi à la loi étrangère un statut de règle

juridique[855] et tout mode de preuve est admissible par le juge. Le contenu de loi étrangère est cependant prouvé par les parties en n'employant, la plupart du temps, que des certificats de coutume et cela malgré la liberté dont elles disposent dans cette matière. Les moyens ouverts aux juges pour établir le contenu du droit étranger peuvent consister, en revanche, dans la recherche personnelle ou la recherche assistée par un tiers. Il faut remarquer que la jurisprudence *Sté Aubin - Sté Itraco* prévoit que, malgré le rôle décisif du juge, celui-ci a la possibilité de collaborer avec les parties, sans pouvoir pour autant se dérober à son obligation.

578. Que se passe-t-il si la loi étrangère ne peut pas être prouvée ? Les causes qui peuvent provoquer une telle situation sont exclusivement des causes d'ordre objectif comme, par exemple, le cas où la loi étrangère a été établie de façon complète, mais où son contenu s'avère imprécis ou lacunaire ; ou celui où des circonstances extérieures tant aux parties qu'au juge rendent impossible (ou très difficile) l'obtention d'informations sur la teneur de la loi étrangère. S'il y a défaillance des recherches d'établir de façon certaine le contenu de la loi étrangère, l'exonération de la charge de la preuve s'impose sous l'empire de la jurisprudence *Lautour*[856]. Mais le juge reste tenu, cependant, de donner une solution au problème juridique soumis à son jugement pour éviter un déni de justice du fait du rejet de la demande pour défaut de preuve de la loi étrangère. La solution de la substitution à la loi désignée par la règle de conflit d'une autre loi s'impose ainsi au juge. Le problème reste de savoir quelle autre loi lui substituer. Les diverses solutions proposées en ce sens se regroupent en solutions substituant la *lex fori* à la loi étrangère et solutions substituant d'autres lois étrangères à celle désignée initialement par la règle de conflit, la loi lui étant, dans ce dernier cas, substituée en fonction de son contenu ou de son lien proche avec le rapport juridique.

579. Même si, dans ce cas, faire appel à la *lex fori* peut représenter une grande tentation du fait de la familiarité que le juge ressent envers celle ci, une telle solution risque de restreindre d'une manière injustifié la panoplie des solutions s'offrant en la matière. A notre avis, qu'il s'agisse de l'application de la *lex fori* or d'une autre loi étrangère à la place de la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for, le choix ne devrait pas se faire en fonction des connaissances du juge, ni en fonction du contenu proche d'une loi (car sans lien réel avec le rapport de droit international privé), mais en fonction les liens proches que la loi nouvelle présente avec le rapport juridique.

---

[855] Voy. l'arrêt *Coucke*, préc.

[856] Par exemple : Cass., 1re civ., 24 janv. 1984, *Thinet*, préc., réservant l'effet exonératoire à l'hypothèse où la défaillance est due à des circonstances objectives ; 2 févr. 1988, 1re esp., *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, p. 55, note B. ANCEL, *JDI* 1988, p. 741, note D. ALEXANDRE ; comparer cet arrêt avec Cass., 1re civ., 21 juin 1988, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, p. 55, note B. ANCEL, illustrant la distinction entre les conséquences de la défaillance selon la cause de celle-ci.

580. Si l'intelligibilité de la loi étrangère impose donc la recherche de son contenu, cela n'est, cependant, pas suffisant. Après avoir, en effet, pris connaissance de son contenu abstrait, le juge doit s'approprier ce contenu afin de l'appliquer dans le cas d'espèce. Il s'agit ainsi d'interpréter le contenu de la loi étrangère.

SECTION 2

INTERPRETER LE CONTENU DE LA LOI ETRANGERE.

581. Ce serait « une pure illusion d'imaginer qu'il soit possible d'établir le contenu d'une loi étrangère sans jamais être confronté à la question de l'interprétation de cette lo »[857]. L'interprétation de la loi étrangère n'est pas, en règle générale, une opération facile à réaliser à cause de l'évidente présence d'un élément extérieur à l'ordre juridique du for. Il se peut, certainement, que ses termes soient clairs et précis, mais en pratique cette situation reste exceptionnelle. De plus, on ajoute à cette équation, déjà bien compliquée, le problème de la traduction de la loi étrangère dont les implications sur son interprétation ont été révélées par la jurisprudence *Olivier*[858], qui avait prononcé la censure dans l'hypothèse où le sens clair et précis d'un texte de droit étranger avait été déformé par une erreur de traduction commise par le juge du fond.

582. Malgré les difficultés causées par l'extranéité de la loi étrangère, le contrôle réalisé par la Cour de cassation reste très limité en matière d'application de la loi étrangère[859], l'appréciation des juges du fond restant souveraine en la matière et ne pouvant ainsi être contestée en dehors de l'hypothèse d'une dénaturation ou d'un vice de motivation. Cette règle reste ancrée dans la conduite jurisprudentielle française et cela malgré l'arrêt *Coucke*[860], qui affirme, d'une part, que la loi étrangère est bien « une règle de droit » échappant aux exigences de l'article 7 du code de procédure civile et, d'autre part, « l'absence de contrôle par la Cour de cassation ». Par conséquent, l'interprétation de la loi étrangère continue être l'apanage des seuls juges du fond.

583. On se demande, cependant, si le juge détient vraiment une fonction de principe exclusive de l'interprétation de la loi étrangère au vu du renforcement de son office en ce qui concerne la connaissance de la loi étrangère. En effet, cet aspect oblige la Cour de cassation à sortir de son renfermement conceptuel restrictif quant à sa mission d'interprétation de la loi étrangère. Or, cela entraîne comme conséquences, d'un côté, l'assouplissement du principe de l'appréciation souveraine des juges du fond et, d'un autre côté, l'extension des exceptions traditionnellement

---

[857] J.P. LABORDE, « L'interprétation de la loi étrangère par le juge français. D'une interprétation introuvable à une interprétation retrouvée ?», *in Interpréter et Traduire*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 273.

[858] Cass., 1re civ., 2 févr. 1982, préc.

[859] Le terme d'« application » semble s'être substitué à celui d'« interprétation » dans la jurisprudence de la Cour, sans qu'il y ait de modification perceptible quant au concept visé : voy. Cass., 1re civ., 9 juill. 1991, *Gaz. Pal.* 1991, somm. 271, note F. FERRAND et T. MOUSSA ; Cass., 1re civ., 13 janv. 1993, *Coucke*, préc. ; Cass., 1re civ., 17 mai et 16 juin 1993, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1994, p. 505, note G. LEGIER ; Cass, 1re civ., 5 oct. 1994, *Demart*, préc. ; voy., sur ce point, G. LEGIER, note préc., *Rev. crit. dr. internat. privé* 1994, p. 508.

[860] Cass., 1re civ., 13 janv. 1993, *Coucke*, préc.

apportées à ce principe. Il s'agit donc d'analyser ces changements opérés dans le cadre du principe de l'appréciation souveraine des juges du fond (§1) ainsi que des exceptions traditionnellement apportées à ce principe (§2).

§ 1. LE PRINCIPE DE L'APPRECIATION SOUVERAINE DES JUGES DU FOND

584. Sauf certaines exceptions[861], le refus de la Cour de cassation de contrôler l'interprétation de la loi étrangère a acquis progressivement une portée générale[862], étant rarement démenti[863]. Elle a ainsi longtemps justifié son attitude par une conception excessivement restrictive de sa propre mission et des pouvoirs dont elle dispose pour la réaliser. Cette attitude envers l'interprétation de la loi étrangère était-elle la meilleure option à adopter ? En effet, l'extranéité de la loi étrangère est un facteur de risque quant aux erreurs qui peuvent être faites lors de son interprétation par les juges du fond. Or, si cette interprétation n'est pas ou, du moins, très peu contrôlée par une instance supérieure, considérer que le système juridique du for assure toujours l'application de la loi étrangère serait une pure illusion. Désormais, le renforcement de l'office du juge du fond tenu de faire application de la loi étrangère désignée, rend vulnérable cette conception, influençant indirectement l'interprétation de celle-ci.

585. Il faut, donc, comprendre l'ancienne politique de la Cour de cassation de limiter son contrôle sur l'interprétation de la loi étrangère réalisée par les juges du fond ainsi que les raisons du bouleversement de cette politique. Ainsi, aux circonstances favorisant une limitation du contrôle de la part de la Cour de cassation (A) s'opposent les modifications affectant l'office du juge quant à la connaissance de la loi étrangère (B).

---

[861] La Cour avait initialement accepté d'étendre son contrôle à l'interprétation du droit étranger dans l'hypothèse où la règle de conflit était écrite et la disposition étrangère méconnue empruntée au C. civ. français : Cass., 1re civ., févr. 1813, *S.* 1813. 1. 113, s'agissant de la loi italienne ayant fait réception du Code Napoléon ; *Req.* 4 juin 1872, S. 1872. 1. 160, *DP* 1873. 5. 65 ; Cass., civ. 12 févr. 1879, *DP* 1879. 1. 84, concernant l'article 872 du C. civ. belge ; voy., sur cette jurisprudence, *GAJDIP*, n° 36, spéc. p. 309 et s.

[862] Cass., 1re civ. 25 sept. 1829, *S.* 1830. 1. 151 ; *Req.* 15 avr. 1861, *S.* 1861. 1. 722 ; Cass., 4 juin 1872, *S.* 1872. 1. 160 ; Cass., 23 févr. 1874, *S.* 1874. 1. 145, concl. REVERCHON ; Cass., 2 août 1897, DP 1898. 1. 377, note P. DE LOYNES ; Cass., civ. 17 janv. 1899, *DP* 1899. 1. 329, note E. BARTIN ; Cass., crim., 15 juin 1899, *DP* 1900. 1. 81, *JDI* 1901. 979 ; Cass., civ. 23 juill. 1901, *S.* 1906. 1. 482 ; Req. 18 juill. 1904, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1906, p. 545 ; Cass., 2 juin 1908, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1909, p. 247 ; Cass., crim. 27 avr. 1912, *DP* 1914. 1. 149, note D. BUREAU ; Cass., civ. 7 déc. 1949, *JDI* 1950, p. 176 ; Cass., crim. 11 oct. 1989, *Bull. crim.* n° 351 ; Cass., 1re civ., 25 avr. 1989, *Bull. civ.* I, n° 164 ; Cass., 13 janv. 1993, *Coucke*, préc., n° 3 ; Cass., 23 mars 1994, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1994, p. 545, note D. BUREAU ; pour une analyse approfondie des motifs de ces décisions : G. LEGIER, note préc., *Rev. crit. dr. internat. privé* 1994, p. 509 et s. ; pour des affirmations récentes de ce pouvoir souverain des juges du fond et de l'absence de contrôle sauf dénaturation : Cass., 1re civ., 3 juin 2003, *Bull. civ.* I, n° 133, *Gaz. Pal.* 2003, somm. 2548 et 3928, note M.-L. NIBOYET-HOEGY ; Cass., 1re civ., 16 nov. 2004, *D.* 2005, *Pan.* 1192, obs. P. COURBE et H. CHANTELOUP.

[863] Voy. cependant Cass., crim. 17 mai 1989, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, p. 511, note B. ANCEL.

A. Les circonstances favorisant une limitation du controle

586. Longtemps la Cour de cassation a mené une politique de contrôle limité envers l'interprétation de la loi étrangère réalisée par les juges du fond. Comment expliquer cette politique ? Il semblerait, en effet, qu'il existe deux types de circonstances de nature à expliquer la limitation du contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation de la loi étrangère et qui sont inhérentes, d'un côté, aux fonctions du juge du fond et, d'un autre côté, aux justifications de la cour suprême. Ainsi, d'un côté, le juge du fond disposerait d'une liberté exceptionnelle d'interpréter la loi étrangère qui serait expliquée par la spécificité des conflits de lois que peuvent susciter des conflits d'interprétations étrangères. D'un autre côté, la Cour de cassation a également apporté des justifications quant à la limitation de son contrôle sur l'interprétation de la loi étrangère, liées à la spécificité de sa mission unificatrice de la loi interne et non pas étrangère. Nous allons analyser les justifications inhérentes aux fonctions du juge du fond (1) ainsi qu'à la mission spécifique de la Cour de cassation (2).

1. Les justifications inherentes aux fonctions du juge du fond

587. La limitation de l'intervention de la Cour de cassation en matière d'interprétation de la loi étrangère s'expliquerait par la liberté exceptionnelle du juge du fond d'interpréter cette loi. Or, si le pouvoir souverain reconnu au juge du fond dans l'interprétation de la loi étrangère pourrait faire croire que celui-ci interprète effectivement cette loi, en réalité son travail se cantonne bien plus à un constat de l'interprétation suivie à l'étranger qu'à une interprétation proprement dite de la loi étrangère. En effet, quand il interprète la loi étrangère, le juge du fond recherche, en réalité, l'interprétation réellement suivie ou dominante à l'étranger et c'est à celle-ci qu'il se tiendra, dès lors qu'elle a effectivement autorité dans le système juridique étranger.

588. La doctrine[864] s'est, cependant, interrogée sur la possibilité de retrouver une véritable interprétation, si l'on admet tout au moins qu'il est de l'essence de l'opération d'interprétation d'être libre et créatrice. Il est, en effet, vrai que lorsque le juge applique la loi française, il est plus concentré sur la question de la création de la jurisprudence et de sa participation à la création du droit que sur le respect effectif de la jurisprudence. S'agissant de la loi étrangère, en revanche, cette attitude du juge ne se vérifie plus car la loi étrangère s'impose au juge dans sa totalité complexe, loi et jurisprudence comprises, comme une donnée à constater objectivement et non pas comme un projet à construire. C'est l'exemple du législateur belge qui énonce, dans la loi du

[864] J.P. Laborde, « L'interprétation de la loi étrangère par le juge fraçais. D'une interprétation introuvable à une interprétation retrouvée ? », *loc. cit.*, p. 282-285.

16 juillet 2004 portant création du Code de droit international privé, en son article 15 § premier, que « le droit étranger est appliqué selon l'interprétation reçue à l'étranger ».

589. Il reste pourtant quelques hypothèses dans lesquelles le juge pourrait intervenir en menant une véritable interprétation. Dans une première situation, relevant davantage du cas d'école que du cas concret susceptible de se rencontrer dans la pratique, il n'y aurait aucune interprétation connue d'un texte étranger, pourtant ambigu ou obscur. Comme il ne semble pas que pareille situation puisse autoriser le juge français à revenir vers le droit français[865], il pourra donc procéder à une interprétation proprement dite, appuyée il est vrai sur les méthodes d'interprétation étrangères. Plus fréquente est sans doute l'hypothèse où aucune des interprétations contraires ou au moins différentes d'un texte obscur ne parvient à s'imposer à l'étranger. Dans ce cas, le juge français devra donc interpréter la loi étrangère, en suivant les méthodes d'interprétation admises dans le pays étranger. Si c'est du conflit, en l'occurrence du conflit des interprétations étrangères, que naît la liberté exceptionnellement reconnue au juge français dans l'interprétation de la loi étrangère[866], cela n'est pas sans susciter le danger de se retrouver dans une situation d'une sorte de « *forum shopping* d'interprétation ». En effet, on pourrait imaginer des ressortissants qui préfèreraient tel où tel système de droit en fonction justement de l'interprétation donnée par le juge appartenant à ce système à la loi étrangère applicable au rapport juridique en cause. Le juge du fond arrive donc à réellement interpréter la loi étrangère dans un nombre limité de cas et, de ce fait, la justification de l'interprétation souveraine du juge du fond semble bien faible pour expliquer le contrôle limité de la Cour de cassation en la matière. Vérifions, en ce qui suit, si les justifications inhérentes à la mission de la Cour de cassation permettent davantage de justifier son contrôle limité en matière d'interprétation de la loi étrangère.

2. Les justifications inherentes a la mission specifique de la Cour de cassation

590. L'on ne retrouve pas, dans les textes instituant la Cour de cassation « gardienne de la loi »[867], d'argument opposé à un contrôle qu'elle effectuerait de l'interprétation de la loi étrangère réalisé par les juges du fond. En effet, ces textes n'autorisent, ni au regard de leur lettre ni éclairés

[865] Toutefois le juge français pourrait, peut-être, considérer que, dans un tel cas, la teneur du droit étranger n'est pas suffisamment établie et qu'il faut en revenir à la loi française, voy. P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2014, n° 192, p. 141.
[866] J.P. LABORDE, « L'interprétation de la loi étrangère par le juge français… », *loc. cit.*, p. 284.
[867] Décret du 27 nov. et du 1er déc. 1790 créant le Tribunal de cassation ; L. du 20 avr. 1810, art. 7.

par les travaux préparatoires, aucune exclusion de la loi étrangère[868]. Malgré cela, la Cour de cassation avance des justifications quant à son contrôle limité en matière d'interprétation de la loi étrangère et l'argument classique qu'elle présente réside dans le fait qu'elle serait investie pour maintenir seulement l'uniformité d'application de la loi française et non pas celle de la loi étrangère. Par exemple, dans l'arrêt *Bertoncini*[869], la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi au motif « (...) que le moyen pris de la compétence (de la loi italienne) pour régir le litige comme de son contenu différent de celui de la loi française, présenté pour la première fois devant la Cour de cassation, est mélangé de fait et de droit et partant, irrecevable ». Ce refus révèle un parallélisme certain avec la position adoptée en matière de contrats. En effet, la Cour de cassation estime que l'interprétation de la volonté des parties à un contrat relève de l'appréciation souveraine des juges du fond et se refuse à exercer tout contrôle en ce domaine[870]. Cela est parfaitement explicable puisque la Cour de cassation française a longtemps fondé sa position en matière d'interprétation de la loi étrangère sur le visa de l'article 1134 du Code Civil, qui fait du contrat la loi des parties. Cette attitude a été critiquée par la doctrine[871] car la norme et l'accord n'ont pas la même nature et l'assimilation n'est sans doute commode que sur le terrain pratique, « en balisant en quelque sorte l'interprétation de la loi étrangère au moyen de repères venus de l'interprétation des contrats »[872]. Selon ses propres termes, la Cour de cassation aurait été « instituée pour maintenir l'unité de la loi française par l'uniformité de la jurisprudence »[873]. Et de ce fait, étendre cette mission à la loi étrangère enfermerait la Cour de cassation dans un dilemme insoutenable. Tout d'abord, en recherchant l'interprétation qui lui paraîtrait la meilleure, elle méconnaîtrait l'idée que le droit étranger doit être appliqué dans le for tel qu'il l'est en fait à l'étranger. Ensuite, en recherchant l'interprétation adoptée à l'étranger, elle sortirait de son rôle traditionnel puisqu'à ce moment, il ne s'agirait plus d'interprétation mais d'investigations matérielles lesquelles excèdent ses attributions et ses moyens.

591. Si la jurisprudence utilise aujourd'hui uniquement la simple affirmation du pouvoir souverain des juges du fond[874], renonçant ainsi à reprendre expressément l'explication de sa mission unificatrice, l'idée apparaît, cependant, le plus souvent dans la doctrine lorsque l'on

---

[868] G. LEGIER, note préc., *Rev. crit. dr. internat. privé* 1994, p. 510.
[869] Cass., 1re civ., 11 juill. 1961, *Bertoncini*, *JDI* 1963, p. 132, note B.G.
[870] Voy. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. De VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 325.
[871] J.P. LABORDE, « L'interprétation de la loi étrangère par le juge fraçais… », *loc. cit.*, p. 277.
[872] *Ibidem.*
[873] Voy. note. Req., 15 avril 1861, *S.* 61. 1. 721., Cass., crim. 27 avril. 1912, *S.* 1914. 1. 171.
[874] Voy. l'analyse de G. LEGIER, note préc., *Rev. crit. dr. internat. privé* 1994, p. 508.

invoque le péril causé par l'emprunt par la Cour de cassation française des prérogatives d'une autre juridiction suprême, en se prononçant sur le sens que revêtent les dispositions d'une loi qu'elle n'est pas habilitée à contrôler[875]. Cela risquerait de porter atteinte à la crédibilité même de la Cour de cassation en raison non seulement des erreurs qu'elle pourrait commettre, mais aussi des divergences qui pourraient l'opposer aux autorités étrangères quant au sens du droit en vigueur dans leur propre pays. On considère ainsi que, « parce que mal armée pour procéder aux recherches nécessaires, la Haute juridiction risquerait d'une part de donner de la loi étrangère une interprétation erronée qui aurait pour conséquence de diminuer son prestige à l'étranger, et d'autre part, de dépenser un temps déjà trop rare à l'analyse des pourvois supplémentaires que ne manquerait pas de susciter l'admission du contrôle de l'interprétation que les juges du fond donnent de la loi étrangère »[876].

592. Pourtant, le contrôle de l'interprétation de la loi étrangère n'impliquerait aucune prise de position sur le terrain de la politique législative étrangère, la Cour de cassation n'ayant pas pour mission de déterminer la signification actuelle ou l'orientation future du droit positif d'un pays qui n'est pas le sien, mais simplement de vérifier que la version de la loi étrangère retenue par les juges du fond concorde avec les solutions applicables au sein du système désigné[877]. La Cour de cassation serait ainsi une sorte de gardienne de l'interprétation fidèle de la loi étrangère dont l'organe de contrôle normalement compétent serait insusceptible d'intervenir pour des raisons évidentes de souveraineté. Elle pourrait même obliger les juges du fond à une certaine vigilance, dans le cas des lois étrangères les plus couramment appliquées, et au sujet desquelles toute divergence d'interprétation serait nécessairement source d'injustice pour les plaideurs[878].

593. L'encombrement du rôle reste l'argument le plus efficace et le facteur le plus puissant de maintien, par la Cour de cassation, de son attitude réservée à l'égard du contrôle de l'interprétation de la loi étrangère réalisé par les juges du fond[879]. Il y a pourtant l'exemple de l'ouverture à la censure, par la Cour de cassation, des décisions ayant omis de faire application d'une loi étrangère désignée par une règle de conflit, alors même qu'aucune différence de contenu

---

[875] Voy. encore sur ce point l'analyse proposée par G. LEGIER, note préc., *Rev. crit. dr. internat. privé* 1994, p. 513.
[876] B. ANCEL et Y LEQUETTE, *GAJDIP*, p. 318.
[877] H. MUIR WATT, « Loi étrangère », *Rép. intern. D.* 2009 (actualization 2014), p. 75.
[878] Sur le « scandale des décisions contradictoires » : P. FRANCESCAKIS, « La loi étrangère à la Cour de cassation », *D.* 1963, *chron.* 7, spéc. p. 8 ; on pense notamment au contrôle de l'application du statut personnel étranger des populations immigrées ; comp. Cass., 1re civ., 17 mai et 16 juin 1993, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1994, p. 505, note G. LEGIER, refusant de connaître de l'interprétation de la loi marocaine désignée par la Convention bilatérale du 10 août 1981, malgré la fréquence d'application de cette dernière.
[879] J. LEMONTEY, J.-P. REMERY, « La loi étrangère dans la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation », *loc. cit.*, p. 88.

ne sépare cette loi de celle du for. De ce point de vue, il est peu compréhensible qu'elle s'oppose à la présentation devant la cassation d'une décision comportant un vice plus grave, à savoir l'application, au nom du droit étranger, d'une solution que renierait celui-ci. Pour éliminer le risque d'une multiplication de pourvois abusifs, il suffirait dans des hypothèses où le sens de la loi étrangère prête effectivement à discussion, d'exiger la démonstration préliminaire du sens clair et précis de la loi méconnue. On restreindrait ainsi le contrôle de l'interprétation de la loi étrangère aux hypothèses où celle-ci a fait l'objet d'une dénaturation d'ordre exégétique.

594. On peut également objecter que la détermination de la clarté de la loi étrangère exigerait de la part de la Cour de cassation des recherches supplémentaires qui demanderaient du temps et des moyens financiers. Cela étant, il ne faut pas oublier que, désormais, la Cour de cassation accepte de sanctionner la décision qui ne recherche pas la solution du litige dans les dispositions de la loi étrangère applicable ou qui ne laisse pas apparaître que la teneur de la loi étrangère a fait l'objet de vérifications suffisantes. Or, dans ces deux cas, la mise en œuvre de pareille censure implique des moyens d'investigation que la Cour se refuse pourtant à employer lorsque c'est la méconnaissance du sens de la loi étrangère qui est directement mise en cause devant elle.

595. Plusieurs auteurs ont critiqué les arguments avancés par les partisans de l'interprétation souveraine de la loi étrangère par les juges du fond. En effet, ces justificatifs ont été qualifiés d' « exclusivement procéduraux, dans la mesure où ils négligeaient la véritable nature du droit étranger, règle de droit et non simple fait »[880].

596. Il est certain que le refus de contrôler l'interprétation de la loi étrangère ne se justifie pas d'un point de vue logique. En effet, lorsque la règle de conflit désigne l'application d'une loi étrangère, elle exige évidemment son application exacte. Il s'ensuit que le juge du for n'obéit réellement au commandement de la règle de conflit qu'en appliquant la loi étrangère telle qu'elle est, c'est-à-dire avec son contenu véritable et son sens exact. Par conséquent, il y a violation de la règle de conflit du for non seulement lorsque le juge refuse, ou omet, d'appliquer la loi étrangère que celle-ci a déclaré compétente[881] ; mais aussi lorsqu'il n'obéit à son commandement qu'en apparence et qu'il donne une interprétation inexacte de cette loi étrangère qu'il est appelé à appliquer.

597. D'un point de vue logique, entre la non-application et la fausse application d'une norme juridique il n'existe qu'une différence de degré et non pas une différence de nature. Plus

[880] B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GAJDIP*, p. 318 ; voy. par exemple J. MAURY, « La condition de la loi étrangère en droit français », *Trav. Com. Fr. Dr. Int. Privé* 1948-1952, p. 97 et s.
[881] I. ZAJTAY, « L'application du droit étranger: science et fictions », *loc. cit.,* p. 49-61.

l'interprétation est erronée, plus le juge s'éloigne de l'application réelle de la norme applicable. L'erreur peut atteindre un degré auquel la fausse interprétation de la règle équivaut en pratique au refus d'appliquer celle-ci. Bien entendu, cela est également vrai qu'il s'agisse de la *lex fori* ou de la loi étrangère. Donc, lorsque les instances suprêmes acceptent de contrôler l'application de la règle de conflit du for, d'un côté, et refusent, en même temps, de vérifier l'exactitude de l'interprétation de la loi étrangère appliquée, de l'autre côté, cela conduit à un résultat hypocrite qui consiste à admettre que l'ordre de la règle de conflit du for se trouve exécuté dès que le juge déclare appliquer la loi étrangère ou dès qu'il se réfère à un article de la loi étrangère, bien que l'interprétation qu'il donne de cette loi soit erronée[882].

598. La distinction des deux types du contrôle - de l'application de la règle de conflit du for, d'un côté, et de l'interprétation de la loi étrangère appliquée, de l'autre - ne correspond pas à des considérations d'ordre logique mais d'ordre pratique. En effet, les règles qui déterminent la condition procédurale de la loi étrangère ne forment pas un système logique et elles ont été élaborées par les tribunaux essentiellement sous l'influence de motifs d'ordre pratique. Or, lorsqu'on place le problème de la distinction des deux types du contrôle sur le plan pratique et qu'on tient compte notamment des tâches qui incombent aux Cours suprêmes, on s'aperçoit que des différences considérables séparent le contrôle de l'application des règles de conflit du for et celui de l'interprétation des différentes lois étrangères que les juges du fond peuvent être amenés à appliquer. De même, « certains textes étrangers régulièrement appliqués dans le for pourraient faire l'objet d'interprétations divergentes de la part des juges du fond. Ainsi, bien que d'aucuns aient répondu que le rôle de la Haute juridiction est d'assurer l'unité d'interprétation du droit du for et non celle du droit étranger »[883], il reste tout de même peu souhaitable que la Cour d'appel de Bordeaux par exemple puisse relever quatre causes de divorce dans une loi étrangère alors que la Cour d'appel de Rennes n'en compte que trois[884].

599. Enfin, l'application du droit étranger échappant à toute censure, les juges pourraient impunément commettre de grossières erreurs[885]. L'évolution récente qui a renforcé les obligations du juge du fond en amont de l'interprétation de la loi étrangère a nécessairement vocation à influer sur cette dernière.

---

[882] C'est à ce résultat que conduit, en dernière analyse, l'argument soutenu par H. DÖLLE, « Über die Anwendung ausländischen Rechts », *Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft* 1956, p. 50 et par P.H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 1962, p. 225.
[883] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. De VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 326.
[884] *Idem,* p. 132.
[885] B. GOLDMAN, note, *JDI*, 1962, p. 690.

B. Les consequences des modifications affectant l'office du juge du fond quant a la connaissance de la loi etrangere

600. Lorsque juge du fond n'était pas tenu de rechercher lui-même la teneur de la loi étrangère, la Cour de cassation expliquait son refus de contrôler l'interprétation de la loi étrangère par le fait qu'elle s'opposait ainsi à ce que le juge se voie reprocher d'avoir mal interprété une loi qu'il n'était pas tenu de connaître. La Cour de cassation procédait ainsi à une dissociation entre la désignation et l'application de la loi étrangère et attribuait donc exclusivement la charge de la preuve aux plaideurs, ce qui permettait de considérer que l'autorité de la règle de conflit de lois française n'était pas en cause en cas de mauvaise application de la loi étrangère[886].

601. L'évolution contemporaine du droit positif, qui a consacré le devoir du juge du fond de rechercher de son propre mouvement la loi étrangère lorsque la règle de conflit est dans le débat, soit qu'elle s'impose à lui, soit qu'elle a fait l'objet d'une application d'office, soit encore qu'elle a été invoquée par les parties[887], rend l'argument difficilement défendable. En effet, le juge du fond, tenu de rechercher le contenu de la loi étrangère, sera également obligé d'y procéder de façon circonstanciée et complète. En cas de manquement sur ce dernier point, l'autorité de la règle de conflit sera autant compromise que par l'omission de toute recherche de la loi applicable. Entre la situation d'une recherche incomplète de la loi étrangère, qui, en l'absence de justification, encourt la censure, et celle où une fausse interprétation est donnée en raison d'une exclusion délibérée mais erronée de certaines sources étrangères, la distinction logique est quasiment nulle.

602. La cause du problème vient du fait que la connaissance de la loi étrangère, qui implique la prise en considération de l'ensemble des sources étrangères, se distingue difficilement de son interprétation, qui consiste dans la reproduction la plus fidèle possible de la solution qui serait appliquée au sein du système étranger, au regard du droit positif en vigueur. Les moyens, tant matériels qu'intellectuels, que doit mettre en œuvre la Cour de cassation afin de s'assurer que la connaissance de la loi étrangère par le juge du fond est complète, ne diffèrent pas de ceux qu'il s'agirait d'exercer si elle admettait d'en vérifier l'interprétation. Si l'on continue à faire cette distinction entre les deux opérations au niveau du contrôle de la Cour de cassation, l'on prend le risque que l'obligation de recherche, dont est tenu depuis peu le juge du fond au-delà du seul cas de règle de conflit impérative, perde elle-même sa force pour devenir une initiative purement

[886] P. Francescakis, « La loi étrangère à la Cour de cassation », *loc. cit.,* p. 8, note 2 ; les velléités initiales de la Cour d'étendre son contrôle au cas où la loi étrangère méconnue était désignée par une règle de conflit écrite attestent cependant de la séduction exercée par l'idée contraire

[887] Cass., 1re civ., et com. 28 juin 2005, *Aubin* et *Itraco*, préc.

formelle. La solution rendue dans l'affaire *Sawires* du 17 décembre 2008[888] pourrait, en effet, être interprétée dans ce sens. Cette jurisprudence a admis le pouvoir souverain du juge du fond pour refuser de remettre en cause la détermination du contenu de la loi étrangère (égyptienne) relative aux conditions de transmission de la nationalité. En l'espèce il s'agissait de la mise en cause de l'application de l'article 19-12° du Code civil, qui fait dépendre l'attribution de la nationalité française de l'absence de transmission d'une nationalité étrangère par l'un ou l'autre parent d'un enfant né en France. Or, vu que le contenu de la loi étrangère ne ressortait pas nettement des éléments de preuve rapportés, la Cour de cassation a considéré que le pouvoir souverain devrait permettre de réinstaurer une charge de la preuve de la loi étrangère en matière de droits indisponibles, que sa propre jurisprudence avait pourtant supprimée[889]. On se demande, ainsi, pourquoi les parties seraient privées du secours du juge en matière de recherche du contenu de la loi étrangère alors que le même secours bénéficie désormais à toute partie invoquant une loi étrangère.

603. Si les obligations de recherche accrues du juge du fond n'ont pas eu jusqu'ici pour effet de modifier l'intensité du contrôle de la Cour de cassation, qui continue à refuser de s'immiscer dans l'administration ordinaire de la loi étrangère, le fait d'imposer aux parties une recherche incombant désormais au juge est pourtant sévèrement sanctionné, même en cas de contentieux disponible en application de la jurisprudence *Sté Aubin - Sté Itraco*. Il semble donc regrettable que la charge, incombant aux parties, de la preuve de la loi étrangère soit réintroduite par le biais de la charge de la preuve en droit de la nationalité.

§ 2. Les exceptions au Principe de l'appreciation souveraine des juges du fond

604. La Cour de cassation peut-elle exercer un contrôle de l'application et de l'interprétation de la loi étrangère par les juges du fond, tout en sachant que sa mission est d'unifier l'interprétation des règles de droit françaises ? La réponse était initialement évidente tant que la loi étrangère était traitée devant les juridictions françaises comme s'il s'agissait d'un fait. Cette approche a cependant évolué avec la jurisprudence *Coucke*[890] qui considère que la loi étrangère est, « malgré l'absence de

[888] Cass, 1re civ., 17 décembre 2008, *Sawires*, D. 2008, p. 2869, obs. V. EGEA ; *AJ famille* 2009, p. 83, obs. A. BOICHE ; *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2009, p. 53, H. MUIR WATT.

[889] Depuis la formulation négative dans Cass., civ. 1re, 26 mai 1999, *Mutuelles du Mans* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1999, p. 707, 1re esp. et la note ; *Gaz. Pal.* 1er-2 mars 2000, p. 39, obs. M.-L. NIBOYET-HOEGY ; *GAJDIP*, n° 77 ; Cass., 1re civ., 28 juin 2005, *Aubin*, préc.

[890] Cass, 1re civ., 13 janv. 1993, *Coucke*, préc.

contrôle par la Cour de cassation, (…) une règle de droit qui ne relève pas des prescriptions de l'article 7 du Nouveau Code de procédure civile ». Desormais, le régime procédural de la loi étrangère s'apparente tantôt à celui d'une règle de droit, tantôt à celui d'un fait, malgré le rejet de contrôle de la Cour de cassation qui demeure. La Cour de cassation accepte cependant de contrôler la dénaturation de la loi étrangère et la motivation des juges du fond.

605. Si, traditionnellement, l'intervention de la Cour de cassation, à ce double égard, avait une efficacité limitée, en raison de l'absence de toute obligation des juges du fond de connaître la loi étrangère, le renforcement récent des devoirs des juges du fond sous le rapport de la connaissance de la loi étrangère implique la possibilité de sanctionner une recherche insuffisante des sources du droit positif par le biais du contrôle des motifs (A) et ne peut manquer d'entraîner, corrélativement, une meilleure efficacité du contrôle de la dénaturation (B).

A. Le controle des motifs

606. La vérification insuffisante réalisée par le juge du fond des sources du droit positif étranger peut attribuer à la loi étrangère un sens erroné.

607. Lorsque le juge du fond n'avait pas le devoir de rechercher la teneur de la loi étrangère, le contrôle des motifs ne permettait pas de sanctionner une insuffisance d'informations quant à l'état réel du droit positif étranger. La Cour de cassation se limitait ainsi à demander aux juges du fond des explications sur toute initiative consistant à écarter un élément de preuve produit par les parties ou sur la pertinence des preuves effectivement retenues. Ce type de contrôle s'est d'abord affirmé en présence d'une contestation[891]. En l'absence de contestation, la jurisprudence de la Cour de cassation a suivi également une politique de renforcement de l'office du juge du fond en matière de motivation. Par exemple, un arrêt du 10 octobre 1978[892] avait censuré l'application faite par les juges du fond d'une disposition du code marocain des obligations prévoyant que la solidarité pouvait résulter de « la nature de l'affaire », sans expliquer les raisons qui permettaient de fonder une condamnation solidaire. Or une pareille justification n'aurait pu être fournie qu'en réalisant une recherche de décisions judiciaires marocaines ou de travaux doctrinaux permettant d'éclairer le sens du texte produit, ainsi que les critères de qualification qu'il commandait de retenir. Cependant, si le juge du fond est, en effet, « astreint à justifier l'interprétation de la loi

[891] Cass., 1re civ., 6 févr. 1996, 2e esp., *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996, p. 460, note D. Bureau, où les conclusions de l'une des parties invoquaient l'applicabilité des dispositions qui, au sein de la loi italienne du vendeur, visaient la vente internationale de marchandises et non la vente interne.

[892] Cass., 1re civ., 10 oct. 1978, préc.

étrangère qu'il retient, éclairée par des références jurisprudentielles ou doctrinales étrangères »[893], il arrive aussi que soit affirmé son pouvoir souverain d'apprécier le caractère probant des données apportées par les parties en l'absence de toute contestation ou de preuve contraire[894].

608. Il semble bien que l'exigence de motivation qui s'est ainsi affirmée, quoique irrégulièrement, en présence d'éléments de preuve apportés par les parties en vertu de la charge qui leur incombait à cet égard, ne puisse que se renforcer dans les hypothèses où le juge du fond est tenu de parvenir à la connaissance de la loi étrangère sauf à justifier d'une impossibilité objective d'y accéder. Ainsi, depuis la jurisprudence *Sté Aubin-Sté Irtaco* de 2005, ayant établi à la charge du juge l'établissement du contenu de la loi étrangère, en cas d'impossibilité pour celui-ci d'établir le contenu de cette loi il a l'obligation de motivation à travers laquelle il doit justifier que toutes les diligences ont été accomplies en ce sens et quelles ont été les raisons de l'échec[895].

609. Même antérieurement à la jurisprudence *Sté Aubin-Sté Irtaco* [896], la Cour avait censuré un arrêt qui affirmait déterminer les effets d'un jugement de faillite sur les droits des créanciers, sur la seule foi « de l'extrait (du droit monégasque) produit » par l'une des parties, sans s'inquiéter de la manière dont cet extrait s'insérait dans l'ensemble des règles de droit auquel il appartenait[897]. Cet arrêt obligeait ainsi les juges du fond à compléter les recherches commencées par les parties lorsqu'elles ne sont pas suffisamment étayées, même si aucune contestation ne s'élève entre elles[898].

610. Dans les arrêts *Sté Aubin* et *Sté Itraco*, la Cour a mené la logique plus loin en précisant que le juge n'est pas seulement tenu de rechercher la teneur de la loi étrangère applicable, mais doit également « donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger »[899]. Il appartient donc au juge d' « assurer le parfait aboutissement » de la règle de conflit[900], laquelle

---

[893] P. COURBE, note préc., *Rev. crit. dr. internat. privé* 1979, p. 779.

[894] Ce qui atténue logiquement la portée de l'obligation de motiver ; voy. par exemple Cass., 1re civ., 21 mars 2000, *JDI* 2002, p. 171, note M. RAÏMON ; Cass., 1re civ., 16 nov. 2004, *Bull. civ.* I, n° 268, couvrant du pouvoir souverain du juge du fond le fait, pour la cour d'appel, d'avoir tenu pour acquise la teneur du droit rabbinique telle que rapportée par l'un des époux et non contestée par l'autre.

[895] Voy. Cass., 1re civ., 21 nov. 2006, préc., reprenant les diverses démarches entreprises par la cour d'appel avant de s'estimer dans l'obligation de statuer sur le fondement de la loi du for en sa vocation subsidiaire.

[896] Cass., 1re civ., 28 juin 2005, *Sté Aubin*, préc. ; Cass., com., 28 juin 2005, *Sté Itraco*, préc.

[897] Cass., 1re civ., 24 nov. 1998, *Lavazza*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1999, p. 88, note B.A. ; *D.* 1999, p. 337, note M. MENJUCQ.

[898] En ce sens, H. MUIR WATT, note, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2001, p. 338 et 339. ; *adde*, Cass., 1re civ., 23 janv. 2007 : *Bull. civ.* 2007, I, n° 31 : même en l'absence de contestation, le juge n'est pas dispensé de vérifier les sources invoquées et ne peut se contenter d'un seul *affidavit* d'un *sollicitor* anglais ; *contra*, Cass., 1re civ., 30 janv. 2007, *Lamore* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 2007, p. 769, note T. AZZI, à l'occasion duquel les juges du fond s'étaient contentés d'un certificat de coutume mais avaient vivement motivé le crédit qu'il lui accordait.

[899] Voy. Cass., 1re civ., 24 nov. 1998, *Lavazza*, préc.

[900] D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 471.

tournerait dans le vide si l'accès à la teneur du droit étranger désigné restait hors de portée[901]. Pour ce faire, le juge doit donc préciser les dispositions de la loi étrangère sur lesquelles il fonde sa décision, comme il le fait en droit interne[902]. Statuer conformément au droit positif étranger et non au regard d'un texte de loi sorti de son contexte signifie donc que les motifs doivent faire apparaître que la recherche a été menée au regard de l'ensemble des sources du droit positif étranger[903]. Ainsi, dans l'hypothèse où l'interprétation retenue résulte d'un énoncé législatif ou d'une décision judiciaire, cet élément devra avoir été confronté aux autres sources qui, au sein du système étranger, seraient susceptibles d'en modifier la portée[904]. La Cour de cassation impose ainsi aux juges du fond d'indiquer clairement le texte de loi qui sera effectivement appliqué et la manière dont il est appliqué et interprété par les juges étrangers. Cette exigence peut sembler lourde, surtout dans les domaines où les parties disposent librement de leurs droits[905]. Le maintien de la jurisprudence *Amerford* dans ces domaines aurait permis, selon certains auteurs, « de répondre à certaines considérations d'économie procédurale », dès lors que le juge se serait vu tenu d'informer les parties de l'existence d'un conflit de lois[906], ce que ne permet pas la jurisprudence *Sté Itraco*. Cependant, la jurisprudence *Sté Aubin-Sté Irtaco* n'oblige le juge à procéder à des investigations personnelles que si les éléments de preuve rapportés par les parties, de leur propre initiative ou à sa demande, ne sont pas convaincants. On a ainsi pu parler de « subsidiarité des diligences du magistrat », subsidiarité qui « ne saurait (certes) équivaloir à une exemption » puisque le juge supporte désormais une « fonction éminente » dans la recherche de la loi étrangère tandis que les parties n'assurent qu'une « fonction utile »[907]. Mais, cette « fonction utile » dévolue aux parties permet assurément de ne pas trop alourdir les obligations des juges du fond et de ne pas gaspiller les ressources judiciaires.

611. Le droit positif français a ainsi rompu le lien que la jurisprudence avait progressivement tissé entre la mise en œuvre d'office de la règle de conflit bilatérale et l'obligation du juge de rechercher la teneur du droit étranger applicable. En conséquence, dans le cas où le demandeur au

---

[901] Voy. en ce sens B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GAJDIP*, p. 721.

[902] Cass., 1re civ., 22 févr. 2000 : *Bull. civ.* 2000, I, n° 51 ; Cass., 1re civ., 14 févr. 2006 : *Bull. civ.* 2006, I, n° 68 ; Cass., soc., 4 déc. 2007 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 204.

[903] Voy. par exemple, exigeant, au visa de l'article 3 du C. civ., que le juge du fond précise les dispositions de la loi étrangère sur lesquelles il se fonde, Civ. 6 mars 2001, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2001, p. 335, note H. MUIR WATT, *JDI* 2002, p. 171, note M. RAÏMON ; Cass., 1re civ., 6 févr. 2007, *JCP* 2007. I. 1532.

[904] Voy. en ce sens, dans un cas où les juges du fond ont retenu une interprétation erronée de la loi libanaise, sans vérifier que le contenu d'un certificat de coutume était bien conforme aux sources législatives et jurisprudentielles de ce droit, P. GANNAGE, note préc., sous CA Paris, 14 juin 1995, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1997, p. 50.

[905] Voy. notamment H. MUIR WATT, note préc., p. 581 et s.

[906] D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 22.

[907] B. ANCEL et Y. LEQUETTE, obs. sous arrêts *Amerford* et *Itraco*, *GAJDIP*, n° 9.

pourvoi indiquerait devant la Cour de cassation l'omission des juges du fond de tenir compte d'une source de droit étranger, ce n'est que si la décision de ces derniers présente une justification formelle sur ce point qu'une interprétation erronée devrait rester sans sanction au regard du contrôle des motifs. Or, l'immunité dont jouit ainsi, sur le terrain du contrôle des motifs, une erreur d'interprétation portant sur les sources soumises au débat, peut trouver sa sanction sur celui de la dénaturation, dès lors que ces sources excluent en toute clarté la version adoptée par les juges du fond. Et, dès lors que la recherche menée sur ce point par les juges du fond a été exhaustive, la censure pour dénaturation est de nature à assurer la conformité de l'interprétation retenue avec le sens réel du droit étranger.

B. LE CONTROLE DE DENATURATION.

612. Pour le juge du fond, l'erreur peut résulter d'une mauvaise compréhension des sources étrangères. Un problème pouvait, cependant, intervenir par le passé si la teneur de ces dernières n'avait pas fait l'objet de preuves complètes, le caractère purement exégétique du contrôle exercé par la Cour de cassation, sur le terrain de la dénaturation, ne permettant pas d'assurer la conformité de l'interprétation à l'état réel du droit positif étranger. Or, comme le juge du fond n'était tenu d'aucun devoir de connaissance du droit étranger, rien ne permettait de présumer, a priori, que le droit positif étranger s'exprimait de façon exhaustive dans les écrits versés aux débats. Par conséquent, rectifier une erreur d'interprétation des documents de preuve ne garantissait pas la fidélité du résultat à la réalité de la loi étrangère, restée extérieure à ceux-ci[908]. C'est pour cette raison que le renforcement de l'office du juge du fond exclut cette objection, puisque les éléments rapportant le contenu de la loi étrangère sont, en principe, complets.

613. Le contrôle de la dénaturation de documents clairs rapportant la teneur de la loi étrangère a été consacré par l'arrêt *Montefiore* au visa de l'article 1134 du Code civil[909]. La solution avait été empruntée au domaine contractuel et confirmait un arrêt plus ancien datant de 1876[910]. Depuis

[908] Voy., illustrant cette difficulté, CA Paris, 14 juin 1995, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1997, p. 41, note P. GANNAGE, où la preuve du droit libanais a été rapportée au moyen d'un certificat de coutume qui en déformait le sens ; aucun document n'a pourtant été dénaturé ; voy., sur ce point, P. GANNAGE, note préc., *Rev. crit. dr. internat. privé* 1997, p. 49.

[909] Cass., 1re civ., 21 nov. 1961, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1962, p. 329, note P. LAGARDE, *JDI* 1962, p. 686, note B. GOLDMAN, *JCP* 1962. II. 12521, note P. LOUIS-LUCAS, *D.* 1963, p. 37, note P. FRANCESCAKIS, *D.* 1963, *chron.* 7, *GAJDIP*, n° 36. Pareille extension avait été elle-même annoncée, voy. Cass., 1re civ., 4 nov. 1958, *Moens*, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1959, p. 303, note P. FRANCESCAKIS, *JDI* 1959, p. 788, note A. P., admettant, a contrario, la recevabilité du contrôle ; Cass., civ., 13 juin 1960, *Cts Liou-Sang*, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1961, p. 540, note R. JAMBU-MERLIN, D. 1960, p. 596, note P. MALAURIE, *obiter dictum* en faveur de la recevabilité.

[910] Cass., 1re civ., 18 juillet 1876, *Wyse, D.P.*, 1876, I, 497, *S.* 1876, I, 451.

cette décision[911], le contrôle de dénaturation n'a été utilisé que pour remédier aux erreurs d'interprétation les plus criantes[912], situation causée peut-être par l'ambiguïté de l'arrêt, celui-ci naviguant entre hiérarchie des normes et dénaturation de la loi étrangère[913]. De nos jours, en cas de détermination de la volonté des parties, le contrôle de dénaturation ne doit, ni remettre en cause le principe de la souveraineté de l'appréciation des juges du fond, ni amener la Cour de cassation à tenir compte d'éléments qui, extrinsèques aux documents de preuve versés au débat, échappent à sa connaissance[914]. Cependant, la langue étrangère de rédaction d'un document écrit ne relève pas de cette exclusion[915], l'arrêt *Olivier*[916] ayant prononcé la censure dans l'hypothèse où le sens clair et précis d'un texte de droit étranger avait été déformé par une erreur de traduction commise par le juge du fond.

614. De plus, la substitution du visa de l'article 3 du Code civil à celui de l'article 1134, qui place le contrôle de la dénaturation sous l'égide de l'autorité de la règle de conflit, semble signaler une évolution quant à la portée même du contrôle dans l'arrêt *Africatours*. Cette solution dissocie, en effet, le contrôle de la dénaturation de ses racines en matière contractuelle, en le rattachant plus clairement à l'autorité de la règle de conflit de loi du for, laquelle postule désormais que les sources de la loi étrangère ait été recherchées dans leur intégralité. Par conséquent, les obligations incombant désormais au juge du fond en matière de recherche de la teneur de la loi étrangère impliquent que la Cour de cassation est obligée de s'assurer que les documents rapportant le contenu de la loi étrangère sont le fruit d'investigations complètes. Or, la doctrine a poussé plus loin cette logique en prévoyant d'ailleurs une évolution dans le sens de sanctionner non seulement le contresens pur et simple, mais aussi l'ignorance du droit étranger dans sa véritable et complète teneur[917]. Le contrôle de la dénaturation pourrait alors entamer un rapprochement avec un contrôle de l'interprétation.

---

[911] Cass., soc. 10 mai 1972, *Bastia*, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1974, p. 321, note C. MARRAUD ; Cass., 1re civ., 2 févr. 1982, *Olivier*, *ibid.* 1982, p. 706, note P. MAYER, *JDI* 1982. 690, note H. MUIR WATT, *JCP* 1982. II. 19749, concl. GULPHE ; Cass., 1re civ., 19 mars 1991, *Buzyn*, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1992, p. 88, note H. MUIR WATT ; Cass., 1re civ., 1er juill. 1997, *Africatours*, préc., n° 76 ; et, dans le cas spécifique où le sens prêté à la loi étrangère était contraire à un jugement du même pays : Cass., 1re civ, 14 févr. 2006, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2006, p. 833, note BOLLEE.

[912] *GAJDIP*, n° 36, spéc. p. 311

[913] J.P. LABORDE, « L'interprétation de la loi étrangère par le juge fraçais… », *loc. cit.*, p. 280.

[914] Sur le caractère exégétique du contrôle : P. MAYER, « L'office du juge dans le règlement des conflits de lois », *in Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1975-1977, p. 244.

[915] Voy. cependant. 25 juin 1968, *JDI* 1969, p. 96, note P. KAHN, refusant la censure, au motif que la traduction s'accompagne nécessairement d'une interprétation

[916] Cass., 1re civ., 2 févr. 1982, préc.

[917] Voy. J. DERRUPPE, J.-P. LABORDE, *Droit international privé*, Mémento Dalloz, 17e éd., 2011, p. 90. Et sur ce que l'ajout, plus récent encore, des textes étrangers dénaturés au visa pourrait annoncer « un contrôle renforcé de la Cour

615. Le caractère documentaire du contrôle ne doit, cependant, pas être compris comme empêchant d'étendre la censure à la méconnaissance de sources non écrites ou informelles. Bien que la Cour de cassation ait visé à plusieurs reprises le caractère législatif du document[918] et ait manifesté, dans les années qui suivirent l'arrêt *Montefiore*, une hostilité très marquée à l'égard du contrôle de la dénaturation de la jurisprudence étrangère[919], pareille restriction, quant à la portée du contrôle, semble résulter d'une confusion entre le document écrit, énonçant la teneur d'une solution jurisprudentielle ou coutumière étrangère et les sources écrites, auxquelles il serait abusif de réduire le droit positif d'un système étranger. Exiger, outre l'écrit clair et précis de référence, qu'il contienne un énoncé législatif, c'est ajouter une condition que la nature du contrôle n'exige pas. La restriction a été écartée à travers l'arrêt *Olivier*[920], qui admet qu'à condition de s'en expliquer par référence à une autre source de droit positif étranger, les juges du fond peuvent s'écarter du sens apparent d'un énoncé législatif. Par conséquent, la loi étrangère est un tout dont l'interprétation suppose de prendre en compte l'ensemble des éléments constitutifs, qui bénéficient, à condition d'avoir été rapportés par un document versé aux débats, du contrôle de la dénaturation dans la même mesure que le texte législatif. Les arrêts *Buzyn* et *Africatours*[921] le confirment : de même que le sens apparent d'un document législatif peut être écarté, sans encourir la censure, en raison de l'apport d'une jurisprudence étrangère, de même un texte obscur peut, inversement, grâce au sens que lui confère la jurisprudence étrangère, constituer une référence claire pour les besoins du contrôle de la dénaturation.

CONCLUSION DE SECTION

616. L'interprétation de la loi étrangère reste l'apanage des juges du fond en dehors du contrôle de dénaturation ou de motivation réalisé par la Cour de cassation en la matière. Cette limitation de son contrôle est justifiée par la Cour de cassation par le biais de sa mission unificatrice du droit français et non pas d'une loi extérieure à ce droit. Cependant, le contrôle de l'interprétation de la loi étrangère ne signifie pas que la Cour de cassation doit déterminer la signification actuelle ou l'orientation future du droit positif d'un système juridique autre que le sien. Il s'agit seulement,

---

de cassation », voy. E. PATAUT sous Cass., 1re civ., 16 décembre 2005, *Soc. Nestlé France*, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2006, p. 28. Voy. aussi B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GAJDIP*, p. 313.

[918] Arrêts *Bastia* et *Buzyn*, préc.

[919] Voy. notamment l'arrêt *Hocke*, Cass., com. 4 mars 1963, préc.

[920] Cass., 1re civ., 2 févr. 1982, préc.

[921] Cass., 1re civ., 19 mars 1991 et 1er juill. 1997, préc.

dans ce cas, de simplement vérifier que la version de la loi étrangère retenue par les juges du fond concorde avec les solutions applicables au sein du système étranger désigné par la règle de conflit.

617. Les deux types de contrôle assurent-ils cette protection ? Ils permettent, en effet, à la Cour de cassation d'assurer une application de la loi étrangère satisfaisante en l'état actuel du droit positif.

618. Ainsi, le contrôle de dénaturation permet de corriger l'erreur qui peut résulter d'une mauvaise compréhension des sources étrangères. Le juge du fond dispose, en ce sens, d'une certaine liberté dans le choix de la source à laquelle il va donner le plus de poids afin d'assurer la preuve de la teneur de la loi étrangère. La jurisprudence *Olivier* admet ainsi, qu'à condition de s'en expliquer par référence à une autre source de droit positif étranger, les juges du fond peuvent s'écarter du sens apparent d'un énoncé législatif. La loi étrangère est donc vue comme un tout dont l'interprétation suppose de prendre en compte l'ensemble des éléments constitutifs, qui bénéficient, à condition d'avoir été rapportés par un document versé aux débats, du contrôle de la dénaturation dans la même mesure que le texte législatif. Sur cette base, la doctrine envisage d'ailleurs un contrôle de la dénaturation qui entame un rapprochement avec un contrôle de l'interprétation et prédit une évolution dans le sens où serait sanctionné non seulement le contresens pur et simple, mais aussi l'ignorance du droit étranger dans sa véritable et complète teneur[922].

619. Le contrôle des motifs permet, à son tour, de pallier la vérification insuffisante réalisée par le juge du fond des sources du droit positif étranger qui peut attribuer à la loi étrangère un sens erroné. Depuis la jurisprudence *Sté Aubin-Sté Irtaco* de 2005, qui a établi à la charge du juge l'établissement du contenu de la loi étrangère, en cas d'impossibilité pour celui-ci de le faire, il a une obligation de motivation à travers laquelle il doit justifier que toutes les diligences ont été accomplies en ce sens et indiquer quelles ont été les raisons de l'échec. Il faut remarquer que ce contrôle du caractère complet des recherches menées relativement à l'état du droit positif étranger ne semble pas très éloigné de celui qui s'imposerait si la Cour de cassation acceptait d'exercer son contrôle directement sur l'interprétation de la loi étrangère.

620. En conclusion, la Cour de cassation doit s'assurer de l'interprétation fidèle de la loi étrangère dont l'organe de contrôle normalement compétent serait insusceptible d'intervenir pour

[922] Voy. J. DERRUPPE, J.-P. LABORDE, *Droit international privé*, préc., p. 90. Et sur ce que l'ajout, plus récent encore, des textes étrangers dénaturés au visa pourrait annoncer « un contrôle renforcé de la Cour de cassation », voy. E. PATAUT, sous Cass, civ., 16 décembre 2005, *Soc. Nestlé France*, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2006, p. 28. Voy. aussi B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GAJDIP*, p. 313.

des raisons évidentes de souveraineté. De même, elle pourrait aussi obliger les juges du fond à une certaine vigilance, dans le cas des lois étrangères les plus couramment appliquées, et au sujet desquelles toute divergence d'interprétation serait nécessairement source d'injustice pour les plaideurs. Il faut, en même temps, tenir compte de la communautarisation du droit substantiel des États membres qui est en train de changer la situation, en supprimant dans une mesure importante la diversité des lois applicables dans les rapports transfrontières intracommunautaires et, en l'absence même de toute uniformisation, en postulant leur équivalence dans le domaine « coordonné »[923]. Toutefois, dans les domaines où le conflit de lois subsiste, l'établissement de la teneur de la loi d'un autre État membre obéit pour l'instant au régime procédural de droit commun. Dans ce cas, une coopération judiciaire renforcée devrait permettre un accès plus facile à la connaissance des droits étrangers[924].

[923] Voy., par exemple, la clause « marché intérieur » de la Directive nº 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, *JOCE*, no L 178, 17 juill., art. 3

[924] Sur l'impact variable au sein du système fédéral des États-Unis, de la provenance de la loi étrangère, selon qu'elle est ou non celle d'un *Sister State*: S. SYMEINIDES, *American Private International Law*, 2008, Wolters Kluwer, nos 161 et s.

CONCLUSION DE CHAPITRE

621. L'intelligibilité de la loi étrangère doit être comprise dans le sens où une loi étrangère doit pouvoir être comprise et saisie aisément. La difficulté de la compréhension d'une loi étrangère par rapport à une loi interne consiste dans le fait que la première présente des origines qui sont, la plupart du temps, éloignées géographiquement et culturellement par rapport au système juridique du for. Or cela peut causer des problèmes dans le processus d'application de la loi étrangère par rapport à la détermination de son contenu ainsi que par rapport à la façon dont ce contenu est mis en œuvre. L'intelligibilité de la loi étrangère impose ainsi aux intéressés la réponse à deux questions logiques, à savoir, comment prendre connaissance de son contenu et, d'autre part, comment interpréter ce contenu.

622. Ainsi, d'un côté, la recherche du contenu de la loi étrangère impose aux parties et au juge de s'informer et de prouver ce contenu. S'informer et prouver le contenu de la loi étrangère sont des aspects processuels qui font partie de l'office du juge, sauf si les droits litigieux sont disponibles, cas dans lequel les parties ont l'obligation, à travers la jurisprudence *Amerford,* de démontrer la spécificité, par rapport au droit français, de la loi étrangère.

623. S'informer sur le contenu de la loi étrangère impose l'utilisation des outils d'information. Il faut remarquer, premièrement, la diversité des ces outils d'information sur la loi étrangère : moyens d'information consistant dans les sources officielles disponibles sur Internet, sources nationales d'information (bibliothèques, bases de données),'avis des experts étrangers, documents transmis par des collègues étrangers, voies diplomatiques, procédé de l'*amicus curiae*, ainsi que les mécanismes de coopération internationale comme les mécanismes bilatéraux de coopération judiciaire, le Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale ou la Convention européenne du 7 Juin 1968 dans la domaine de l'information sur le droit étranger. Deuxièmement, malgré cette diversité, il semble que ces outils soient mal utilisés (une préférence étant accordée aux bases internet peu fiables plutôt qu'à des sources plus fiables mais coûteuses et demandant plus de temps comme les bibliothèques) ou encore peu connus et peu utilisés (c'est le cas des mécanismes de coopération internationale).

624. En même temps, vu le développement du droit international privé européen il faut également prendre en compte l'influence que l'Union européenne présente en la matière. Ainsi, le principe de reconnaissance mutuelle a permis à l'Union européenne d'entraîner une forte réduction des possibilités offertes à l'État de refuser l'exécution de la demande de l'État émetteur à travers l'établissement d'une reconnaissance et d'une exécution automatique des décisions

étrangères. Cela a encouragé donc l'adoption d'un comportement automatique de confiance entre les tribunaux des États membres, ce qui mène, en pratique, à une application facilitée de la loi étrangère appartenant à un État membre en comparaison avec celle d'un État tiers à l'Union européenne. De même, la mise en œuvre du Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale a amélioré l'information sur la loi étrangère dans l'espace européen.

625. Quelles solutions adopter afin de résoudre les problèmes ainsi révélés d'information sur la loi étrangère ? Il faut améliorer, d'un côté, et créer, d'un autre côté. Ainsi, il faut améliorer le réseau existant (judiciaire et notarial) et le rendre plus visible parmi les représentants des professions juridiques. Il faut également créer, au niveau national, des institutions indépendantes mettant gratuitement à la disposition des usagers des informations sur la loi étrangère, ainsi qu'un réseau d'experts indépendants sur la loi étrangère. De même, il est nécessaire de former les professionnels à la loi étrangère et développer de logiciels de traduction.

626. S'agissant de la preuve de la loi étrangère, deux questions principales doivent être prises en compte : qui doit prouver le contenu de la loi étrangère et comment doit-il procéder à sa preuve. Si, par le passé, la dichotomie droits disponibles - droits indisponibles influençait la question de la charge de la preuve de la loi étrangère, cette emprise a disparu depuis la jurisprudence *Sté Aubin - Sté Itraco*. Le droit positif reconnaît désormais seulement le deuxième facteur, de la nature assignée à la loi étrangère, comme influençant toujours les modes de preuve en droit international privé. De ce point de vue, le système français reconnaît à la loi étrangère un statut de règle juridique[925], tout mode de preuve étant admissible par le juge. La même jurisprudence *Sté Aubin - Sté Itraco* prévoit dans ce sens que malgré son rôle décisif, le juge a la possibilité de collaborer avec les parties, sans, pour autant, pouvoir se dérober à son obligation. Si, malgré tous ces aménagements, la loi étrangère ne peut pas être prouvée, l'exonération de la charge de la preuve semble s'imposer sous l'empire de la jurisprudence *Lautour*[926]. Dans ce cas la solution de la substitution de la loi désignée par la règle de conflit par une autre loi s'impose au juge. Le problème reste à savoir quelle autre loi lui substituer : soit la *lex fori*, soit une autre loi étrangère à celle désignée initialement par la règle de conflit, en fonction de son contenu ou de son lien proche avec le rapport juridique.

---

[925] Voy. l'arrêt *Coucke*, préc.

[926] Par exemple, Cass., 1re civ., 24 janv. 1984, *Thinet*, préc., réservant l'effet exonératoire à l'hypothèse où la défaillance est due à des circonstances objectives ; Cass., 1re civ., 2 févr. 1988, 1re esp., *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, p. 55, note B. ANCEL ; *JDI* 1988, p. 741, note D. ALEXANDRE, comparer cet arrêt avec Cass., 1re civ., 21 juin 1988, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, p. 55, note B. ANCEL, illustrant la distinction entre les conséquences de la défaillance selon la cause de celle-ci.

627. D'un autre côté, en matière d'interprétation de la loi étrangère c'est la règle de l'appréciation souveraine par les juges du fond qui s'applique, la Cour de cassation n'intervenant dans ce cas que pour contrôler la dénaturation ou un vice de motivation. La Cour de cassation justifie, en général, la limitation de son contrôle en matière d'application de la loi étrangère à travers sa mission unificatrice du droit interne et non pas du droit étranger, même si ce contrôle impliquerait, la plupart du temps, une simple vérification que la version de la loi étrangère retenue par les juges du fond concorde avec les solutions applicables au sein du système étranger.

628. Les deux types de contrôle permettent, malgré tout, à la Cour de cassation d'assurer une application de la loi étrangère satisfaisante en l'état actuel du droit positif. Ainsi, le contrôle de dénaturation permet de corriger l'erreur qui peut résulter d'une mauvaise compréhension des sources étrangères, alors que le contrôle des motifs permet de pallier une vérification insuffisante réalisée par le juge du fond des sources du droit positif étranger qui peut attribuer à la loi étrangère un sens erroné.

629. Il faut remarquer qu'en cas de contrôle de dénaturation, la loi étrangère est vue comme un tout dont l'interprétation suppose de prendre en compte l'ensemble des éléments constitutifs, qui bénéficient, à condition d'avoir été rapportés par un document versé aux débats, du contrôle de la dénaturation dans la même mesure que le texte législatif. Cette solution a permis à la doctrine d'envisager une évolution dans le sens de sanctionner non seulement le contresens pur et simple, mais aussi l'ignorance du droit étranger dans sa véritable et complète teneur[927].

630. S'agissant du contrôle des motifs, depuis la jurisprudence *Sté Aubin-Sté Irtaco* de 2005, qui a établi à la charge du juge l'établissement du contenu de la loi étrangère, en cas d'impossibilité pour celui-ci d'établir le contenu de cette loi, il a une obligation de motivation à travers laquelle il doit justifier que toutes les diligences ont été accomplies en ce sens et indiquer quelles ont été les raisons de l'échec. Il semblerait donc que ce contrôle du caractère complet des recherches menées relativement à l'état du droit positif étranger soit un substitut à l'idéal de contrôle de l'interprétation de l'application de la loi étrangère par la Cour de cassation.

631. La Cour de cassation doit donc s'assurer de l'interprétation fidèle de la loi étrangère.

---

[927] Voy. J. DERRUPPE, J.-P. LABORDE, *Droit international privé*, préc., 90. Et sur ce que l'ajout, plus récent encore, des textes étrangers dénaturés au visa pourrait annoncer « un contrôle renforcé de la Cour de cassation», voir E. PATAUT, sous Cass., 1re civ., 16 décembre 2005, *Soc. Nestlé France*, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2006, 28. Voy. aussi B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GAJDIP*, p. 313.

632. Qu'implique concrètement l'application de la loi étrangère dans le système juridique du for ? Le présent titre a été dédié à l'analyse des principes circonstanciés de l'application de la loi étrangère qui exposent ce mécanisme dans tous ses détails, dans toutes ses circonstances. Pour ce faire deux axes on été pris en compte, à savoir, l'autorité de la règle de conflit car son régime juridique est intimement lié à celui de l'application de la loi étrangère, et l'intelligibilité de la loi étrangère nécessaire à son application conforme à son esprit, à sa raison d'être.

633. Ainsi, d'un côté, l'application de la loi étrangère dépend directement du statut procédural de la règle de conflit du for, c'est-à-dire, de son autorité devant le juge du for. Cependant, l'autorité de la règle de conflit n'est pas constante devant le juge français. En effet, le régime juridique de la règle de conflit pose la règle de son application facultative, qui favorise le rôle actif des parties dans l'introduction dans le débat de la loi étrangère, ainsi que l'exception de son application impérative, qui apporte, à son tour, des limites à la liberté des parties à travers l'intervention du juge. S'il s'agit donc de maintenir un certain équilibre entre la liberté des parties de choisir la loi applicable et l'office du juge, l'équilibre entre l'application de la loi étrangère et celle de la *lex fori* semble, en revanche, oublié. La mise en œuvre du principe facultatif de l'application de la règle de conflit, posé par la jurisprudence *Mutuelle du Mans,* favorise l'application de la *lex fori*. En effet, cette loi a une vocation de principe à s'appliquer car la loi étrangère, désignée par la règle de conflit, ne s'applique que dans la mesure de l'activité procédurale des parties ou, plus rarement, à l'initiative du juge, en cas de droits litigieux disponibles. De plus, la *lex fori* est favorisée même en cas d'accord procédural des parties car la formule générale utilisée dans l'arrêt *Roho,* qui prévoyait que « les parties peuvent demander l'application d'une loi différente de celle désignée », a été limitée par la Cour de cassation au cas de la seule loi française. Ainsi, la Cour de cassation réserve, à travers l'arrêt *Hannover International,* l'accord procédural au profit de la seule loi française en décidant que les parties « peuvent s'accorder sur l'application de la loi française du for ». C'est pour cela que la politique actuelle renforçant l'office du juge répond mieux aux besoins des rapports juridiques de droit international privé car elle remet en équilibre la balance de application de la *lex fori* et celle de l'application de la loi étrangère. Le principe facultatif impose ainsi au juge un rôle plus actif, dans le sens où il peut soulever d'office l'application de la règle de conflit à condition d'avoir connaissance des éléments d'extranéité pertinents du litige sur le fondement de l'article 7 al. 2 NCPC.

634. L'exception, posée par la jurisprudence *Belaïd A.*, imposant l'application impérative de la règle de conflit dès lors que les droits litigieux sont indisponibles, assure également cet équilibre. Dans ce cas le juge du for est obligé d'appliquer la règle de conflit afin de désigner la loi applicable, mais aussi de rechercher la solution de la loi étrangère désignée. Cela traduit ainsi l'unicité de l'office du juge dans l'intégralité de l'opération de résolution du conflit de lois. L'autorité de la règle de conflit dépend donc du critère de la nature des droits litigieux, cette règle étant facultative lorsque les droits litigieux sont disponibles et, à titre d'exception, impérative, lorsque les droits sont indisponibles ou si les parties ou le juge font le choix de soulever l'application de cette règle lorsque les droits litigieux sont disponibles. Or l'utilisation de ce critère de la nature des droits litigieux pose deux problèmes auxquels il reste difficile de répondre, à savoir, en fonction de quelle loi le juge devrait-il qualifier la nature des droits litigieux et comment différencier nettement les deux types de droits litigieux. La remise en question du critère de la nature des droits litigieux pour établir l'autorité de la règle de conflit semble donc souhaitable. Ce critère est, en effet, superficiel et entraîne des complications injustifiées.

635. Accepter l'impérativité de la règle de conflit ne veut pas dire que si elle désigne une loi étrangère celle-ci sera forcement appliquée, car des mécanismes d'exception peuvent empêcher cette application en faveur de la *lex fori*. De même, les raisons d'économie procédurale tellement invoquées pour justifier le principe facultatif en matière de droits indisponibles risquent, au contraire, de créer des injustices entre les parties qui ne disposent pas des mêmes moyens financiers pour préparer leur stratégie litigieuse. En revanche, il serait plus justifié de revenir à la prise en considération de l'origine de la règle de conflit afin d'assurer son autorité dans un litige de droit international privé. Cette solution, retenue d'ailleurs par le passé dans la jurisprudence *Coveco* et ayant posé le principe d'une règle de conflit toujours obligatoire pour le juge lorsqu'elle figure dans une convention internationale, répond aux objectifs d'uniformisation des règles de conflit de lois de la plupart des instruments internationaux en matière de confits de lois.

636. De même, au niveau européen la Cour de justice de l'Union européenne pourrait évoluer dans le sens d'une obligation du relevé d'office pour le juge national qui, appliquée en la matière du droit international privé, imposerait l'obligation, pour le juge, d'appliquer d'office les règles de conflit de lois issues du droit de l'Union européenne alors pourtant que la disponibilité des droits en cause ne le commande pas.

637. D'un autre côté, afin de rendre intelligible une loi étrangère il faut rechercher son contenu et, en même temps, interpréter ce contenu. Cela correspond au raisonnement logique d'un juge

lorsqu'il doit donner la solution à un problème de droit : il identifie d'abord la règle juridique à appliquer, puis il analyse la façon dont cette règle doit être mise en application, à travers ses connaissances, la jurisprudence ou la doctrine. La recherche du contenu de la loi étrangère impose ainsi aux intéressés de s'informer et de prouver ce contenu, aspects processuels qui font partie de l'office du juge, sauf si les droits litigieux sont disponibles. Cela veut dire qu'en principe le juge doit établir d'office le contenu de la loi étrangère, sauf s'il s'agit de droits disponibles, cas dans lequel les parties ont l'obligation, à travers la jurisprudence *Amerford,* de démontrer la spécificité, par rapport au droit français, de la loi étrangère. L'on peut s'informer sur le contenu de la loi étrangère à travers différents outils d'information mais qui semblent, malheureusement, être mal utilisés ou encore peu connus et peu utilisés. Il faut donc améliorer ces outils afin de les rendre plus visibles parmi les représentants des professions juridiques et il faut surtout créer des outils, au niveau national et international, afin de faciliter l'accès au contenu de la loi étrangère .

638. S'agissant de la preuve de la loi étrangère, c'est la jurisprudence *Sté Aubin - Sté Itraco* de 2005 qui indique qui doit prouver le contenu de la loi étrangère : « il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger ». De même, pour répondre à la question concernant les moyens de la preuve de la loi étrangère, le système français reconnaît à la loi étrangère un statut de règle juridique depuis l'arrêt *Coucke*, tout mode de preuve étant admissible par le juge. La même jurisprudence *Sté Aubin - Sté Itraco* prévoit, dans ce sens, que malgré son rôle décisif, le juge a la possibilité de collaborer avec les parties, sans, pour autant, pouvoir se dérober à son obligation.

639. En matière d'interprétation de la loi étrangère c'est la règle de l'appréciation souveraine par les juges du fond qui s'applique, la Cour de cassation n'intervenant dans ce cas que pour contrôler la dénaturation ou un vice de motivation. Ainsi, le contrôle de dénaturation permet de corriger l'erreur qui peut résulter d'une mauvaise compréhension des sources étrangères, alors que le contrôle des motifs permet de pallier la vérification insuffisante réalisée par le juge du fond des sources du droit positif étranger qui peut attribuer à la loi étrangère un sens erroné. Il faut remarquer qu'en cas de contrôle de dénaturation, celui-ci ne regarde que les preuves rapportées par un document versé aux débats. Il faut donc envisager une évolution dans le sens de sanctionner non seulement le contresens pur et simple, mais aussi l'ignorance du droit étranger dans sa véritable et complète teneur. De ce point de vue, il apparaît que c'est le contrôle des

motifs qui complète la protection de l'application de la loi étrangère. C'est, en effet, la jurisprudence *Sté Aubin -Sté Irtaco* de 2005, qui a imposé le contrôle du caractère complet des recherches menées relativement à l'état du droit positif étranger et qui peut être considéré comme le substitut à l'idéal de contrôle de l'interprétation de l'application de la loi étrangère par la Cour de cassation. Il semble donc que malgré un refus initial d'interpréter la loi étrangère, la Cour de cassation change petit à petit cette position dans le sens contraire.

640. Le processus d'application de la loi étrangère s'organise autour de certains principes qui fixent son cadre spécifique. Ces principes justifient, d'un côté, l'application de la loi étrangère et, d'un autre côté, ils encadrent son fonctionnement et décrivent ainsi les principes génériques et les principes circonstanciés de l'application de la loi étrangère.

641. Les principes génériques de l'application de la loi étrangère fondent donc la méthode de l'application de la loi étrangère qui représente une exception dans le cadre des diverses matières juridiques. Comment expliquer ainsi l'application de la loi étrangère ? La réponse à cette question a été recherchée à travers les aspects fondamentaux et les aspects adventices de l'application de la loi étrangère.

642. Les aspects fondamentaux de l'application de la loi étrangère tiennent de la spécificité du droit international privé ainsi que de l'intervention de la volonté du for dans la mise en œuvre d'une telle application. Ces aspects impliquent dans une manière plus ou moins importante la volonté du for. S'agissant ainsi de l'internationalité spécifique du droit international privé, qui consiste dans le fait que cette matière peut régir des rapports privés internationaux tout en restant un droit étatique, l'application de la loi étrangère s'impose ici comme la conséquence d'une nécessité pour le for de ne pas s'isoler juridiquement en appliquant la *lex fori* pour résoudre des problèmes juridiques présentant des éléments d'extranéité. Or, cela prouve le choix limité dont dispose un système juridique par rapport à la question de savoir s'il doit ou pas appliquer une loi étrangère. S'agissant, en revanche, de décider quelle sera la loi la mieux adaptée pour régir une situation de droit international privé, le système juridique du for dispose d'une liberté plus importante démontrée par l'existence des nombreuses théories (le principe du rattachement étroit traduit dans le principe de proximité, les principes de souveraineté et de l'autonomie de la volonté ou la doctrine des l'intérêts étatiques).

643. Les deux questions sont logiquement intimement liées car après avoir décidé s'il faut ou non appliquer la loi étrangère, la question suivante porte sur la loi étrangère à choisir. Une fois ces deux questions résolues, il est nécessaire de se concentrer sur les aspects adventices concernent des interrogations sur l'importance à accorder à l'application de la loi étrangère par rapport à celle de la *lex fori,* ainsi que sur l'adoption de la meilleure méthode pour appliquer la loi étrangère.

644. Quelle importance accorder ainsi à l'application de la loi étrangère ? Vu qu'il n'existe pas d'obligation internationale d'appliquer une loi étrangère il n'existe pas, non plus, un principe fondamental d'égalité de traitement de celle-ci en rapport avec la *lex fori*. Donc chaque système

juridique a la liberté de décider de l'importance à accorder à cette application, en fonction de ses intérêts économiques concernant les rapports juridiques privés de droit international privé. De ce fait on observe en pratique une nette préférence des juges du fond pour l'application de la *lex fori,* malgré une tendance évidente de la Cour de cassation envers l'application de la loi étrangère pour résoudre les problèmes de droit international privé. L'égalité de traitement entre la *lex fori* et la loi étrangère est donc un simple objectif du droit international privé lié à la nécessité de la réalisation d'une justice tenant compte de la spécificité des rapports juridiques avec élément d'extranéité.

645. Quelle est la meilleure méthode à adopter afin d'appliquer la loi étrangère ? La méthode conflictuelle semblait jusque-là être la seule à pouvoir assurer une telle application. Cependant deux critiques formulées à l'encontre de cette méthode mettent en doute sa capacité d'assurer une application conforme à la réalité pratique de la loi étrangère : l'impossibilité de la règle de conflit de rattacher le rapport juridique à plusieurs systèmes juridiques et la méconnaissance des lois étrangères de droit public. Il faut, dès lors, envisager d'élargir l'utilisation des règles bilatérales alternatives à finalité matérielle ou qui retiennent un critère de rattachement plus souple en application du principe de proximité ainsi que d'appliquer les dispositions étrangères de droit public, lorsque les effets *de facto* de ces règles sont pertinents aux yeux de la loi désignée par la règle de conflit dans le cas des problèmes juridiques impliquant des questions de citoyenneté, de droit administratif ou fiscal étranger.

646. Les principes circonstanciés de l'application de la loi étrangère visent, quant à eux, les modalités concrètes d'application de la loi étrangère. Ils répondent, en effet, à la question de savoir ce que l'application de la loi étrangère implique concrètement dans le système juridique du for exposant donc le mécanisme de l'application de la loi étrangère dans tous ses détails, dans toutes ses circonstances. Ce mécanisme est ainsi influencé par, d'un côté, l'autorité de la règle de conflit car son régime juridique est intimement lié à celui de l'application de la loi étrangère, et, d'un autre côté, l'intelligibilité de la loi étrangère nécessaire à son application conforme à son esprit, à sa raison d'être.

647. L'autorité la règle de conflit du for devant le juge du for n'est pas constante, cette règle étant facultative lorsque les droits litigieux sont disponibles et, à titre d'exception, impérative lorsque les droits sont indisponibles ou si les parties ou le juge font le choix de soulever l'application de cette règle lorsque les droits litigieux sont disponibles. Cependant, cette solution du droit international privé français présente quelques défauts. Premièrement, le principe de l'application facultative de la règle de conflit provoque un déséquilibre entre l'application de la loi

étrangère et celle de la *lex fori* car cette règle, posée par la jurisprudence *Mutuelle du Mans,* favorise l'application de la *lex fori*. On a ainsi essayé de combler ce défaut à travers la politique actuelle renforçant l'office du juge, celui–ci détenant un rôle plus actif dans le cadre du principe facultatif de la règle de conflit dans le sens où il peut soulever d'office l'application de la règle de conflit, à condition d'avoir connaissance des éléments d'extranéité pertinents du litige sur le fondement de l'article l'art. 7 al. 2 NCPC. L'application impérative de la règle de conflit semble donc être plus appropriée pour assurer l'équilibre de l'application de la *lex fori* et de la loi étrangère.

648. Deuxièmement, l'utilisation du critère de la nature des droits litigieux pose deux problèmes qu'il est encore difficile de résoudre, à savoir, en fonction de quelle loi le juge devrait-il qualifier la nature des droits litigieux et comment différencier nettement les deux types de droits litigieux. La remise en question du critère de la nature des droits litigieux pour établir l'autorité de la règle de conflit semble donc souhaitable. Ce critère est, en effet, superficiel et entraîne des complications injustifiées.

649. L'intelligibilité d'une loi étrangère impose, en même temps, de rechercher son contenu et d'interpréter ce contenu. La recherche du contenu de la loi étrangère impose ainsi, aux intéressés de s'informer et de prouver ce contenu, aspects processuels qui font partie de l'office du juge, sauf si les droits litigieux sont disponibles, cas dans lequel les parties ont l'obligation, à travers la jurisprudence *Amerford,* de démontrer la spécificité, par rapport au droit français, de la loi étrangère. La jurisprudence *Sté Aubin - Sté Itraco* de 2005 prévoit cependant que, malgré son rôle décisif, le juge a la possibilité de collaborer avec les parties, sans, pour autant, pouvoir se dérober à son obligation. Il faut cependant observer qu'il est nécessaire de d'améliorer les outils d'information sur la loi étrangère, peu connus ou mal utilisés, mais aussi de créer des nouveaux outils, au niveau national et international, afin de faciliter l'accès au contenu de la loi étrangère .

650. En matière d'interprétation de la loi étrangère la règle de l'appréciation souveraine par les juges du fond continue de s'imposer malgré le changement de position de la Cour de cassation qui y intervient de plus en plus, à travers les contrôles de dénaturation ou de motivation.

651. Toutes ces questions concernant l'application de la loi étrangère s'accompagnent de l'influence du droit de l'Union européenne en la matière. Ainsi, les principes de l'effet direct et de la primauté de ses règles permettent au droit de l'Union européenne de s'appliquer automatiquement dans les droits nationaux des États membres de l'Union européenne et, de ce fait, le processus d'uniformisation du droit international privé réalisé à ce niveau présente une

réelle efficacité. Cependant l'uniformisation est inachevée car il reste des règles de conflit de droit international privé qui n'ont pas été harmonisées et, d'un autre côté, le régime juridique de l'application de la loi étrangère reste l'apanage des États membres. Les conséquences de cette situation sont autant positives que négatives. Les conséquences positives concernent le fait que, dans les domaines où le conflit de lois subsiste, les États membres de l'Union européenne appliquent avec plus de facilité la loi étrangère d'un autre État membre que celle d'un État tiers, pour des raisons tenant à la facilité d'accès à l'information sur le contenu de la loi étrangère, le Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale représentant une aide précieuse en la matière. De même, au niveau européen la Cour de justice de l'Union européenne pourrait évoluer dans le sens d'une obligation du relevé d'office pour le juge national qui, appliquée en la matière du droit international privé, imposerait l'obligation, pour le juge, d'appliquer d'office les règles de conflit de lois issues du droit de l'Union européenne alors pourtant que la disponibilité des droits en cause ne le commande pas.

652. Les conséquences négatives concernent, bien sûr, le fait que dans les domaines où le conflit de lois subsiste, l'établissement de la teneur de la loi d'un autre État membre obéit pour l'instant au régime procédural de droit commun. Dans ce cas une coopération judiciaire renforcée devrait permettre un accès plus facile à la connaissance des droits étrangers. Il faut donc remédier à l'insécurité juridique issue de l'uniformisation inachevée car cela contredit les objectifs de l'Union européenne concernant le marché intérieur.

653. Tous ces principes directeurs ainsi révélés dans cette première partie de l'analyse concernant l'application de loi étrangère et qui fixent le cadre spécifique du processus concernant d'application de cette loi, n'assurent pas, cependant, son application dans tous les cas. En effet, lors de chacune des étapes du processus concernant l'application de la loi étrangère la loi étrangère, des éléments perturbateurs peuvent provoquer des déséquilibres dans le fonctionnement de ce mécanisme normal.

PARTIE II

LES ELEMENTS PERTURBATEURS DE L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

654. La première partie de cette étude a été consacrée à l'analyse des principes qui accompagnent l'application de la loi étrangère. En fonction de leur portée, ces principes peuvent être considérés comme génériques ou, au contraire, circonstanciés, concernant, de ce fait, les fondements de l'application de la loi étrangère ou les règles qui organisent le déroulement du mécanisme de ce type d'application.

655. Qu'ils présentent des caractères génériques ou circonstanciés, lesdits principes ont comme trait commun le fait qu'ils concernent l'application de la loi étrangère dans sa structure nucléide[928] car les questions sur le fondement ou le mécanisme de l'application de la loi étrangère constituent des aspects primordiaux de ce processus. En règle générale, nous avons pu observer que le processus d'application de la loi étrangère, dans le système juridique du for, est caractérisé par une structure en niveaux lors desquels la loi étrangère doit prouver encore et encore sa fiabilité. Or, ainsi que la philosophie chinoise parle du principe *yin-yang* dont la représentation graphique figure les deux grandes forces de l'univers : clair-obscur, négatif-positif, mâle-femelle, dans une égalité et un équilibre parfait, de la même façon nous nous sommes interrogés sur l'existence d'une structure extérieure qui façonnerait également le processus de l'application de la loi étrangère. Est-ce que l'application de la loi étrangère peut être influencée par des éléments extérieurs à son fonctionnement ? Nous avons observé qu'en pratique l'application d'une loi étrangère implique l'agencement des lois relevant de systèmes juridiques distincts[929]. De ce point

[928] Terme qui désigne une espèce atomique caractérisée par la constitution de son noyau, voy. http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/nuclide/55211?q=nucléide+#54836.

[929] L'expression système juridique est employée au même sens que celle d'ordre juridique. En effet, si l'ordre juridique évoque un ensemble de règles de droit qui régit une entité (État, groupe d'États, etc.) (voy. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 631), elle présente également des aspects élargis puisque, d'après la conception de l'institutionnalisme italien S. ROMANO (*in L'ordre juridique*, 2002, Dalloz-Sirey, traduction par P. GOTHOT et L. FRANÇOIS), l'ordre juridique peut être également celui de l'Eglise, d'une commune, d'une entreprise, etc. Acceptée par la doctrine française, la position institutionnaliste de S. Romano suggère que tout groupe social organisé constitue un ordre juridique ; viennent prendre place ainsi, à côté de l'État, des entités aussi diverses que l'ordre international, l'Eglise, les groupements professionnels, les associations, les provinces, les communes, la famille. M. Sindres, en revanche, (D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, thèse, LGDJ, 2008) réalise une distinction entre ordre juridique et système juridique et semble ne pas tenir compte le sens élargi de l'ordre juridique. Pour l'auteur, l'ordre juridique est identifié à la dimension institutionnelle de l'État, alors que le système juridique est assimilé à un ensemble complet de règles et détaché le cas échéant de tout support étatique. Par conséquent, l'auteur estime qu'il faut renoncer à voir dans le conflit de lois un conflit entre ordres juridiques, comme le voudrait l'exclusivisme KELSENien, encore largement dominant aujourd'hui dans la pensée bilatéraliste en France. Il y aurait lieu, en revanche, de faire place à l'idée selon laquelle le conflit de lois concerne les seuls systèmes juridiques, de sorte que le conflit de lois serait un conflit entre systèmes juridiques, arbitré par des

de vue, le droit international privé peut être vu comme une entité hybride, construite à partir d'éléments empruntés à d'autres structures autonomes. En effet, les règles de conflit construisent un règlement hybride des situations de droit international privé en combinant des lois conçues dans des environnements différents. Par exemple, le mariage de deux époux de nationalités différentes, célébré dans un troisième État, lui-même distinct de celui de leur résidence commune, peut être soumis à plusieurs lois différentes : les lois des conditions de fond relatives à chaque époux, celle des conditions de forme, celle des effets ou celle de la dissolution du mariage. Dans ce cas, le risque est de détruire l'équilibre qui existe entre les règles juridiques au sein de chaque système juridique (dans notre exemple, le lien qui pourrait exister entre la forme de la célébration et le mode de dissolution du mariage).

656. De même, il faut aussi tenir compte du fait que le juge ne quitte jamais totalement la *lex fori* lorsqu'il tranche un litige de droit international privé. Par exemple, étant saisi d'un problème juridique, le juge procédera à sa qualification, en appliquant la *lex fori* la plupart du temps, chose qui lui permettra de classer le rapport juridique et d'appliquer, ainsi, la règle de conflit correspondante qui désignera, par la suite, la loi compétente. Or, imaginons que le problème juridique soit inconnu du système juridique du for, comme dans le cas de la *kafala* de droit musulman. La qualification de la *lex fori* pourra-t-elle être utilisée également dans ce cas, ou le juge sera-t-il obligé d'opérer une qualification en fonction de celle retenue par le système juridique de la *lex causae*[930] ? Ce sont seulement quelques exemples appartenant à une palette beaucoup plus large de déséquilibres qui peuvent intervenir entre le système juridique de la *lex fori* et celui de la loi étrangère. Ces déséquilibres peuvent être organisés en fonction des éléments qui les provoquent. Certains sont provoqués par des concepts ou des rattachements appartenant à des ordres juridiques différents. De même l'on peut avoir des déséquilibres provoqués par une multiplicité des lois étrangères en concurrence - causée par le partage d'un même territoire aussi

---

ordres juridiques au moyen de leurs règles de conflit de lois. La règle de conflit de lois de l'ordre juridique du for désigne donc un système juridique, compris comme un ensemble complet et autonome de règles visant les statuts et actions des particuliers, et revêtant ou non un caractère étatique. L'auteur ne prend donc pas en compte la vision institutionnaliste de Santi Romano qui implique que le système juridique signifie le droit d'un État ou d'une société territoriale ou personnelle, considéré, pour l'application d'une règle de conflit de lois, ou en législation comparée, dans sa totalité (ex. le système juridique allemand, musulman, etc.) (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 889). Dans cette perspective institutionnelle l'ordre juridique est une notion équivalente à celle de système juridique, les deux notions pouvant être employées lors de la résolution d'un conflit de lois en droit international privé.

[930] L'étape de la qualification est censée être dépassée lors de l'étape de l'application de la loi étrangère. En effet, la qualification précède logiquement l'application de la loi compétente à un rapport juridique et en droit interne les deux ne se mélangent pas. Cependant, en droit international privé, du fait de la spécificité des problèmes juridiques dont le juge est saisi, la qualification constitue une étape intimement liée au mécanisme de l'application de la loi étrangère.

que par l'intervention d'un facteur temporel. D'autres peuvent être provoqués par une intolérance du système juridique du for à la loi étrangère applicable.

657. Tous ces éléments constituent ainsi une structure qui risque de produire des problèmes lors de l'application de la loi étrangère car ne pouvant pas la garantir, ils risquent, au contraire, de fournir un bon argument aux juges du for d'appliquer la *lex fori*. Regardés de plus près, les déséquilibres ainsi décrits peuvent être ponctuels ou d'ensemble, en fonction de la portée de l'élément qui les provoque. Les déséquilibres ponctuels sont ainsi causés par un élément du rapport juridique, comme un concept ou un rattachement, alors que ceux d'ensemble sont causés par un problème qui concerne le système juridique en général, comme c'est le cas de la multiplicité des lois étrangères en concurrence ou de l'intolérance du système juridique du for à la loi étrangère applicable. En effet, les systèmes juridiques réservent, en général, une place importante à l'application de la loi étrangère. Cependant, au sein de chaque système juridique le statut spécifique de la loi étrangère témoigne d'un « noyau irréductible d'altérité »[931] dont la règle étrangère est affectée. Cette situation peut s'expliquer par le fait que la désignation de la loi étrangère réalisée par la règle de conflit ainsi que sa mise en œuvre, peuvent révéler des différences entre les systèmes juridiques intéressés. Or, utiliser, dans le système juridique du for, une règle appartenant à un autre système juridique, peut ainsi provoquer un court-circuit. Il s'agit d'un court-circuit dans la cohérence du système juridique du for car il forme un tout cohérent, logique, ses règles s'emboîtant et étant interdépendantes. Faire intervenir, dans un système juridique, une règle extérieure peut ainsi provoquer des déséquilibres de cohérence car la nouvelle règle peut répondre à un raisonnement différent. On peut dès lors affirmer que les conflits de systèmes ainsi décrits ressemblent plus à des conflits de raisonnements.

658. Lorsque l'on parle de « déséquilibre » l'on prend en compte son sens indiquant un manque de proportions, d'harmonie ou de concordance[932] et, de ce point de vue, les déséquilibres provoquées par l'éventuelle application de la loi étrangère peuvent être plus ou moins importants, parlant donc de déséquilibres ponctuels ou d'ensemble. Il est aisi nécessaire de pallier le déséquilibre que la désignation et l'éventuelle application d'une loi étrangère peut causer aux systèmes juridiques impliqués (du *for* et de la *lege causae* étrangère) lors de la résolution du problème juridique par le juge du for. Ces déséquilibres peut être, cependant, coordonnées à travers des procédés juridiques comme, par exemple, la qualification, la substitution, la transposition ou l'équivalence, en ce qui concerne les concepts appartenant à des ordres juridiques

[931] J.-M. JACQUET, *Rec. cours La Haye*, vol. 292, 2001, p. 225.
[932] http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/déséquilibre/24382.

différents ; le renvoi ou les questions préalables, en ce qui concerne les rattachements du système juridique étranger ; les règles concernant le conflit mobile ou transitoire, pour les conflits de lois dans l'espace affectées des complications temporelles ; l'ordre public ou la fraude à la loi, en cas d'intolérance au droit applicable.

659. On s'interroge sur la façon dont ces déséquilibres peuvent influencer l'application de la loi étrangère. Dans le même sens, il faut d'aller plus loin dans le raisonnement et se poser la question de l'influence des procédés de solution de ces déséquilibres sur l'application de la loi étrangère. Est-ce qu'ils favorisent ou, au contraire, empêchent l'application de la loi étrangère ? Pour répondre à ces questions nous allons analyser, premièrement, les déséquilibres ponctuels des systèmes juridiques (Titre I) pour passer, deuxièmement, à l'analyse des déséquilibres d'ensemble des systèmes juridiques (Titre II).

TITRE I

LES DESEQUILIBRES PONCTUELS DES SYSTEMES JURIDIQUES

660. Les déséquilibres ponctuels concernent des éléments appartenant à la loi désignée par la règle de conflit, pouvant consister dans un élément de rattachement ou un concept utilisés par celle-ci. Mis en relation avec les rattachements ou les concepts du for prévus pour le même problème juridique, les éléments de la loi étrangère ainsi indiqués provoquent un court-circuit dans le raisonnement du système juridique du for. On retrouve, par exemple, la situation des rattachements différents lors des problèmes juridiques concernant les successions. Ainsi, en France, les successions font partie du statut réel. Cela veut dire que les problèmes inhérents aux rapports juridiques impliquant des immeubles seront soumis à la *lex rei sitae* alors que ceux relatifs aux meubles seront régis par la loi du dernier domicile du *de cujus*. En revanche, des États comme l'Allemagne ou l'Espagne intègrent les successions dans le statut personnel, la loi applicable dans ces cas étant la loi nationale du *de cujus*. Ce sont deux types de systèmes générateurs de conflits de lois qui, fort heureusement, ont vu leurs influence s'estomper, au moins au niveau européen, avec l'édiction du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen. Ce règlement s'applique aux successions internationales ouvertes à compter du 17 août 2015[933] et prévoit, en matière de loi applicable à la succession, trois options. En règle générale, la loi applicable à l'ensemble de la succession est la loi de l'État dans lequel le défunt a sa résidence habituelle au moment de son décès, même s'il s'agit de la loi d'un État non-membre de l'Union européenne[934], conformément à l'article 21 §1 du règlement. Le paragraphe 2 indique cependant une exception à

[933] *J.O.U.E.*, n° L 201 du 27 juillet 2012, p. 107 ; *adde* les rectificatifs publiés au *J.O.U.E.* des 14 décembre 2012, n° L 344/3 et 2 mars 2013, n° L 60/140. Ce règlement est applicable dans toute l'Union Européenne à l'exception du Royaume Uni, de l'Irlande et du Danemark. La loi applicable en application de ce règlement régit notamment les causes, le moment et le lieu d'ouverture de la succession ; la vocation successorale des bénéficiaires, la détermination de leurs parts respectives et des charges qui peuvent leur être imposées, ainsi que la détermination d'autres droits sur la succession ; la capacité de succéder ; l'exhérédation et l'indignité successorale ; le transfert des biens, des droits et des obligations composant la succession aux héritiers et, selon le cas, aux légataires ; les pouvoirs des héritiers, des exécuteurs testamentaires et autres administrateurs de la succession, sans préjudice des dispositions spécifiques applicables, dans certains cas, à la nomination et aux pouvoirs de l'administrateur de la succession ; la responsabilité à l'égard des dettes de la succession; la quotité disponible, les réserves héréditaires et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort ainsi que les droits que les personnes proches du défunt peuvent faire valoir à l'égard de la succession ou des héritiers ; le rapport et la réduction des libéralités lors du calcul des parts des différents bénéficiaires ; le partage successoral.

[934] Il n'y aura, donc, plus lieu de s'attacher à la nature des biens, meubles ou immeubles et à leur lieu de situation pour déterminer la loi applicable.

cette règle consistant dans l'application à la succession de la loi de l'État avec lequel le *de cujus* présentait des liens manifestement plus étroits résultant de l'ensemble des circonstances de la cause au moment de son décès. Enfin, le règlement donne la possibilité de choisir la loi d'un des États dont on possède la nationalité[935].

661. Un exemple concernant des concepts différents se retrouve dans le problème posé au système français par le *trust* du droit anglais. Ainsi, même si le *trust* est considéré aujourd'hui comme présentant un fort lien avec la fiducie consacrée en droit français[936], il conserve cependant quelques distances[937] avec celle-ci.

662. Ces problèmes demandent des solutions qui peuvent, à leur tour, être concrétisées par des procédés de droit international privé, comme le renvoi ou les questions préalables en cas de rattachements différents ; la qualification et les questions d'adaptation, substitution, équivalence, transposition, en cas de concepts différents. On s'interroge donc sur les problèmes concrets que peuvent surgir et leurs conséquences sur l'application de la loi étrangère, lorsqu'on se retrouve face à des rattachements ou des concepts différents, appartenant à des systèmes juridiques qui doivent, pourtant, se corréler pour résoudre un problème juridique de droit international privé. Nous allons, de ce fait, procéder à une analyse en deux temps des problèmes suscités par les différences entre, d'un côté, les rattachements et, d'un autre côté, les concepts, proposés par les systèmes juridiques intéressés lors de la résolution d'un problème de droit international privé. La démarche se justifie par la logique suivie lors de chaque étape du raisonnement juridique en présence d'un problème de droit international privé : l'analyse des concepts précède alors celle des éléments de rattachement, la première étant faite, en principe et sous réserve de certaines exceptions, lors de l'étape de la qualification, alors que la deuxième intervient au niveau de l'étape de la désignation. Nous allons donc révéler, dans un premier chapitre, les problèmes de coordination des systèmes juridiques intéressés concernant des concepts différents, pour passer, dans un deuxième chapitre, aux problèmes de coordination impliquant des rattachements distincts.

---

[935] Une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession la loi du pays dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès. En cas de pluri-nationalité, cette personne peut choisir la loi nationale qui lui convient le mieux, même s'il s'agit de la loi d'un État tiers à l'Union européenne. Cette option doit être formulée dans une déclaration revêtant la forme d'une « disposition à cause de mort ». Le choix de la loi nationale présentera notamment l'avantage de la stabilité puisque le changement de résidence n'affectera pas la loi applicable au règlement de la succession. A défaut, à chaque changement de résidence, il importera de se renseigner sur les règles successorales applicables dans l'État.

[936] Art. 2011 C. civ., ajouté par la loi du 19 février 2007, déjà plusieurs fois retouchée.

[937] La différence essentielle tient à l'originalité irréductible d'un démembrement de propriété entre, d'une part, une propriété gestion à la charge du *trustee* et, d'autre part, une propriété jouissance au profit du ou des bénéficiaires créant des droits réels et personnels dévolus à l'un et aux autres, dont la nature juridique originale reste discutée.

CHAPITRE 1

L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE FACE A DES CONCEPTS JURIDIQUES DIFFERENTS

663. L'application d'une loi étrangère implique une attitude décidée de la part du juge du for quant au choix favorable à la mise en œuvre d'une règle de droit n'appartenant pas à son ordre juridique. Cependant, « un homme ne devrait pas se voir imposer des objectifs avant de connaître suffisamment le monde pour prendre ses propres décisions en toute liberté, en pleine connaissance de cause »[938]. En effet, afin de pouvoir appliquer correctement une loi étrangère, le juge doit se sentir à l'aise avec les concepts contenus dans le corpus de cette loi, la situation inverse risquant de l'inciter à utiliser la *lex fori* à laquelle il est habitué. Donc, si en théorie la démarche à suivre est bien claire car le juge du for saisi d'une situation juridique présentant un élément d'extranéité utilise la règle de conflit de droit appropriée pour ensuite appliquer la loi indiquée par celle-ci, en pratique les choses sont plus compliquées. Comment le juge choisit-il la règle de conflit qui l'amènera à la loi applicable et ainsi au résultat recherché et comment peut-il être sûr de son choix? Ce sont des questions qui, en droit interne, ne se posent même pas car l'on considère que le juge est préparé, pendant tout le long de sa carrière, à savoir gérer toute situation juridique à laquelle il risque d'être confronté. S'agissant des situations juridiques de droit international privé, le juge est confronté, cette fois-ci, à des éléments nouveaux et pas toujours familiers. De ce fait, il est contraint de procéder à des comparaisons entre les concepts étrangers et leurs « homologues » appartenant au système juridique qu'il représente afin, d'un côté, de comprendre au mieux la situation juridique, et, d'un autre côté, de donner une solution qui correspond le plus aux attentes respectives des parties. L'on parle ainsi de la coordination des concepts juridiques de l'ordre juridique du for avec les concepts de la loi étrangère.

664. Logiquement, une bonne coordination mènera à une éventuelle application fidèle de la loi étrangère[939] alors qu'une mauvaise coordination provoquera des perturbations dans l'application de cette loi. Le problème réside dans la recherche d'une voie qui puisse indiquer une méthode de travail apte à garantir un résultat satisfaisant dans le cas de l'espèce. Cela peut se révéler difficile à entreprendre, car il existe plusieurs procédés qui sont actuellement utilisés pour coordonner des concepts appartenant à des ordres juridiques différents, comme la qualification, l'adaptation, la substitution, la transposition ou l'équivalence.

---

[938] J. VANCEN, *The Star King,* Tor Books, 1989, p. 3.

[939] L'idée n'est, cependant, pas d'appliquer la loi étrangère exactement comme le ferait le juge étranger mais d'en comprendre les objectifs et d'en tenir compte lorsque l'on rend la décision.

665. Une partie de ces procédés est utilisée au stade de l'identification de la règle de conflit, comme c'est le cas de la qualification, alors qu'une autre partie est utilisée à un stade ultérieur, comme c'est le cas de l'adaptation, de la substitution ou de l'équivalence. Ainsi, d'un côté, en droit interne, préalablement à l'application d'une règle de droit, il est nécessaire de passer par l'étape de la qualification de l'institution juridique, étape qui consiste dans une recherche de la concordance entre la situation considérée et l'hypothèse de cette règle, c'est-à-dire la catégorie de situations de fait que la règle de droit vise. Le procédé ainsi décrit présente une certaine spécificité en droit international privé car le juge est contraint de s'adapter, dans ce cas, aux réalités d'une situation présentant des liens avec un système juridique étranger. D'un autre côté, intervenant à un stade ultérieur à l'identification de la règle de conflit, l'adaptation, la substitution ou l'équivalence représentent des procédés de mise en équilibre des avantages et des inconvénients présents dans les différents ordres juridiques impliqués.

666. Le problème est de savoir dans quelle proportion ces procédés de coordination des concepts appartenant aux ordres juridiques différents, facilitent ou au contraire, empêchent, l'application de la loi étrangère. En fonction du moment auquel ils interviennent dans le raisonnement juridique, la qualification peut exercer, premièrement, son influence lors de l'application ultérieure de la loi étrangère. De même, des complications peuvent être entrainées par un rapport juridique soumis, dans ses différents aspects, à plusieurs lois appartenant à des systèmes juridiques différents et son influence sur l'application de la loi étrangère. Nous allons donc étudier l'influence de la qualification (Section 1) et d'un rapport juridique écartelé entre plusieurs systèmes juridiques sur l'application de la loi étrangère (Section 2).

SECTION 1

QUALIFICATION ET APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

667. Comme pour toute autre règle juridique, les concepts utilisés dans le cadre des règles de conflit sont sujets à interprétation, ce qui peut parfois poser des problèmes. Les règles de conflit de droit international privé du for classent, en effet, les problèmes juridiques issus lors des litiges avec éléments d'extranéité dans des catégories et sous-catégories de rattachement[940]. Ces catégories sont, par exemple, en droit français, le statut personnel, le statut réel, la catégorie des obligations (avec en sous-catégories le statut contractuel et le statut délictuel) et enfin les questions de procédure[941]. Un facteur de rattachement qui permet de désigner la loi applicable correspond à chacune de ces catégories : pour le statut personnel, le facteur de rattachement est la nationalité; pour le statut réel, la situation du bien; pour le statut délictuel, le lieu de survenance du dommage, etc. En suivant cette logique, la vocation successorale est régie par la loi du pays de la dernière résidence habituelle du *de cujus*, les questions de procédure sont régies par la *lex fori*, etc.

668. Ce processus intellectuel d'intégration de la situation juridique internationale dans l'une des catégories de droit international privé représente l'opération de qualification, qui a une importance capitale puisque, si elle est erronée, elle mènera à un mauvais choix du facteur de rattachement et, en conséquence, à l'application d'une loi non compétente. L'étape de la qualification peut donc avoir un impact décisif sur l'application de la loi étrangère éventuellement applicable du fait des nombreux risques de déviance qui peuvent résulter d'une qualification n'ayant pas été effectuée correctement par le juge du for.

669. Si, dans l'immense majorité des cas, la qualification est relativement simple à réaliser, il existe des situations pour lesquelles la qualification peut être difficile à réaliser. Une telle situation peut se présenter lorsque la question juridique posée au juge appartient, à une première vue, à une

---

[940] G. KEGEL, K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, p. 312-313, et C.M.V. CLARKSON, J. HILL, *The Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 10 et 457-458, semblent adopter la vision de la qualification impliquant la catégorisation des règles de conflit (*Rechtsnormen*) et/ou des faits (*Sachverhalte* ou *Lebensverhaltnisse*) ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 82 et 171, parlent de la qualification en fonction du type de la situation juridique, qui semble apparaître comme une combinaison qui s'oppose aux conséquences de fait et de droit (les faits contemplés par la règle et les conséquences qu'elle en tire) ; A. PHILIP, *Rec. cours La Haye*, vol. 160, 1978, p. 39, propose de qualifier les faits : « *the facts are characterized as being of the nature indicated in the scope of application-element of the choice of law rule* ») ; E. JAYME, *Rec. cours La Haye*, vol. 251, 1995, p. 107, affirme que « c'est plutôt la question juridique elle-même qui doit être classée » et A.E. VON OVERBECK, « L'application par le juge interne des conventions de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 132, 1971, p. 91 affirme qu'« il s'agit de déterminer la nature juridique de la question qui se pose ».

[941] Ce sont là les catégories « historiques » du droit international privé. Il est bien évident qu'elles se sont précisées et raffinées, de sorte que la désignation du statut personnel, par exemple, ne suffit plus à trouver la loi applicable. Encore faut-il savoir si la question posée est, par exemple, une question de mariage, de divorce ou d'autorité parentale, chacune de ces questions ayant sa propre règle de conflit.

catégorie de rattachement, alors que la jurisprudence et la doctrine l'ont intégrée dans une autre catégorie répondant à des besoins pragmatiques et logiques. Par exemple, bien que très liée au mariage, le régime matrimonial n'entre pas, comme celui-ci, dans le statut personnel mais dans la catégorie des obligations, étant qualifiée de contrat[942]. De même, les questions successorales sont classées, en France, dans la catégorie du statut réel et non pas dans la catégorie du statut personnel.

670. Une autre situation qui peut provoquer des difficultés de qualification est révélée lorsque la question litigieuse est étroitement liée à plusieurs catégories de rattachement qui sont soumises à des règles de conflit différentes. Par exemple, un citoyen roumain ayant subi, en Turquie, un accident provoqué par un citoyen russe, pourrait poursuivre, ce dernier, devant un tribunal russe (du domicile du défendeur) pour la réparation du dommage subi. Alors que l'affaire est pendante, la victime décède mais supposons que, conformément, à la fois, à la loi turque du lieu de l'accident et à la loi russe de la succession, les héritiers de la victime peuvent poursuivre la demande du *de cujus*, alors que, conformément à la loi roumaine, cette demande n'est pas prise en compte si la victime décède avant le jugement. Le fait que le tribunal russe permette aux héritiers de poursuivre ou non la demande de la victime dépend donc de l'application de la loi turque, russe ou roumaine. Ce choix dépend, cependant, à son tour, de la façon dont le tribunal qualifie la question de la demande en réparation du dommage, le tribunal ayant le choix, dans notre exemple, entre la qualification de responsabilité délictuelle régie par la *lex loci delicti* turque, celle de question de procédure régie par la *lex fori* russe et, enfin, la qualification successoralle, qui doit être décidée par la loi roumaine, la loi personnelle du *de cujus*.

671. Resoudre ces situations est loin d'être évident, à moins que les concepts juridiques utilisés pour définir le champ d'application de différentes règles de conflit du pays du for aient un sens clairement défini, ce qui est inhabituel dans le droit international privé de la plupart des États[943]. Cependant, dans de nombreux pays tiers à l'Union européenne la question reste ouverte.

---

[942] Adoptée en droit international privé français à la suite de la consultation donnée par DUMOULIN aux époux de Ganey, en 1525, la solution a été confirmée par la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

[943] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 45. Le droit de l'Union européenne donne la réponse à ce type de problème à l'article 15 (e) du règlement Rome II, qui prévoit que la question de savoir si le droit de réclamer des dommages et intérêts peut être transféré par succession, est régi par la loi applicable à l'obligation non contractuelle en question (et donc pas par la loi régissant la succession).

672. Niée par certains[944] ou ignorée par d'autres[945], la qualification pose des problèmes qui risquent d'influencer l'application de la loi étrangère éventuellement appelée à résoudre la question litigieuse. Nous nous interrogeons donc sur les aspects concrets de cette influence sur l'application de la loi étrangère. Pour répondre à cette interrogation, il faut partir de l'observation que l'influence exercée sur l'application éventuelle de la loi étrangère ne sera pas la même en fonction de la « coloration », foriste ou étrangère, de la qualification que le juge saisi va employer lors d'un litige de droit international privé. En effet, il existe plusieurs méthodes pour qualifier un concept juridique. Une première méthode se rattache à la *lex fori* et avance l'idée que les problèmes de qualification pourraient être résolus si le système juridique du for décidait de clarifier, à travers sa législation, la signification exacte des concepts contenus dans ses règles de conflit[946]. Il est pourtant probablement impossible de prévoir et de réglementer tous les problèmes de qualification qui en théorie pourraient survenir. Une deuxième méthode se fonde sur l'idée que, même lorsqu'on sait comment un problème est interprété par la *lex fori*, la qualification en droit international privé reste compliquée, car le tribunal ne devrait pas suivre automatiquement la qualification retenue par la *lex fori*, mais plutôt tenir compte de la qualification qui prévaut dans le pays dont la loi doit être appliquée (la qualification conformément à la *lex causae*)[947]. Une

---

[944] F. K. JUENGER, *Rec. cours La Haye*, vol. 193, 1983, p. 193, appelle la qualification un « embarras auto-infligée ». L'existence objective du problème de la qualification ne peut pas être refusée tant que le droit international privé du pays du for se compose de diverses règles de conflit liées à des diverses catégories de rattachement. Naturellement, si et dans la mesure où ce système de règles de conflit est remplacé par une seule règle de conflit couvrant tous les types de catégories juridiques, le problème de la qualification disparaitra. Une telle règle est théoriquement concevable, par exemple lorsque une seule règle de conflit stipule que tout problème juridique concernant les terres est régie par le système juridique avec lequel il est le plus étroitement lié ou qui conduit au résultat le plus raisonnable.

[945] Il est également vrai que, parfois, le problème de qualification se pose, mais n'est pas mentionné et encore moins discuté par les parties et le juge, qui semblent ne pas avoir remarqué la possibilité d'une interprétation différente de celle qui est apparue à une première vue superficielle. M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 45 donne l'exemple de la décision de la Cour suprême suédoise, *Nytt Juridiskt Arkiv* de 1969, p. 163, qui concernait la situation où la loi de l'État où le délit a eu lieu a imposé certaines restrictions sur les demandes d'indemnisation entre conjoints (l'immunité conjugale). Ces restrictions ont été appliquées en raison de la règle de conflit suédoise désignant la *lex loci delicti* en tant que loi applicable aux délits. Personne ne semble avoir remarqué la possibilité que les restrictions spéciales de responsabilité entre conjoints pourraient être classées comme appartenant au domaine du droit de la famille, régi par la loi applicable aux relations matrimoniales de nature personnelle. En ce qui concerne les États membres de l'Union européenne, ce problème de qualification a probablement mais pas certainement - été résolu par l'article 15 (b) du Règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, préc., prévoyant que les motifs d'exonération de responsabilité sont régies par la loi applicable à l'obligation non contractuelle en question (donc pas par la loi régissant les effets du mariage).

[946] Cette qualification égale peut parfois être trouvée dans les instruments internationaux, par exemple dans l'article 5 de la Convention de La Haye du 5 Octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires: « Aux fins de la présente Convention, les prescriptions limitant les formes de dispositions testamentaires admises et se rattachant à l'âge, à la nationalité ou à d'autres qualités personnelles du testateur, sont considérées comme appartenant au domaine de la forme. Il en est de même des qualités que doivent posséder les témoins requis pour la validité d'une disposition testamentaire ».

[947] D. F. CAVERS, *Rec. cours La Haye,* vol. 131, 1970, p. 135, semble considérer - à tort - qu'une telle qualification représente juste une variante de renvoi.

troisième méthode a été également proposée par le juriste allemand E. Rabel[948], et propose une qualification fondée sur des études comparatives, en donnant aux concepts des règles de conflit une autonomie et une signification universelles qui ne dépendent pas de la qualification établie par la *lex fori*, la *lex causae* ou tout autre système juridique en particulier. C'est un procédé qui peut avoir une application pratique dans le cas de l'interprétation des règles de conflit qui découlent d'une convention internationale ou d'un autre type de coopération législative internationale. Les règles de conflit perdraient beaucoup de leur uniformité si on leur donnait une portée variable, en fonction des différentes interprétations des tribunaux des pays signataires et une qualification uniforme pourrait être utilisée, même à l'égard des règles de conflit purement nationales[949]. La méthode de qualification comparative a été cependant critiquée surtout par rapport au risque d'une utilisation compulsive qui risquerait de construire un mur étanche entre les concepts de droit interne et ceux des règles de conflit, ce qui ne serait pas souhaitable, compte tenu de la relation étroite entre les deux et des objectifs législatifs communs qu'ils poursuivent normalement dans le pays du for[950]. De plus, le procédé de qualification comparative représente un autre aspect de la qualification *lege fori* car il se trouve sous le contrôle exclusif du juge du for, celui-ci ayant la liberté de choisir quels ordres juridiques comparer, le résultat pouvant ainsi être orienté dans le sens qu'il préfère.

673. Les problèmes posés lors de l'étape de la qualification présentent ainsi des particularités différentes selon que la qualification commande le choix de la loi applicable, impliquant la

---

[948] G. BARILE, « La fonction historique du droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 116, 1965, p. 345, écrit que « le sens des expressions employées par les règles de rattachement afin de déterminer leur objet ne doit pas être déduit d'une façon immédiate et automatique du droit matériel interne, mais, autant que possible, des caractères universels des différents instituts juridiques, de sorte que les expressions en question assumant par là même un sens indéterminé et générique, d'un côté tendent à correspondre à celles qu'adoptent les règles de rattachement d'ordres juridiques étrangers, et de l'autre, puissent être référées à des rapports et à des instituts, même partiellement différents, prévus par les droits matériels… » ; P. G. VALLINDAS, *Rec. cours La Haye*, vol. 10, 1960, p. 358, parle, dans ce contexte, de l' « autonomie » des règles de conflit.

[949] Il s'agit de la décision de la Cour suprême suédoise du 6 déc. 1990, *Nytt Juridiskt Arkiv*, p. 734, où il était question de décider si le droit de recours contre l'auteur du délit d'un assureur devait être classé comme une question contractuelle entrant dans le champ d'application de la loi régissant le contrat d'assurance (en l'espèce le droit allemand) ou comme une affaire délictuelle, régie par la *lex loci delicti* (en l'occurrence la loi suédoise). Après avoir souligné que la solution à ce problème de qualification ne pourrait être trouvée ni dans la législation suédoise, ni dans la jurisprudence suédoise précédente, la Cour suprême a décidé de soumettre le problème juridique à la loi régissant le contrat d'assurance. Parmi les arguments en faveur de cette qualification, la Cour suprême suédoise a mentionné qu'elle serait en conformité avec la pratique judiciaire « dans de nombreux pays » et conforme également à la règle de conflit concernant la subrogation des créances contractuelles de l'article 13 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (à laquelle la Suède n'était pas une partie en 1990). Toutefois, la Cour n'a pas donné un compte rendu des « nombreux pays » dont elle avait suivi l'exemple, et il est douteux qu'une enquête comparative à grande échelle appropriée puisse être effectuée chaque fois que la Cour est confrontée avec un problème de qualification ; voy., en ce sens, M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 46.

[950] B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 174-175.

qualification *lege fori* (§1), ou le choix des règles matérielles applicables au sein de l'ordre juridique compétent, impliquant la qualification *lege causae* (§2).

§ 1. LA QUALIFICATION *LEGE FORI* PREALABLE AU CHOIX DE LA LOI APPLICABLE

674. La qualification en droit international privé déduit la catégorie de rattachement visée par la règle, en opérant sur une matière appartenant au droit du for et calquée sur les lois étrangères, mais sans rigidité excessive. Les lois étrangères sont ainsi accueillies en fonction de l'objet sur lequel elles portent[951].

675. Même en mettant des réserves ou des exceptions[952], la plupart des pays préfèrent qualifier les problèmes juridiques de droit international privé conformément à la *lex fori*, méthode considérée comme une solution évidente et naturelle car la qualification serait essentiellement une question d'interprétation des règles de conflit de l'État du for[953]. Dans cette perspective l'on avance l'argument que ces règles de conflit ont été formulées par le législateur de l'État du for ; il est donc tout à fait naturel qu'elles soient interprétées conformément aux intentions de ce législateur, qui peut même explicitement indiquer aux tribunaux la façon dont certaines questions devraient être qualifiées[954]. Cela signifie que même si l'État du for renonçait à l'application de sa propre loi en faveur d'une loi étrangère, les limites et le contenu de cette renonciation devraient être fixées par la *lex fori*, en fonction du texte et du but évident de la règle ainsi que des principes d'interprétation généralement acceptés dans ce pays[955].

676. La qualification *lege fori* peut être contestée dans le sens où le législateur de l'État du for n'a pas toujours l'intention que les termes définissant le champ d'application des règles de conflit soient compris comme ayant exactement le même sens que celui du droit matériel interne de la

---

[951] J.-M. JACQUET, *Rec. cours La Haye*, vol. 292, 2001, p. 225.

[952] R. AGO, *Rec. cours La Haye*, vol. 58, 1936, p. 313-330 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 173-174 ; E. BARTIN, *Rec. cours La Haye*, vol. 31, 1930, p. 589 ; H. BATIFFOL, « Principes de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 97, 1959, p. 451-456 ; D.F. CAVERS, *Rec. cours La Haye*, vol. 131, 1970, p. 136 ; C.M.V. CLARKSON, J. HILL, *The Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 458-460 ; D.J.L. DAVIES, *Rec. cours La Haye*, vol. 62, 1937, p. 501-502 ; DICEY, MORRIS, COLLINS *on the Conflict of Laws*, p. 35-36 ; G.A.L. DROZ, *loc. cit.*, p. 323-342 ; H. GAUDEMET-TALLON, *Rec. cours La Haye*, vol. 312, 2005, p. 187-188 ; O. KAHN-FREUND, *Rec. cours La Haye*, vol. 143, 1974, p. 369-382 ; G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, p. 337 et 339 ; H. LEWALD, « Règles générales des conflits de lois, contribution à la technique du droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 69, 1939, p. 79-84 ; J. MAURY, *Rec. cours La Haye*, vol. 57, 1936, p. 484-496 ; Second Restatement of the Law, *Conflict of Laws*, Vol. 1, §7, p. 17-18 ; E. VITTA, *Rec. cours La Haye*, vol. 162, 1979, p. 61-63 ; M.K. YASSEEN, *Rec. cours La Haye*, vol. 106, 1962, p. 438-446.

[953] A. PHILIP, *Rec. cours La Haye*, vol. 160, 1978, p. 39.

[954] Par exemple, l'article 15 (e) du Règlement Rome II prévoit que la question de savoir si une demande en réparation peut être transférée aux héritiers par la voie de la succession devrait être régie par la loi applicable à l'obligation non contractuelle (et non pas par la loi successorale).

[955] A. PHILIP, *Rec. cours La Haye*, vol. 160, 1978, p. 20-21.

lex fori[956]. L'analyse de l'adéquation de cette méthode en rapport avec l'application de la loi étrangère doit prendre en compte deux aspects qui sont sujets à l'influencer: d'un côté, le rôle de la source du concept à qualifier, contenu par la règle de conflit, sur l'application ultérieure de la loi étrangère (A) et, d'un autre côté, la volonté d'assouplissement des concepts du for face aux nécessités des situations de droit international privé (B).

A. LE ROLE DE LA SOURCE DU CONCEPT A QUALIFIER SUR L'APPLICATION ULTERIEURE DE LA LOI ETRANGERE

677. Le concept contenu par la règle de conflit et que le juge saisi doit qualifier, peut avoir une source étatique ou non-étatique (conventionnelle ou du droit de l'Union européenne). Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un conflit de qualifications ayant comme source un conflit entre concepts issus de normes étatiques la difficulté reste marginale (1) ; alors que les difficultés sont plus courantes dès lors qu'il faut tenir compte des traités et du droit de l'Union européenne, le conflit intervenant entre des concepts prévus par des normes conventionnelles (2).

1. LA QUALIFICATION DES CONCEPTS DE SOURCE ETATIQUE

678. Le droit international privé présente des catégories et des sous-catégories de rattachement soumis à une loi donnée[957] et lorsque le juge est saisi d'un problème juridique avec élément d'extranéité, il doit réaliser une analyse préliminaire dans le but d'intégrer celui-ci dans une de ces catégories et sous-catégories. Par exemple, le juge français saisi d'une question de validité relative au mariage devra la qualifier dans l'une des deux sous-catégories concernant les conditions de validité de fond ou de forme, qui sont soumises à deux règles de conflit distinctes. Les conditions de fond dépendent de la loi nationale des époux, tandis que la forme du mariage doit suivre les exigences de la loi du lieu de célébration. Cela peut sembler simple, car le juge est censé savoir départager les conditions de fond et de forme et il sait naturellement le faire lorsqu'il se réfère à la qualification *fori* qui lui est familière. Cependant, les rapports juridiques avec élément d'extranéité présentent la spécificité d'opposer deux ou plusieurs ordres juridiques utilisant des qualifications plus ou moins différentes les unes des autres. Une même question juridique risque donc d'être qualifiée et classée dans des catégories différentes dans les divers systèmes juridiques avec lesquels

[956] DICEY, MORRIS, COLLINS *on the Conflict of Laws*, p. 36 ; G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privtrecht*, p. 334 ; G. S. MARIDAKIS, *Rec. cours La Haye, vol. 105, 1962,* p. 398; A. PHILIP, *Rec. cours La Haye*, vol. 160, 1978, p. 39-40.

[957] Ainsi à des catégories comme les faits juridiques, les actes juridiques ou la capacité et l'état des personnes, etc., s'ajoutent des sous-catégories comme le fond et la forme, les conditions et les effets, etc.

la situation présente des points de rattachement. Comment qualifier, par exemple, la question de la forme civile ou religieuse du mariage? Est-ce une question de fond ou une condition de forme? Dans un système laïc comme le droit français, l'on peut y voir un mode solennel d'officialisation de l'union des époux, et qualifier la question comme faisant partie des conditions de forme; alors que dans un système confessionnel, le mariage est un sacrement, la forme de la célébration y est consubstantiellement liée au contenu de la notion de « mariage », elle y est donc regardée comme une condition de fond.

679. Il existe, donc, des façons différentes de qualifier un problème juridique de droit international privé et le juge peut hésiter entre la qualification offerte par son propre ordre juridique et celle d'un ordre juridique étranger, s'agissant ainsi d'un conflit de qualifications car ces ordres juridiques auraient une vocation concurrente à définir les catégories juridiques servant au rattachement des situations internationales. Pour faire le parallèle avec le conflit de lois, on peut dire que le conflit de qualifications est comme un conflit de lois mais appréhendé à un niveau supérieur, celui du conflit de systèmes de droit international privé, avec la spécificité de la concurrence des règles de conflit et non pas des lois internes.

680. En droit français, la qualification retenue par le juge, lorsque ce type de conflit se présente devant lui, est celle *lege fori*. C'est, en effet, le célèbre arrêt *Caraslanis*, rendu le 22 juin 1955 à propos d'un mariage de deux Grecs orthodoxes célébré en la forme civile en France, qui a donné l'occasion à la Cour de cassation de résoudre le problème en indiquant clairement le principe de la qualification *lege fori*, que la jurisprudence pratiquait depuis longtemps mais sans le savoir, ou du moins sans le dire[958]: « La question de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celle des règles de fond doit être tranchée par les juges français suivant les conceptions du droit français, selon lesquelles le caractère religieux ou laïc du mariage est une question de forme »[959]. Pourquoi cette préférence de la Cour de cassation pour la qualification *lege fori* ? Pourquoi avoir évité d'intégrer la qualification *lege causae* dans les possibilités offertes au juge du for pour trancher le litige ? En effet, la Cour de cassation a choisi de trancher dans un seul sens, sans accorder aucune chance à l'autre possibilité, attitude parfaitement explicable par rapport à la situation concrète avec laquelle les juges étaient

[958] Voy. dans l'ancien droit, la question de la qualification de l'exigence d'une durée minimale entre le testament et le décès du testateur, appréciée comme une question de forme à Paris et comme une question de droit successoral en Normandie pour résoudre les conflits entre les coutumes de Paris et de Normandie, citée par J.-P. NIBOYET, « Froland, les conflits de qualification et la question du renvoi », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1926, p. 1 ; le problème a été découvert et conceptualisé par E. BARTIN, « De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois », *JDI* 1897, p. 225, p. 466 et p. 720.

[959] Cass., 1re civ., 22 juin 1955, *Caraslanis*, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1955, p. 723, note H. BATIFFOL.

confrontés. Ainsi, dans la conception grecque la forme religieuse est considérée comme une condition de fond du mariage, condition qui n'était évidement pas remplie lors du mariage civil des deux orthodoxes réalisé en France. En effet, si la qualification *lege causae* avait été retenue, cela aurait risqué d'invalider ce mariage alors qu'une qualification *lege fori* l'a validé sans problème du fait de sa conception intégrant le mariage civil dans la catégorie des conditions de forme. Accepter une qualification *lege causae* impliquerait donc le risque de conflits positifs de qualifications, si selon leurs conceptions respectives, plusieurs droits se trouvent applicables – le droit grec selon la qualification *lege causae* et le droit français selon la qualification *lege fori*. Or, la doctrine soutient que ce conflit de qualifications internationales ne pourrait être résolu qu'en formulant une super règle de conflits destinée à résoudre le conflit entre les systèmes de droit international privé ou bien en élaborant des qualifications réellement internationales, fondées sur des catégories universelles, projet sans doute utopique, mais qui pourrait se réaliser progressivement au plan régional[960].

681. A notre avis, la solution résiderait dans l'application du principe de proximité et le point de savoir avec quel ordre juridique le rapport juridique présente les liens les plus forts. Dès lors qu'une situation juridique est assez « éloignée » du for, le juge devrait prendre en compte la qualification *lege causae* et éviter ainsi la création volontaire d'une situation juridique que les parties n'avaient pas prévue au moment de la création du rapport juridique, chose qui risquerait de provoquer une grave insécurité juridique. Cela permettrait d'appliquer la loi la plus apte à régir le rapport juridique au vu des attentes des parties au moment de la création de la situation juridique. Cela pourrait même révéler la présence d'autres éléments qui pourraient aider le juge à trancher plus facilement le problème comme c'est le cas de l'observation d'une fraude à la loi. Il faut observer dès lors que les rares hypothèses de conflit de qualifications qui sont toujours citées révèlent plus une hésitation du juge du for sur la qualification à retenir que l'existence d'une concurrence virtuelle entre les conceptions des systèmes en présence, *a fortiori* d'une réelle divergence de qualifications entre deux systèmes donnés[961].

---

[960] Sur cette dernière idée, voy. E. RABEL, « Le problème de la qualification », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1933, p. 1 ; pour une autre approche, voy. J.-L. ELHOUEISS, « Retour sur la qualification lege causae en droit international privé », *JDI* 2005, p. 280.

[961] E. BARTIN avait raisonné sur l'exemple de la quarte du conjoint pauvre - part en usufruit que recueillait au décès de son conjoint la veuve en droit maltais si elle était dans le besoin - tiré de l'affaire CA Alger, 24 déc. 1889, *Bartholo*, *JDI* 1891, p. 1171 ; sur la construction par E. BARTIN d'un conflit de qualifications qui ne se posait pas dans cette affaire, voy. B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GAJDIP*, n° 9.

2. La qualification des concepts de source conventionnelle ou du droit de l'Union europeenne

682. L'application de la loi étrangère peut également être perturbée lorsque le juge du for est amené à résoudre un conflit de qualifications entre des concepts utilisés dans les textes des sources non étatiques de droit international privé. De ce point de vue, l'attitude du juge sera différente selon que la source sera purement conventionnelle (a) ou de droit de l'Union européenne (b).

a. Conventions internationales et qualification

683. Lorsqu'il s'agit d'interpréter les termes d'une convention internationale, la qualification présente certaines particularités selon que la convention en question fournit ou pas des précisions quant à la définition des notions employées dans son corpus. Si la convention fournit la définition des notions, celle-ci s'impose aux tribunaux des États signataires avec la même force que le traité lui-même. Quelques exemples de telles définitions internationales se retrouvent notamment dans le domaine du statut personnel[962]. Parfois le traité se contente de renvoyer à un mode d'interprétation, soit au droit interne des États contractants[963], soit à une liste de directives d'interprétation prescrivant, à l'inverse, de s'écarter des qualifications internes pour rechercher une interprétation uniforme et conforme aux finalités du traité[964]. De telles qualifications communes sont néanmoins exceptionnelles, les États se mettant plus facilement d'accord sur des formules assez générales que sur les détails du corps de ces formules.

684. En l'absence de précisions du traité sur ses modalités d'interprétation, on tient compte des principes généraux du droit international public sur l'interprétation et la mise en œuvre par les États de leurs obligations conventionnelles[965]. Ainsi, les États sont, en principe, libres de dégager le sens des dispositions de celui-ci de bonne foi, c'est-à-dire conformément aux buts du traité, aux intentions de ses auteurs, à son économie générale, voire en s'inspirant de précédents dans

[962] Voy. la définition donnée dans les accords de Montreux du 8 mai 1937 destinés à supprimer les derniers vestiges en Égypte du régime des capitulations, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1938, p. 728.

[963] Voy. l'article 12 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la protection des mineurs renvoyant cumulativement à la loi nationale et à celle de la résidence de la personne à protéger pour définir la minorité.

[964] Voy., par exemple, l'article 18 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui prévoit qu' « aux fins de l'interprétation et de l'application des règles uniformes qui précèdent, il sera tenu compte de leur caractère international et de l'opportunité de parvenir à l'uniformité dans la façon dont elles sont interprétées et appliquées ». De même, l'article 16 de la Convention de La Haye du 22 Décembre 1986 relative à la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, prévoit que « lors de l'interprétation de la Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ».

[965] Voy., en particulier, l'article 31-1 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, prévoyant qu'un traité « doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ».

l'application de notions similaires utilisées dans d'autres traités. Ce genre de précisions générales entraîne, cependant, une certaine liberté d'interprétation qui risque de créer des différences au niveau des interprétations réalisées par les juges appartenant aux différents systèmes juridiques. Or, dans la mesure où l'application de la loi étrangère dépend du terme conventionnel, les différentes interprétations de ce terme peuvent donner lieu à une diversité de lois étrangères applicables pour une même situation jugée par des juges appartenant aux systèmes juridiques différents.

685. La solution qui s'impose pour ce type de situations serait l'adoption, par les États signataires, de qualifications communes, susceptibles d'être acceptées de tous et de donner un effet utile aux stipulations du traité[966].

b. Droit de l'Union européenne et qualification

686. Que l'on se retrouve, lors de la mise en œuvre du droit de l'Union européenne, face à une éventuelle application de la loi étrangère d'un autre État membre ou d'un État tiers, cette application est influencée par l'interprétation réalisée par la Cour de justice en ce qui concerne les règles de conflit se trouvant dans les instruments du droit de l'Union européenne (comme les Règlement Rome I, Rome II, etc.). En effet, il ne suffit pas de prévoir des règles de conflit uniformisant le droit international privé des États membres en matière de conflits de lois ; il est également nécessaire, lors de la mise en œuvre de ces règles de conflit, d'interpréter leur contenu de la même manière dans les divers États membres de l'Union européenne.

687. Il faut également souligner l'importance, en matière de conflits de lois, d'une méthode d'interprétation des règles de conflit, issues des instruments du droit de l'union européenne, qui soit la prolongation de la méthode d'interprétation développée à l'égard de la plupart des dispositions de la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. En effet, les instruments du droit de l'Union européenne adoptés en matière de conflit de juridictions sont en lien très étroit avec les instruments adoptés en matière de conflit de lois, chose qui impose une coordination des méthodes d'interprétation des concepts-clé. Ainsi, conformément à la méthode l'interprétation des concepts[967] en matière de conflit de juridictions, il ne faut pas se référer à un droit d'un État, mais à deux choses, respectivement, aux objectifs et système de la Convention et aux principes

[966] Pour une étude d'ensemble de tous les procédés selon les différents types de conventions, voir K. PARROT, *L'interprétation des conventions de droit international privé*, Dalloz, 2006.
[967] CJCE, 14 oct. 1976, *LTU Luftransportunternehmen GmbH c/ Eurocontrol*, C-cas 29/76, *Rec.,* p. 1976-01541.

généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes de droit nationaux. De ce point de vue, l'interprétation de la Convention de Bruxelles et des règlements Bruxelles I (remplacé par le Règlement Bruxelles I bis n°1215/2012 du 12 décembre 2012 à compter du 10 janvier 2015 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale) et Bruxelles II bis, ont été l'occasion d'élaborer de nombreuses notions autonomes et quelques exemples en ce sens peuvent nous fournir une image d'ensemble de la situation actuelle.

688. Par exemple, la notion de « matière civile et commerciale » a été définie par la Cour de justice à l'occasion de plusieurs arrêts. Lors de l'arrêt *Eurocontrol* du 14 octobre 1976[968], elle a retenu une notion large de la matière civile et commerciale pour obtenir une meilleure circulation des jugements. La position a été confirmée par la Cour de justice dans les arrêts du 1er octobre 2002, *Henkel*[969], ou celui du 15 février 2007, *Lechiroutou*[970]. De même, la notion de « matière contractuelle » a été définie de manière autonome par la jurisprudence de la Cour de justice, ce qui exclut « le renvoi au droit interne de l'un ou l'autre des États concernés pour déterminer ce qui relève de la matière contractuelle »[971]. Cela veut dire que n'est pas forcément un contrat au sens de l'ancien l'article 5.1 du Règlement Bruxelles 1[972], remplacé par l'article 7 du Règlement Bruxelles I bis[973], ce qui le serait en droit interne et réciproquement. Selon la jurisprudence de la

[968] CJCE, 14 oct. 1976, *LTU Luftransportunternehmen GmbH c/ Eurocontrol, préc.*

[969] CJCE, 1er octobre 2002, *Verein für Konsumenteninformation c/ Karl Heinz Henkel*, C-167/00. *Rec.,* p. I-08111.

[970] CJCE, 15 févr. 2007, *Eirini Lechouritou et autres c/ Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*, C-292/05, *Rec.,* p. I-01519.

[971] CJCE, 22 mars 1983, *Martin Peters*, C-34/82, *Rec.,* p. 1983-00987 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1983, p. 667, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1983, p. 834, obs. A. HUET.

[972] « Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attraite, 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 ; »

[973] « Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attraite dans un autre État membre :
1) a) en matière contractuelle, devant la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande ;
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 ; »

Cour de justice, il y a un contrat lorsqu'il y a « engagement librement assumé »[974]. A défaut, la situation ne relève pas de la qualification contractuelle. La Cour de justice précise également les contours de cette matière par voie d'exclusion. Elle a appliqué strictement le critère dégagé dans l'arrêt *Jacob Handte* pour exclure de la matière contractuelle l'action directe en garantie des vices cachés du sous-acquéreur contre le fabricant d'un produit[975]. Cette action relève de la matière délictuelle en droit judiciaire européen, la décision ayant a été confirmée par la suite[976], alors qu'en droit interne français elle est considérée comme contractuelle. Il existe donc des différences de qualification selon que l'on raisonne dans l'ordre interne ou dans l'ordre international, car la Cour de cassation française a maintenu sa qualification contractuelle. Ainsi, lorsqu'il n'existe pas d'élément d'extranéité, l'action en responsabilité entre sous-acquéreur et fabricant est nécessairement contractuelle ; lorsque le groupe de contrat présente des éléments d'extranéité et qu'il faut déterminer le tribunal compétent, l'action est extra contractuelle. De même, dans l'arrêt *Optelec* de la 1re chambre civile du 15 mai 2001[977] la Cour de cassation a considéré que la rupture abusive était un problème contractuel et que les actes de captation de clientèle étaient la conséquence directe de cette rupture et devaient donc recevoir la même qualification juridique, faisant jouer ainsi l'article 5-1 du Règlement Bruxelles 1 (remplacé par l'article 7 du Règlement Bruxelles I bis)[978].

---

[974] CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handle*, C-26/91, *Rec.,* p. I-03967: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1992, p. 730, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1993, p. 469, obs. J.-M. BISCHOFF ; *D.* 1993. somm. 214, obs. J. KULLMANN; *R.T.D.Civ.* 1993 p. 131, obs. P. JOURDAIN.

[975] La Cour de justice a précisé, dans ce cas, qu' »il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers l'autre », voy. CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte*, préc.

[976] CJCE, 27 octobre 1998, *La Réunion européenne,* C-5/97, *Rec.* I-06511 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1999, p. 322, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1999, p.625, obs. F. LECLER.

[977] Cass., 1re civ., 15 mai 2001, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2002, p. 86, note P. LAGARDE, *JDI* 2001, p.128, note A. HUET, *JCP* G 2001. II. 10634, note J. RAYMOND, *D.* 2002, p. 198, note C. DILOY, *Lamy Dr. aff.* n° 2898 (févr. 2002), 5, note H. KENFACK ; depuis cet arrêt la jurisprudence française avait considéré, pour l'application de l'article 4 de la Convention de Rome au contrat de distribution, que la « prestation caractéristique » au sens du paragraphe 2 de cet article est celle du fournisseur, ce qui entraîne l'application de la loi du lieu de la résidence habituelle de celui-ci. A l'inverse, la jurisprudence allemande s'est très tôt prononcée en faveur de la prestation du distributeur (la jurisprudence allemande a su parvenir à une certaine stabilité, en décidant dès 1992, à l'occasion de la première application de l'art. 28 EGBGB (entré en vigueur le 1er septembre 1986 et « transposant » l'article 4 de la Convention de Rome en droit interne) à un contrat de distribution, que « l'interprétation du contrat conduit à constater que la prestation contractuelle caractéristique incombe au distributeur allemand, et par conséquent, le droit allemand est applicable au contrat ». Le tribunal régional supérieur de Koblenz considère, au soutien de sa décision, que la commercialisation des marchandises, qui est une obligation indépendante des obligations de fourniture des marchandises et de paiement du prix, « imprègne le contrat et lui confère sa structure » (OLG Koblenz, 16 janvier 1992, *Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrecht* 1994, *S.* 46/47, obs. A. SCHURIG). Le Règlement Rome I a mis un terme à ces divergences de jurisprudence en disposant, dans son article 4.1 f), qu'à défaut de choix de loi, « le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle ».

[978] Règlement Bruxelles I bis, préc.

689. La notion de « délit » est définie également de manière autonome par la Cour de justice par rapport à la matière contractuelle, la frontière entre les deux n'étant donc pas la même que celle du droit interne des États membres. Ainsi, est délictuelle ou quasi délictuelle « toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité du défendeur, et qui ne se rattache pas à la matière contractuelle »[979]. Relèvent ainsi du domaine délictuel les actions liées aux chaînes de contrats (alors qu'elles relèvent du contrat en droit français), l'action du sous-acquéreur contre le fabricant, l'action en responsabilité précontractuelle[980], l'action en éradication de clauses abusives menée par une association de consommateurs qui n'est pas partie aux contrats litigieux[981], l'action en responsabilité pour manquement à la bonne foi dans la conclusion du contrat[982].

690. La Cour de justice a encore retenu qu'une action intentée par une entreprise en appréciation de légalité d'une action collective (une grève en l'occurrence) relevait de la matière délictuelle[983]. En revanche, l'action paulienne ne relève pas de la matière délictuelle. Elle ne met pas en cause la responsabilité du débiteur, mais a pour but de rendre un acte inopposable.

691. La notion de « services », au sens de l'ancien article 5-1 du Règlement n° 44/2001 (remplacé par l'article 7 du Règlement Bruxelles I bis) ne s'identifie pas non plus à la notion de « prestation de service « au sens du droit primaire. De même, la « résidence habituelle » au sens de l'article 8-1 du Règlement n° 2201/2003 ne saurait recevoir la même signification que celle qui lui a été donnée par la Cour de justice dans d'autres domaines du droit de l'Union européenne, tels que les conditions d'octroi d'indemnités à des fonctionnaires ou à des salariés.

692. En matière de conflit de lois il semble que la méthode systématique a été préférée au niveau du droit de l'Union puisque l'on a pris le soin, dans les considérants des instruments du droit de l'Union européenne, de préconiser une interprétation uniformisée et cohérente de tous ces règlements. Cependant, lors de la mise en oeuvre des règlements du droit de l'Union de droit international privé, le processus de qualification risque de susciter une difficulté majeure, la question étant de savoir si un même rapport de droit doit recevoir une seule qualification en matière de conflit de juridictions et de conflit de lois ou s'il peut, au contraire, faire l'objet d'une qualification différente selon qu'il s'agit de déterminer le tribunal compétent ou la loi

---

[979] CJCE, 27 septembre 1988, *Kalfelis*, 189/87, *Rec.,* p. 1988-05565 : *D.* 1989. somm. 254, obs. B. AUDIT ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, p. 215, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1989, p. 457, obs. A. HUET.

[980] Cass., 1re civ., 23 mai 2006, n° 05-16.133, F-P+B, *Sté Sotira c/ Sté Ford Werke AG* : Juris-Data n° 2006-033600.

[981] CJCE, 1er oct. 2002, *VKI*, C-167/00, *Rec.,* p. I-08111 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003, p. 682, note P. REMY-CORLAY ; *D.* 2002. Jur. 3200, note H. K. GABA ; *RTD Com.* 2003, p. 204, obs. A. MARMISSE.

[982] CJCE, 17 septembre 2002, C-513/99, *Rec.,* p. I-7251 ; Cass., 1re civ., 17 janvier 2006, *Modo Paper*, n° pourvoi 02-20636.

[983] CJCE, 5 février 2004, C-265/02, *Rec.,* p. I-01543.

applicable[984]. Il convient, par exemple, de se demander si une situation jugée délictuelle en interprétation du règlement Bruxelles I bis doit également l'être sur le terrain des conflits de lois et ainsi conduire à l'application du règlement Rome II, ou s'il est permis de la tenir pour contractuelle, afin de la soumettre au règlement Rome I.

693. On a déjà vu que la Cour de justice retient une interprétation autonome de la « matière contractuelle » (l'article 7.1 du Règlement Bruxelles I bis) et de la « matière délictuelle » (art. 7.2 du règlement Bruxelles I bis), excluant tout renvoi au droit interne des États membres[985]. Si, selon l'arrêt *Jakob Handte*, la qualification contractuelle doit être repoussée chaque fois qu'« il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre »[986], la jurisprudence *Kalfelis* impose, de son côté, de retenir une qualification délictuelle dès lors que la demande « vise à mettre en jeu la responsabilité du défendeur et (...) ne se rattache pas à la matière contractuelle »[987]. De nombreuses actions en justice, pourtant liées au droit des contrats, se retrouvent, ainsi, exclues du champ d'application de l'article 7.1 pour être soumises à l'article 7.2. Tel est, par exemple, le cas de l'action visant à régler un différend entre deux personnes qui, au sein d'un groupe ou d'une chaîne de contrats, n'ont pas directement échangé leurs consentements[988]. Il en va de même en matière de responsabilité pour rupture de pourparlers[989] ou lorsqu'une association de consommateurs cherche à obtenir l'éradication d'une clause abusive[990]. On se pose alors la question de savoir si ces qualifications, et plus généralement toutes celles qui sont retenues en application des textes de Bruxelles, doivent être coordonées avec les qualifications concernant les règlements Rome I et Rome II. Les avis sont partagés entre une conception moniste et une conception dualiste de la qualification dans le droit de l'Union européenne. Plusieurs auteurs apportent à cette question une réponse positive considérant qu'« il est souhaitable que les textes qui sont à la base d'un véritable droit international privé européen soient, aussi souvent que possible, interprétés de façon convergente et, en particulier, que la notion de « matière contractuelle » ait la même signification pour les conflits de lois et pour les conflits de juridictions »[991]. Sans doute ne peut-on pas totalement repousser une éventuelle

---

[984] *Ibidem.*
[985] Depuis CJCE, 22 mars 1983, *Martin Peters*, préc. ; voy. les considérants n° 11 et 20 du Règlement Rome II.
[986] CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte*, préc.
[987] CJCE, 27 sept. 1988, *Kalfelis*, préc.
[988] Arrêt *Jakob Handte* préc., complété par CJCE, 27 oct. 1998, *Réunion européenne*, préc.
[989] CJCE, 17 sept. 2002, *Tacconi*, C-334/00, *Rec.*,: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003, p. 668, note P. REMY-CORLAY ; *Defrénois* 2003, p. 254, note R. LIBCHABER ; *RTD Com.* 2003, p. 207, obs. A. MARMISSE.
[990] CJCE, 1er oct. 2002, *VKI*, préc.
[991] H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 3e éd., 2002, n° 183 ; voy. aussi A. HENRY, *Qualification et conflits de juridictions*, Reims, 2005, n° 617 et s. ; H. KENFACK, « Le règlement (CE) n°

« dualité d'analyses » entre compétence juridictionnelle et compétence législative, mais il faut espérer que « l'hypothèse ne sera pas fréquente »[992]. Les plaideurs et leurs juges risqueraient en effet de s'y perdre. L'unité de qualifications, plus naturelle, plus simple et plus cohérente, devrait donc prévaloir[993].

694. A l'opposé, un autre courant doctrinal se prononce en faveur d'une possible divergence des qualifications. Repoussant « la tentation du parallélisme », les partisans de cette conception voient, « entre le conflit de juridictions et le conflit de lois, une fausse symétrie » et jugent l'« unité des qualifications hors de propos »[994]. La Cour de cassation française semble se rallier à cette thèse car, par exemple, en matière de sous-traitance internationale, bien que l'action en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage relève, en vertu de la jurisprudence *Jakob Handte*, de la matière délictuelle pour ce qui est de la détermination du tribunal compétent, la haute juridiction, dans le champ des conflits de lois, rend ses arrêts sur le fondement de la Convention de Rome relative aux obligations contractuelles, et ce pour décider que la loi française est une loi de police[995]. De même, la Cour affirme que les contrats de distribution ne sont pas des contrats de services au regard de l'article 5.1 b) du Règlement Bruxelles I (actuel article 7.1 b) du Règlement Bruxelles I bis)[996], alors que le considérant n° 17 du règlement Rome I les range pourtant dans cette catégorie.

695. Conception moniste de la qualification selon les uns, approche dualiste pour les autres, il est difficile de trancher entre ces deux thèses, malgré les avantages évidents de la première. En effet, la conception dualiste de la qualification est critiquable car elle opère, non plus entre deux ordres juridiques, mais au sein d'un même ordre juridique, en l'occurrence de l'Union

593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *JDI* 2009. 1, n° 10 ; C. NOURISSAT, « Le champ d'application du règlement Rome II », *in Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), LexisNexis, Litec, 2008, p. 13, spéc. p. 20 ; S. CORNELOUP, « La responsabilité du fait des produits », in *Le règlement communautaire « Rome II », loc. cit.*, p. 85, spéc. p. 90 ; W. BOYAULT et S. LEMAIRE, note sous Cass., ch. mixte, 30 nov. 2007, *D.* 2008. Jur. 756.

[992] H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe, op. cit.,* n° 180.

[993] D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 959 ; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2014, n° 752-1.

[994] S. BOLLEE, *D.* 2007 ; *Pan.* 2568 ; voy. aussi M.-L. NIBOYET-HOEGY, G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 252 ; B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé*, Paris II, 2008, n° 44 et s.

[995] Depuis Cass., civ., ch. mixte, 30 nov. 2007, *Agintis* : *D.* 2008, *Jur.* 753, note W. BOYAULT et S. LEMAIRE, *Pan.* 1510, obs. P. COURBE, et *Pan.* 2565, obs. S. BOLLEE ; *RTD Com.* 2008, p. 456 , obs. P. DELEBECQUE ; *JCP G* 2008. II. 10000, note L. D'AVOUT ; *RDI* 2007, p. 511, avis O. GUERIN, et 2008, p. 38, obs. C. CHARBONNEAU.

[996] Depuis Cass., 1re civ., 23 janv. 2007 : *D.* 2007. *AJ.* 511, obs. E. CHEVRIER, *Jur.* 1575, note H. KENFACK, *Pan.* 2571, obs. S. BOLLEE, et 2008. *Pan.* 1514, obs. F. JAULT-SESEKE ; *JCP G* 2007. II. 10074, note T. Azzi ; *RTD Com.* 2007, p. 588, obs. B. Bouloc, et 630, obs. P. DELEBECQUE ; *RDC* 2007, p. 887, obs. P. DEUMIER ; *JDI* 2008, p. 521, note J.-M. JACQUET ; Cass., 1re civ., 9 juill. 2008 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 2008, p. 863, note D. SINDRES ; *D.* 2008. *AJ.* 2154 (sol. impl.).

européenne. Or, la qualification est un élément essentiel de l'ordre juridique: la rigueur de l'une contribue à la cohérence de l'autre. Dans la mesure du possible, il est donc préférable d'éviter, pour une situation donnée, une pluralité de qualifications car cela peut provoquer une insécurité juridique des rapports juridiques de droit international privé au niveau du droit de l'Union européenne, chose qui risque de se vérifier en matière d'application de la loi étrangère.

B. L'ASSOUPLISSEMENT DES CONCEPTS DU FOR FACE AUX NECESSITES DES SITUATIONS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

696. Le juge du for peut être amené à devoir qualifier des concepts étrangers qui lui sont inconnus ou qui se différencient légèrement des concepts qui lui sont familiers. Il peut également avoir des hésitations même en ce qui concerne certaines notions récemment introduites dans le système juridique dont il fait partie et qui peuvent être difficilement qualifiables. Dans ces cas, le risque d'une qualification erronée s'accroît et cela peut influencer l'application de la loi au rapport juridique à résoudre. Or cela peut logiquement faire opposition à une éventuelle application de la loi étrangère appelée par la règle de conflit du for à résoudre la question juridique. Dès lors s'est imposée l'idée de la nécessité d'assouplir les concepts du for afin de travailler avec des notions plus souples et plus synthétiques permettant d'incorporer des situations corrélées à des institutions étrangères. La logique impose ainsi que les catégories de rattachement des règles de conflit ne puissent pas être purement et simplement calquées sur les concepts du droit interne. De plus, ces catégories doivent délimiter des situations suffisamment homogènes pour obéir à un rattachement similaire en droit international privé.

697. La réception des institutions étrangères (1) et le respect des finalités du rattachement (2) sont à l'origine de l'autonomie des qualifications internationales par rapport aux notions du droit interne.

1. L'AUTONOMIE DE LA QUALIFICATION INTERNATIONALE TIREE DE LA RECEPTION DES INSTITUTIONS ETRANGERES

698. Malgré le principe de la qualification *lege fori*, le juge saisi d'une affaire présentant un élément d'extranéité ne doit pas pratiquer une interprétation juridique isolationniste et, si la question posée est formulée en des termes empruntés à une loi étrangère, il doit suivre plusieurs étapes d'analyse. En premier lieu, il doit rechercher la signification de l'institution visée dans le droit étranger pour, ensuite, la classer dans les catégories du for en fonction des caractères révélés par cette analyse, ce qui se traduit dans ce que l'on désigne de nos jours comme la réception des

institutions étrangères. Cependant, la réception des institutions étrangères présente certaines particularités en fonction du caractère ressemblant (a) ou inconnu de celles-ci par rapport aux institutions de droit interne (b).

a. Le caractère ressemblant des institutions étrangères.

699. Lorsque les institutions étrangères présentent des ressemblances avec celles du for, la situation présente le moins de difficultés car les prétentions fondées sur le droit étranger sont suffisamment familières pour le juge pour pouvoir les placer dans les catégories du for. Le juge doit donc rechercher la fonction de l'institution étrangère et trouver son équivalent dans le droit du for. Par exemple, la jurisprudence française a étendu la catégorie de la filiation à des actions fondées sur des droits étrangers n'établissant qu'un rapport purement alimentaire sans incidence sur l'état des personnes concernées, à une époque où le droit français ignorait les actions purement alimentaires et où ce type d'actions ne faisait pas l'objet d'un rattachement spécifique[997].

700. L'on a également pu observer beaucoup de souplesse avec l'ouverture de la catégorie mariage aux unions polygamiques[998], la jurisprudence française retenant une conception très abstraite du mariage qui se réduit à la manière d'institutionnaliser l'union entre les sexes dans une société donnée. La réception de cette institution en France a représenté un grand défi à cause de la base judéo-chrétienne[999] de la société française mais finalement la jurisprudence est restée constante en la matière : du moment où le second mariage d'un homme a été célébré sans fraude à l'étranger et en conformité avec son statut personnel autorisant la polygamie, sa validité est reconnue par l'ordre juridique français en vertu de la « théorie de l'effet atténué de l'ordre public ». Ainsi, la Cour de cassation a reconnu à la seconde épouse le droit à une créance

[997] Voy. Cass., civ., 30 nov. 1938 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1939, p. 283, note H. BATIFFOL.

[998] Voy. Cass, civ., 28 janv. 1958: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1958, p. 110, note R. JAMBU-MERLIN ; voy. B. BOURDELOIS, *Mariage polygamique et droit positif français*, préf. P. BOUREL, éd. GLN Joly, 1993 qui considère que l'opposition culturelle se retrouve au stade de l'application du droit étranger et du déclenchement de l'exception d'ordre public.

[999] Il est vrai cependant que l'on a pu comparer la polygamie à la situation d'hommes divorcés et mariés (« polygamie successive »), d'autant que le droit français admet le partage de la pension de réversion après décès du mari, entre l'épouse et l'ex-épouse si celle-ci ne s'est pas remariée après le divorce, voy. Y. LEQUETTE, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, p. 73, note sous Cass., 1re civ., 6 juillet 1988, *Baaziz*. Cette solution, si elle est équitable au regard des droits acquis par la première épouse sur la retraite de son mari pendant le temps qu'a duré le premier mariage, n'en aboutit pas moins à une répartition de la pension qui s'apparente à celle opérée entre les deux épouses d'un homme polygame. Par ailleurs, les ressortissants français de Mayotte pouvaient jusqu'à loi du 21 juillet 2003 être polygames s'ils n'avaient pas renoncé à leur statut local musulman.

alimentaire dont le mari est débiteur au titre de sa contribution aux charges du ménage[1000] ; de même a-t-elle admis que la seconde épouse d'un homme de nationalité étrangère polygame ainsi que ses enfants légitimes puissent prétendre aux droits reconnus au conjoint survivant par la loi successorale française[1001]. Il est également acquis que le versement de la pension de réversion doit être partagé entre les deux épouses du défunt, sous réserve que les deux femmes soient originaires d'un pays autorisant la polygamie[1002]. En revanche si la première épouse est française, « la conception française de l'ordre public international s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise des effets à l'encontre de celle-ci »[1003]. Le facteur de la proximité avec l'ordre juridique français est, ainsi, introduit pour corriger l'appréciation de l'éloignement initial, c'est-à-dire la constitution à l'étranger de la situation polygamique, d'avec le système juridique français. Les effets découlant du second mariage sont ainsi neutralisés parce que la première épouse était française et s'était retrouvée dans une union polygamique proscrite par le droit français. La nationalité française de la première épouse constitue donc un élément de proximité avec la France qui permet ainsi de pallier la défaillance de l'ordre public qui ne pourrait intervenir si l'on s'en tenait à la théorie de l'effet atténué.

701. De même, la répudiation musulmane est assimilée, en jurisprudence et dans le droit conventionnel[1004], à un divorce. Cette situation peut intervenir au sein des couples étrangers résidant en France, originaires d'un État musulman: au moment où la femme délaissée forme contre son mari une demande en divorce ou en contribution aux charges du mariage devant les juges français, celui-ci fait un rapide séjour dans le pays de leur nationalité commune afin de faire homologuer devant les autorités locales la répudiation de son épouse, permise par sa loi nationale. Par cet expédient produit au cours de la procédure de divorce en France, le mari tend à se soustraire aux contraintes financières qui pourraient résulter du jugement sur la contribution à

[1000] Cass., 1re civ., sect., 28 janvier 1958 et 19 février 1963, *Chemouni*, *in* B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GAJDIP*, n° 30-31.

[1001] Cass., 1re civ., 3 janvier 1980, *Bendeddouche*, *GAJDIP*, n° 61.

[1002] Cass., 1re civ., 22 avril 1986, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1987, p. 374, note P. COURBE ; Cass., 2e civ., 14 février 2007, préc.

[1003] Y. LEQUETTE, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1989, p. 73, note sous Cass., 1re civ., 6 juillet 1988, *Baaziz*.

[1004] Voy. l'article 13 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 rélative au statut des personnes et de la famille et a la cooperation judiciaire : « Les actes constatant la dissolution du lien conjugal homologués par un juge au Maroc entre conjoints de nationalité marocaine dans les formes prévues par leur loi nationale produisent effet en France dans les mêmes conditions que les jugements de divorce prononcés à l'étranger. Lorsqu'ils sont devenus irrévocables, les actes constatant la dissolution du lien conjugal selon la loi marocaine entre un mari de nationalité marocaine et son épouse de nationalité française, dressés et homologués par un juge au Maroc, produisent effet en France à la demande de la femme dans les mêmes conditions que les jugements de divorce. »

l'entretien du ménage ou du prononcé d'un divorce à ses torts[1005]. En matière de répudiations, la jurisprudence a été hésitante et sinueuse. Si la Cour de cassation s'est d'abord montrée favorable à la reconnaissance des répudiations[1006], un mouvement jurisprudentiel en sens inverse a finalement indiqué que « même si elle résultait d'une procédure contradictoire et loyale, la décision constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et en privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien conjugal était contraire […] à l'ordre public international »[1007].

702. En revanche, des objets d'art garnissant un palais, frappés d'oukases au début du XIXe siècle dans la Russie tsariste, pour les affecter à un majorat perpétuel et les rendre intangibles et indivisibles, n'ont pas été jugés remplir les critères des immeubles par destination au sens de la catégorie du droit français. Ils ont donc été considérés comme des meubles, après une analyse du statut particulier conféré à ces biens par le droit étranger[1008].

b. Le caractère inconnu des institutions étrangères

703. Les problèmes de qualification difficiles peuvent survenir en particulier lorsque la qualification conformément à la *lex fori* doit être effectuée en ce qui concerne les phénomènes juridiques étrangers qui sont inconnus dans le système juridique du for. Ainsi, les règles de conflit du for concernent habituellement les relations juridiques et les problèmes juridiques connus dans le droit privé matériel du for. Ils peuvent ainsi regarder, par exemple, la conclusion, la dissolution et les effets du mariage, la validité des testaments et des contrats, l'établissement des obligations alimentaires envers les enfants, etc.

704. Il n'y a, normalement, pas de règles de conflit établies pour les institutions juridiques inconnues de la *lex fori*. Il est rare, par exemple, que les État s non-islamiques adoptent des règles de conflit concernant des questions telles que la *kafala* ou le *mahr* musulman (la dot de la mariée

---

[1005] Si la répudiation s'accompagne de subsides versés à l'épouse répudiée, les conséquences financières sont en tout cas plus favorables au mari que celles qui résulteront d'une procédure de divorce ou d'une action en contribution aux charges du mariage.

[1006] En se fondant, comme pour le mariage polygamique, sur la théorie de l'effet atténué de l'ordre public, notamment dans la période qui a suivi l'entrée en vigueur de la Convention franco-marocaine de 1981 qui cherchait à assimiler les répudiations marocaines à des divorces de façon à désamorcer l'intervention de l'ordre public international français. Cela a provoqué la discrimination indirectement admise en France entre l'homme et la femme suscita une forte contestation, d'autant plus que celui qui avait répudié sa femme continuait de vivre sur le sol français.

[1007] Cass., 1re civ., 17 février 2004 (5 arrêts), *D.* 2004, p. 825, note F. CAVARROC ; *JCP G* 2004. II. 10128, note H. FULCHIRON, note P. HAMMJE ; S. PRIGENT, « Répudiations musulmanes : effets des jugements étrangers en France », *Dr. fam.*, n° 4, p. 4-6.

[1008] Trib. GI Seine, 12 janv. 1966, *Stroganoff*, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1967, p. 120, note Y. LOUSSOUARN.

à payer par l'époux). Cela signifie-t-il que les dispositions matérielles concernant les institutions juridiques étrangères inconnues par la *lex fori* ne peuvent pas être appliquées et qu'elles ne peuvent donc pas avoir d'effets dans l'État du for? Pourtant, l'un des principaux objectifs du droit international privé est de veiller à ce que les relations de droit privé soient régies par le système juridique avec lequel elles sont le plus étroitement et de manière significative connectées. Si une situation est tellement reliée avec un État étranger, il est normalement approprié d'appliquer même des règles de cet État qui n'ont pas d'équivalent dans la *lex fori*, à condition bien sûr que leur application ne viole pas l'ordre public du for. Or, une institution juridique qui ne correspond pas à la *lex fori* n'est pas nécessairement incompatible avec l'ordre public du for[1009].

705. Dans des nombreux États, les règles de conflit ne sont pas exhaustives et laissent des lacunes importantes à combler par les activités créatives des tribunaux. Il est aussi assez fréquent qu'une règle de conflit soit formulée ou puisse au moins être interprétée d'une manière générale telle qu'elle couvre même certaines institutions juridiques non existantes en droit privé matériel de l'État du for. Savoir si une relation juridique particulière est vraiment inconnue dans la *lex fori* peut dépendre du niveau de généralisation. Ainsi, le *trust* peut être considéré, en France, comme une institution inconnue, mais il peut, au contraire, être considéré simplement comme un type spécial de la notion de « fiducie ». De même, une question semblable se pose pour savoir si les mariages entre personnes de même sexe, existant aujourd'hui dans certains État s comme la Belgique, le Pays-Bas, l'Espagne, la Suède, la France, sont, aux yeux des tribunaux des autres État s, considérés comme des institutions inconnues ou tout simplement comme une variété des concepts de mariage ou de partenariat enregistré.

706. Les concepts utilisés dans les règles de conflit de l'État du for doivent être interprétés d'une façon assez large afin d'intégrer les institutions juridiques étrangères, qui ne correspondent pas exactement mais sont étroitement liées à leurs homologues contenues dans la loi du pays du for. Certes, la qualification ou la requalification de certaines institutions juridiques inconnues afin de les réceptionner dans le système juridique du for n'est pas toujours simple. Il peut même arriver que les différents aspects de la même institution juridique étrangère soient régis par des différentes règles de conflit du for. Par exemple, le *mahr* musulman a été soumis à la règle de conflit suédoise sur les obligations alimentaires entre ex-conjoints, mais aussi à celle concernant le régime matrimonial des époux. Ainsi, lorsque l'institution étrangère est inconnue du système du

[1009] A. BUCHER, *Rec. cours La Haye*, vol. 239, 1993, p. 23.

for il est plus difficile pour le juge de la classer dans une catégorie du for. C'est ainsi le cas, par exemple, du *trust* du droit anglo-saxon (α), de la *kafala (β)* ou du *mahr* du droit musulman (χ).

α. Le trust

707. C'est l'institution du droit anglo-saxon[1010] qui a suscité de nombreuses hésitations en dehors de ce système juridique. Le *trust* est une structure de gestion patrimoniale permettant à une personne de détenir un bien au profit d'une autre personne. Le mécanisme de base du *trust* consiste en ce qu'une personne (le constituant, *settlor*) extrait des biens de son patrimoine personnel et en transfère la propriété à une autre personne (le *trustee*), laquelle doit les administrer dans l'intérêt d'une troisième personne (le bénéficiaire, *beneficiary*)[1011]. Le constituant peut également, s'il le souhaite, désigner une personne en laquelle il a confiance pour surveiller que le *trust*ee agit bien conformément à sa volonté (*protector*).

708. En droit français, l'institution a été considérée, selon l'aspect que l'on fait prédominer, comme un contrat, une libéralité, une technique de gestion du patrimoine ou de protection des personnes, une institution successorale ou même une personne morale[1012]. Le *trust* est considéré aujourd'hui comme présentant un fort lien avec la fiducie, consacrée en droit français[1013], mais par rapport à laquelle il conserve quelques distances[1014]. Il faut bien se poser la question des motivations qui ont mené à une telle attitude hésitante de la part de la jurisprudence française. En effet, ce sont trois éléments qui l'ont provoquée, à savoir, la multiplicité des fonctions du *trust*[1015],

---

[1010] Même si le *trust* est une institution typiquement anglo-saxonne, dont les racines plongent dans le droit anglais, on le retrouve dans certains États de tradition civiliste qui ont créé des institutions juridiques inspirées du *trust* anglo-saxon. Ainsi le *trust*, ou des formes d'institutions juridiques dérivées du *trust*, existe notamment dans le droit des États suivants: Afrique du Sud, Argentine, Colombie, Ecosse, Israël, Japon, Liechtenstein, Louisiane, Mexique, Panama, Philippines, Québec, Venezuela, L. THEVENOZ, *Trusts en Suisse: Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie*, Zurich 2001, p. 18-19.

[1011] Par souci de simplification, nous utiliserons les termes « *trustee* » et « bénéficiaire » au singulier, tout en précisant qu'il peut y avoir plusieurs *trustees* et/ou plusieurs bénéficiaires d'un même *trust*.

[1012] Le *trust* est bien en effet une entité juridique sans existence matérielle, organisée selon les modalités de l'acte constitutif, distincte des éléments qui la composent, tirant son altérité d'un acte créateur, dotée d'un patrimoine autonome et liée à une personne, le *trust*ee, habilitée à la rendre titulaire de droits et de devoirs. Comp. avec la définition de la personnalité morale comme « l'aptitude à être sujet de droit conférée à une entité juridique distincte des éléments qui la composent », P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ, 6e éd., 2015, n° 303.

[1013] Art. 2011 C. civ. ajouté par la loi du 19 février 2007.

[1014] La différence essentielle tient à l'originalité irréductible d'un démembrement de propriété entre, d'une part, une propriété gestion à la charge du *trust*ee et, d'autre part, une propriété jouissance au profit du ou des bénéficiaires créant des droits réels et personnels dévolus à l'un et aux autres, dont la nature juridique originale reste discutée.

[1015] De ce fait, dans la *Common Law*, le *trust* est un instrument juridique couramment utilisé pour remplir des fonctions qui sont attribuées à plusieurs sortes d'instruments juridiques dans les droits ne connaissant pas cette institution. Le *trust* peut, par exemple, servir d'outil de planification successorale, de protection contre soi-même (notamment en cas de prodigalité), de protection contre les créanciers, de planification fiscale, de charité, d'investissement, de rémunération (notamment des cadres d'une société), de fonds de pension, etc. Sur les diverses fonctions qui peuvent être attribuées à un *trust*, voy. D.W.M. WATERS, *The institution of the trust in civil and*

la très grande souplesse de ce mécanisme (modulable au gré du constituant) et l'originalité de l'institution[1016].

709. On peut observer une tendance de la jurisprudence française d'aller vers une reconnaissance *sui generis* du *trust* en affirmant notamment dans un jugement du tribunal de grande instance de Bayonne que « le *trustee* est plus qu'un administrateur ou un mandataire; qu'il doit être considéré comme ayant, à un certain moment, la propriété des biens héréditaires (...) que le *trustee* est un propriétaire dont les prérogatives sont limitées par l'acte de constitution du *trust* et par les règles de l'équity »[1017]. Le *trust* constitué à l'étranger en conformité avec une loi qui connaît cette institution, est donc reconnu comme un démembrement particulier du droit de propriété, inconnu de la liste des droits réels français mais qui peut produire en France tous ses effets, sous réserve du respect des dispositions impératives de la loi successorale (principalement la protection de la réserve) de la protection des droits des tiers sur les biens situés en France[1018] et des droits du fisc[1019].

710. La méthode, adoptée également dans la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 sur la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance[1020] (ci-dessous - CLaH-*Trust*), a le mérite de ne pas forcer les catégories du for et de ne pas dénaturer l'institution, le *trust* étant reconnu en tant que tel s'il a été constitué à l'étranger en conformité avec une loi choisie par le constituant qui connaît cette institution. Elle revient à désigner la loi du pays dans lequel le *trust* a été constitué. C'est également l'attitude adoptée par le législateur suisse puisque celui-ci a renoncé à formuler une définition propre du *trust* et s'est contenté de renvoyer à la définition retenue à l'art. 2 de La Convention de La Haye du 1er juillet 1985[1021], respectivement à l'article 149 a de la Loi fédérale

---

common law, *Rec. cours La Haye*, vol. 252, 1995, p. 113-453 ; D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN, H.L.E. VERHAGEN (éd.), *Principles of European Trust Law*, La Haye 1999, p. 5-9.

[1016] Cette originalité tient à la réunion de plusieurs éléments caractéristiques: une relation triangulaire entre constituant, *trustee* et bénéficiaires (même si une même personne, physique ou morale, peut intervenir en ces trois qualités) résultant d'un acte conclu entre vifs ou d'une disposition testamentaire ; la transmission de biens pour être affectés à un but particulier ou à des personnes déterminées, les bénéficiaires ; la gestion de ces biens par une personne, le *trustee*, susceptible de disposer sur ceux-ci de pouvoirs aussi larges que ceux d'un propriétaire, sans pour autant que ces biens n'entrent dans son patrimoine personnel.

[1017] Trib. GI Bayonne, 28 avr. 1975, *JCP* 1975. II. 18 168, note R. BONNAIS, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1976, p. 331, note A. NECKER ; voy. CA Paris, 10 janv. 1970, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1971, p. 518, note G.A.L. DROZ, *D.* 1972, p. 122, note P. MALAURIE.

[1018] J.-P. BERAUDO, V° « Trust », *Rép. intern. D.* 2012, n° 39 et G. A. L. DROZ, *J.-Cl. dr. int.,* fasc. 557-30, n° 82.

[1019] Voy. Cass, com., 31 mars 2009, n° 07-21219 qui regarde les biens du *trust* comme restés dans le patrimoine du constituant pour le calcul de l'ISF.

[1020] Convention signée par la France mais pas encore ratifiée.

[1021] La Convention de La Haye, du 1er juillet 1985, relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance (CLaH-*Trust*) est entrée en vigueur le 1er juillet 2007 pour la Suisse.

sur le droit international privé (LDIP)[1022]. Ainsi, pour caractériser un *trust* le juge suisse tient compte de trois traits essentiels qui surgissent de la définition prévue par l'article 2 CLaH-*Trust*, qui affirme qu'il y a *trust* chaque fois qu'on est en présence de « relations juridiques créées par une personne, le constituant - par actes entre vifs ou à cause de mort - lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé ». Il faut faire l'observation que cette définition ne vise que les *trust*s créés par la manifestation de volonté du constituant (art. 3 CLaH-*Trust*). Elle concerne donc essentiellement les *express trusts*. Si l'un de ces traits fait défaut, le Chapitre 9 a de la LDIP est inapplicable[1023]. Dans ce cas, l'institution juridique considérée doit être qualifiée de manière à déterminer la catégorie du droit international privé suisse avec laquelle elle a le plus de points de convergence[1024]. Si elle présente une organisation suffisante pour entrer dans la notion de « société » retenue à l'art. 150 LDIP, les règles de conflit du chapitre 10 de la LDIP lui seront applicables[1025]. L'exemple suisse montre qu'à travers l'entrée en vigueur de la CLaH-*Trust* le *trust* n'est pas en soi incompatible avec les systèmes d'inspiration civiliste.

711. Cependant, le *trust* reste une institution juridique étrangère aux systèmes juridiques autres que le système anglo-saxon dès lors qu'il est impossible de constituer un *trust* expressément prévu par leurs droits matériels. De ce fait, le *trust* doit être apprivoisé pour pouvoir concilier ses effets juridiques avec l'ordre juridique d'inspiration civiliste, les principaux points de friction apparaissant en matière de droit des successions[1026] et de droits réels immobiliers[1027].

[1022] F. GUILLAUME, « *Trust*, réserves héréditaires et immeubles », *AJP*, 1/2009, p. 34.

[1023] Par exemple, le C. civ. russe contient une institution juridique permettant à une personne de transmettre des biens à une autre personne à charge pour celle-ci de les gérer dans l'intérêt du constituant ou d'un tiers (art. 1012 et s. du C. civ. russe). Cette institution ne peut pas être qualifiée de *trust*, dès lors que le constituant conserve la propriété des biens ; elle sera probablement qualifiée de contrat en droit international privé suisse, au vu de ses points communs avec la fiducie.

[1024] F. GUILLAUME, « Incompatibilité du trust avec le droit suisse? Un mythe s'effrite », *RSDIE* 2000, p. 1-36.

[1025] F. GUILLAUME, *Lex sociétatis-Principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse*, Zurich 2001, p. 26-39.

[1026] Dans le domaine des successions, le *trust* soulève la question de savoir s'il est possible de ne pas respecter les exigences du droit national visant à protéger les héritiers réservataires en constituant un *trust* ? La réponse à cette question dépend de la loi applicable à la succession. Lorsque la loi du for est applicable, les prescriptions du droit national relatives aux réserves héréditaires doivent être respectées. Dans ce cas, si l'existence d'un *trust* a pour conséquence que les héritiers réservataires sont lésés, ils peuvent faire valoir leurs droits sur les biens en *trust* au moyen d'une action en réduction dirigée aussi bien contre le *trustee* que les bénéficiaires du *trust*, comme le prévoit par exemple l'article 522 du C. civ. Suisse. Lorsqu'une loi étrangère est applicable à la succession du constituant, ce droit détermine si une partie de son patrimoine doit être réservée en faveur d'une catégorie d'héritiers et quels sont les moyens à disposition de ces derniers pour protéger leurs droits. S'il s'agit d'un droit libéral comme le droit suisse qui permet à une personne de nationalité étrangère de soumettre sa succession à son droit national au moyen d'une *professio juris* (art. 90 al. 2 LDIP), on peut contourner les réserves héréditaires prescrites par le droit suisse, car la loi étrangère choisie sera seule applicable pour définir dans quelle mesure elle est libre de disposer de ses biens à son décès.

β. La kafala

712. La *kafala* représente un autre exemple d'institution étrangère difficile à qualifier. Dans la plupart des États de religion musulmane, l'adoption (*At-Tabani*), est interdite, la Tunisie faisant exception[1028]. À sa place, l'on utilise, dans ces États, une autre mesure de protection dont peut jouir un mineur et qui est connue sous le nom de *kafala*. Il s'agit d'une institution en vertu de laquelle le *kafil* (titulaire de la *kafala*) s'engage volontairement à prendre en charge l'entretien, l'éducation et la protection du mineur (*makful*) de la même manière qu'un père le ferait pour son propre enfant. Toutefois, le *kafil* ne s'engage pas uniquement à entretenir et prendre un mineur à sa charge mais aussi à l'éduquer dans la foi musulmane. Cette institution n'a donc pas seulement pour objectif de protéger le mineur mais également de garantir le respect de ses origines, son identité personnelle, sa nationalité et par conséquent son appartenance à ce qui est établi dans le statut personnel[1029].

713. Il existe deux types de *kafala*. D'un côté, il existe la *kafala* « intrafamiliale/notariale », qui confie l'entretien du mineur directement par les parents biologiques à un membre de la famille ou à une tierce personne n'appartenant pas au cercle familial, bien que, parfois, la *kafala* soit octroyée entre père et mère ou vice versa. Ce type de *kafala* est considéré comme un simple accord privé entre les parties[1030] - parent(s)/*kafil*(es) - qui peut être passé par-devant notaire à des fins d'authentification, voire faire l'objet ultérieurement d'une ratification par l'autorité judiciaire compétente. D'un autre côté, il existe la *kafala* instituée pour un mineur préalablement abandonné. Dans ce cas, le *kafil* se voit habituellement confier la tutelle dative ou la

---

[1027] La localisation d'un immeuble présent dans le patrimoine du *trust* soulève la question de la validité du titre d'acquisition. Lorsqu'un immeuble est transféré dans le fonds d'un *trust* ou est distribué à un bénéficiaire du *trust*, le *trustdeed* constitue le titre d'acquisition. Comme celui-ci est établi conformément à la loi étrangère applicable au *trust*, il doit respecter non seulement les conditions formelles de validité prescrites par cette loi, mais aussi celles prescrites par la *lex fori*. Ainsi, par exemple, le *trustdeed* doit être formalisé en la forme authentique lorsqu'il est qualifié de contrat au sens de l'art. 657 al. 1 du C. civ. suisse. Si cette condition ne pose pas de difficulté lorsque le *trust* deed a été fait en la forme authentique à l'étranger, la situation se complique lorsque tel n'est pas le cas. Il devrait néanmoins être possible de faire un acte distinct, en la forme authentique, régissant le transfert de la propriété de l'immeuble. Une autre question se pose en rapport avec la protection des tiers qui ont acquis de bonne foi des droits sur un immeuble en *trust*. Lorsque le *trustee* a vendu ce dernier à un tiers - ou a constitué un droit réel limité dessus en faveur d'un tiers -, alors qu'il n'était pas en droit de le faire, la protection du tiers dépend de sa bonne foi.
Ainsi, par exemple, en droit suisse, en l'absence de mention au registre foncier, tout acquéreur de bonne foi sera maintenu dans son acquisition (art. 973 al. 1 CC). Les bénéficiaires du *trust* ne pourront dès lors pas revendiquer l'immeuble. Une procédure de revendication sera en revanche possible pour empêcher que l'immeuble fasse l'objet d'une procédure d'exécution forcée pour désintéresser un créancier personnel du *trustee* (art. 106 et s., 242 al. 2 et 284 b LP).

[1028] A travers la Loi n° 58-27 du 4 mars 1958 relative à l'adoption dont certains articles ont été modifiés par la loi 59-69 du 19 juin 1959.

[1029] N.M. ESCALONA, « Reconnaissance et efficacité de la kafala marocaine dans l'ordre juridique espagnol », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2015 p. 89.

[1030] *Ibidem.*

représentation légale du mineur. La *kafala* permet donc à une personne ou une famille musulmane de recueillir un enfant, de l'élever, de lui donner éventuellement son nom, voire de le rendre bénéficiaire d'un legs successoral mais elle exclut par essence la création d'un lien de filiation. Cette forme de recueil, notariée ou judiciaire, est trop originale pour correspondre à une catégorie du droit français. Ainsi, de la même façon que pour le *trust*, l'on a proposé plusieurs qualifications de cette institution, allant de l'adoption au contrat, en passant par une délégation d'autorité parentale. Par exemple, l'institution de la *kafala* a fréquemment été utilisée comme un tremplin possible vers l'adoption d'un enfant musulman recueilli par une personne française, en dépit de l'interdiction de toute adoption formulée par le droit musulman[1031]. A la fin des années 1980, la Cour de cassation avait élaboré un système favorable à l'adoption d'un enfant originaire d'un pays musulman remis à un couple de Français sans tenir compte de la prohibition d'origine religieuse frappant l'adoption d'enfants musulmans. La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, entendit s'opposer à de telles pratiques, prévoyant que les adoptions internationales ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes de l'État d'origine ont établi que celui-ci est adoptable (art. 4, a). L'application de la Convention de La Haye suscita, cependant, des résistances, ce qui a mené à l'adoption de la loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale[1032]. C'est en application de cette loi que la Cour de cassation a mis fin à l'assimilation de la *kafala* à l'adoption, considérant que toute transformation de la *kafala* en adoption était refusée[1033]. La *kafala* n'est, donc, pas une adoption, pas même simple, car elle n'instaure aucun lien de filiation même si elle tend à remplir une fonction similaire dans des systèmes qui, par ailleurs, interdisent l'adoption. De ce fait, elle ne peut être confondue avec une adoption, même en la forme simple[1034], comme l'ont parfois prétendu certaines juridictions pour circonvenir la prohibition légale française de l'article 370-3 al. 2 du Code civil représentant la consécration légale de l'ordre public de proximité[1035]. L'identité de leur finalité, soit la protection de l'enfant, ne permet pas d'occulter la

---

[1031] Voy. T. OUBROU, « La kafâla et la sharia », *Dr. fam.*, n° 1, *Dossier Kafâla*, n° 2, 2009, p. 10-16 et M. BOULENOUAR-AZZEMOU, « Recueil légal (kafâla) et droit(s) positif(s) », *Dr. fam.*, n° 1, *Dossier Kafâla*, n° 3, 2009, p. 17-22.

[1032] Sur le droit antérieur à la loi de 2001, E. FONGARO, note sous Cass., 1re civ., 9 juillet 2008 : *JDI* 2009, p. 154-171 ; H. PEROZ, « La filiation de l'enfant de statut prohibitif », *Dr. fam.*, n° 7-8, 2009, *chron.* n° 26, p. 9-12., spéc. p. 10.

[1033] Voy. P. MURAT, « Le refus de la transformation en adoption », *Dr. fam.* n° 1, *Dossier Kafâla*, n° 8, 2009, p. 37-41.

[1034] Le lien adoptif se substitue à la filiation d'origine, qui disparaît, dans l'adoption plénière alors qu'il s'ajoute à la filiation d'origine, qui est maintenue, dans l'adoption simple.

[1035] L'article interdit formellement aux tribunaux français de prononcer l'adoption d'un mineur étranger « si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ». Dans ce sens voy.

radicale différence, entre la *kafala* et l'adoption, en ce qui concerne les modalités de prise en charge de l'enfant[1036].

714. De même, l'on a considéré que la *kafala* rentrait malaisément dans le moule de la délégation d'autorité parentale, car ne conférerant qu'un pouvoir de fait et non une autorité de droit sur l'enfant, ou dans celui de la tutelle, bien que ce soient là les formes d'équivalence préconisées par le ministère de la Justice[1037]. La situation est la même pour les tentatives de l'intégrer dans la même catégorie avec la situation visée à l'article 373-4 du Code civil (enfant confié par le juge à un tiers de confiance) ou celle d'une simple convention donnant naissance à une obligation de soins[1038].

715. En droit international privé, il n'est pas question de trouver, dans l'ordre juridique du for, l'institution qui serait l'exact équivalent de l'institution étrangère, car dans la plupart des cas une telle tentative sera vaine. Et, plus l'institution étrangère sera éloignée des concepts nationaux, plus cette tentative de traduction sera perverse, au sens premier du terme, puisqu'elle risque de pervertir l'institution étrangère[1039]. Il n'est, donc, pas question de chercher à traduire la *kafala* en adoption, en délégation de l'autorité parentale ou en tutelle. En la qualifiant, il s'agit seulement de déterminer si, eu égard à ses caractéristiques principales, la *kafala* est, avant tout, une relation interpersonnelle, si elle est plutôt une forme d'organisation patrimoniale ou si elle est un contrat. Il faut alors déterminer s'il convient de faire entrer la *kafala* dans le statut personnel, dans le statut réel ou encore, pourquoi pas, dans le statut contractuel. Cependant, pour opérer cette qualification, ce classement dans l'une des catégories de rattachement, il faut comprendre ce qu'est l'institution étrangère en cause et, par suite, tenter de comprendre, parmi les institutions françaises, celle(s) dont elle se rapproche le plus. En effet, c'est ce rapprochement qui permettra de prendre la décision du choix de la catégorie de rattachement, et, au sein d'une catégorie large comme le statut personnel, si elle est retenue, de déterminer si cette institution relève davantage de la filiation ou de la protection des mineurs par exemple. Ensuite, il s'est agi de réaliser

---

P. COURBE, « L'ordre public de proximité », *in Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p 227-239, spéc. 230 ; P. HAMMJE, « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit privé », *ibid.*, 2005, p. 365-381, spéc. p. 375-377.

[1036] Cass., 1re civ., 10 octobre 2006, *Dr. fam.*, 2007, n° 4, comm. n° 96, p. 51, note M. FARGE ; H. FULCHIRON, « Adoption sur kafâla ne vaut », *D.,* 2007, *chron*. p. 816-821.

[1037] A. GOUTTENOIRE, M. LAMARCHE, « La recherche d'équivalent : l'autorité parentale », *Dr. fam.* 2009. 9 ; J.-M. PLAZY, « La recherche d'équivalent : la tutelle », *Dr. fam.*, n° 1, *Dossier Kafâla*, 2009, n°9 et 10.

[1038] J. HAUSER, *RTD. civ.* 2008, obs. p. 664.

[1039] Ainsi de la tentative de traduction de la *kafala* en adoption, fût-elle simple, par certaines juridictions françaises : CA Reims, 2 déc. 2004 et CA Toulouse, 15 févr. 2005, arrêts cassés par Cass., 1re civ., 10 oct. 2006 : *JurisData* n° 2006-035303 ; *JCP G* 2007. II. 10072, note M. FARGE ; *Defrénois* 2007, p. 307, note J. MASSIP ; *Defrénois* 2006, p. 132, note M. REVILLARD ; *D* 2007, p. 816, note H. FULCHIRON.

l'opération de rapprochement (mais non de traduction) entre la *kafala* et les concepts du droit français, afin de déterminer lequel, de la tutelle ou de la délégation d'autorité parentale, de l'adoption ou du contrat, est le mieux à même d'accueillir la *kafala*. On doit donc ouvrir l'une de nos catégories à la *kafala* comme nous les avons ouvertes au mariage polygamique ou à la quarte du conjoint pauvre, à la répudiation et au mariage homosexuel.

χ. Le mahr

716. Un exemple de la difficulté de qualification de cette institution juridique peut être donné par la situation existante dans le droit suédois où elle a été soumise à la règle de conflit suédoise sur les obligations alimentaires entre ex-conjoints[1040], mais aussi à celle concernant le régime matrimonial des époux[1041]. Ces deux classifications peuvent être défendues, car le but de l'institution est de contribuer à l'entretien de l'ex-femme et, en même temps, d'atteindre une certaine redistribution des biens des époux. Les règles de conflit suédoises n'ont pas été formulées d'une manière rigide et sont applicables au *mahr* simplement par une interprétation très extensive ou par analogie[1042]. Le choix entre les deux règles de conflit suédois alternatives (la règle de conflit sur l'obligation d'entretien et la règle de conflit sur le régime matrimonial) doit être fait en tenant compte de la situation des époux dans le cas individuel en l'espèce. Lorsque le *mahr* est sans doute destiné principalement à fournir à l'(ex-)épouse les moyens de subvenir aux nécessités de la vie quotidienne, comme quand il est payable lors de la dissolution du mariage après la répudiation de la femme par le mari, il semble naturel de le considérer comme une sorte d'entretien forfaitaire ; tandis que la règle de conflit sur le partage des biens matrimoniaux est plus à portée de main si le *mahr* semble avoir plus à voir avec l'égalisation de la situation de la propriété des époux, comme quand il est payable au début du mariage. Ces distinctions ne sont, naturellement, pas toujours faciles à faire.

[1040] Le *mahr* a été considéré comme relevant du champ d'application de la règle de conflit suédoise sur la contribution aux charges du ménage, étendant ainsi le concept présent dans cette règle de conflit loin du concept de contribution aux charges du ménage de la loi interne suédois : *Rattsfall från hovratterna*, 1993 : 116, cité par M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 65. Une qualification similaire du *mahr* musulman a été faite par la Cour fédérale allemande, le 28 Janvier 1987, voy. *IPRax*, 1988, p. 109, et E. JAYME, *Rec. cours La Haye*, vol. 251, 1995, p. 114-115.

[1041] Le *mahr* a également été considéré comme entrant dans le champ d'application de la règle de conflit suédoise sur les régimes matrimoniaux, donnant ainsi un sens plus large au concept de régime matrimonial de droit international prié que le sens qu'il a en droit interne suédois : *Râttsfall från hovratterna*, 2005 : 66, cité par M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 65.

[1042] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 66.

717. En même temps, le *mahr* pourrait également être envisagé comme un simple contrat ou - si la femme demande sa dot après la mort de son mari - comme une institution juridique régie par la loi applicable à la succession.

2. L'AUTONOMIE DE LA QUALIFICATION INTERNATIONALE TIREE DU RESPECT DES FINALITES DU RATTACHEMENT

718. Si des institutions étrangères, inconnues ou peu connues, peuvent influencer l'éventuelle application de la loi étrangère lors de la qualification opérée par le juge du for, des institutions connues du for peuvent exercer, à leur tour, une certaine influence en la matière. Ces institutions juridiques peuvent avoir été récemment introduites dans le droit interne du for et dont la qualification internationale n'a pas encore été fixée ou avoir été classées dans une catégories de rattachement bien établie dans le droit international privé national mais présentant des problèmes d'articulation qui, à leur tour, sont dus, d'un côté, à une superposition imparfaite entre les catégories du for et les catégories étrangères ou, d'un autre côté, au choix du juge d'accorder une prééminence à une certaine catégorie en ignorant ainsi une autre.

719. L'analyse concernant l'influence des institutions juridiques dont la catégorie n'a pas encore été identifiée (a) sera ainsi suivie par celle du poids des institutions classées dans une catégories de rattachement bien établie dans le droit international privé national mais présentant des problèmes d'articulation (b).

a. La catégorie non encore identifiée

720. Une première difficulté est représentée par les institutions récemment introduites dans le droit interne du for et dont la qualification internationale n'a pas encore été fixée. Par exemple, lors de la consécration du Pacte civil de solidarité (PACS) en 1999, le législateur français n'avait pas prévu de disposition, à quelques exceptions près, relativement à son régime en droit international privé[1043]. C'est donc la doctrine qui a spéculé sur sa qualification internationale[1044], hésitant entre plusieurs qualifications comme celles de contrat, mariage ou institution *sui generis*. En effet, la difficulté tenait à l'ambiguïté du modèle choisi par le droit français et à la diversité des

[1043] Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, insérée aux art. 515-1 et s. C. civ. et modifiée par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

[1044] H. CHANTELOUP, « Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé », *Gaz. Pal. Rec.* 2000, doctr. p. 1715 ; M. REVILLARD, « Le pacte civil de solidarité en droit international privé », *Defrénois* 2000, p. 337 ; M. JOSSELIN-GALL, « Pacte civil de solidarité. Quelques éléments de droit international privé », *JCP éd. Not.* 2000, *chron.* p. 489 ; H. FULCHIRON, « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », *JDI* 2000, p. 889 ; G. KESSLER, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, préf. P. LAGARDE, LGDJ, 2004.

modèles reçus à l'étranger[1045]. Le PACS pouvait ainsi être considéré comme un contrat en s'appuyant sur la source contractuelle du PACS[1046] et sur les intentions émises au moment de l'élaboration de cette loi et reprises dans la décision du Conseil constitutionnel[1047] de ne pas comparer le PACS au mariage. De plus, certaines dispositions du Code civil sur les contrats[1048] s'appliquent également au PACS. Cependant, le PACS n'est pas un contrat comme les autres, dans la mesure où il suppose une formalité d'enregistrement, en droit français au greffe du tribunal d'instance du ressort de la résidence commune[1049]. Or il peut paraître difficile de détacher le choix de l'autorité procédant à l'enregistrement du modèle de partenariat que cette autorité est requise d'enregistrer.

721. De même, la place du PACS dans le livre du Code civil consacré aux personnes, son objet qui est d'« organiser leur vie commune »[1050], laquelle suppose « une vie de couple », les causes de nullité qui reprennent des empêchements au mariage[1051], l'obligation d'aide mutuelle et matérielle et caractère solidaire des dettes contractées pour les besoins de la vie courante et du logement[1052], la mention en marge de l'acte de naissance[1053], le devoir « de vie commune » et « d'assistance réciproque »[1054], l'extension au profit du partenaire survivant des droits du conjoint survivant sur le logement des époux[1055], sont tous des arguments au profit de la qualification de mariage. Cependant, ni la vocation successorale ni le régime matrimonial ne sont ouverts aux partenaires. La qualification de mariage aurait pourtant conduit à dissocier la loi applicable quant aux conditions de fond et quant aux conditions de forme. Elle aurait pareillement présenté l'inconvénient de rompre éventuellement le lien entre l'autorité d'enregistrement et la loi applicable au pacte et de remettre en cause un grand nombre de partenariats enregistrés en France ou à l'étranger, avec le risque, dans cette dernière hypothèse, de situations boiteuses.

722. Face aux inconvénients des deux qualifications et à la nécessité d'ouvrir la catégorie aux formes étrangères de partenariats enregistrés, l'on a défendu l'idée d'une catégorie nouvelle - suffisamment homogène, même si elle réunit des modèles législatifs variés - dotée d'un critère de rattachement spécialement adapté aux besoins de l'institution, tel celui du lieu d'enregistrement.

[1045] Voir les classifications des différents modèles législatifs par G. KESSLER dans l'ouvrage préc.
[1046] L'art. 515-1 du C. civ.
[1047] Décision n° 99-419 du 9 novembre 1999.
[1048] Les art. 1109 et s.
[1049] L'art. 515-3 du C. civ.
[1050] L'art. 515-1 du C. civ.
[1051] L'art. 515-2 du C. civ.
[1052] L'art. 515-4 du C. civ.
[1053] L'art. 513-3-1 du C. civ.
[1054] L'art. 515-4 du C. civ.
[1055] L'art. 515-6 renvoyant à l'article 763, alinéa 1 du C. civ.

C'est finalement la solution récemment consacrée par le législateur français par l'ajout au Code civil d'un article qui dispose que : « Les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement »[1056] .

723. En France, la règle n'autorise que l'enregistrement du modèle français. Pour les partenariats enregistrés à l'étranger, elle aboutit, malgré son énoncé conflictuelle, à des résultats très similaires à l'affirmation d'un principe de reconnaissance des partenariats étrangers, méthode préconisée en la matière par de nombreux auteurs et adoptée par la Commission internationale sur l'état civil[1057]. Ce critère a le mérite de la simplicité[1058], de bien s'accorder avec les attentes légitimes des parties et de favoriser la continuité du statut.

b. Les catégories identifiées présentant des problèmes d'articulation

724. Le juge du for peut également être mis dans l'embarras par, cette fois-ci, des catégories de rattachement bien établies dans le droit international privé national mais présentant des problèmes d'articulation. Cela peut être dû, d'un côté, à une superposition imparfaite entre les catégories du for et les catégories étrangères lors de la qualification *fori* et, d'un autre côté, au choix du juge d'accorder une prééminence à une certaine catégorie en ignorant ainsi une autre. Le premier type de conflit surgit, ainsi, lorsque les catégories de rattachement présentent des frontières floues qui risquent de provoquer une superposition pas toujours parfaite entre les catégories étrangères et celles du for. De ce fait le juge du for peut être amené à s'interroger si, par exemple, les incapacités spécialement édictées à raison de la matière litigieuse peuvent être comprises dans la catégorie capacité. De même, les conventions constitutives de droits réels entrent-elles ou non dans la catégorie des biens?

725. Comment résoudre alors ce type ce questions ? L'idée serait que le juge prévoie les conséquences de sa qualification sur le rattachement. Cela veut dire qu'il ne se contente pas de faire une simple qualification mais qu'il envisage également l'influence de sa qualification sur les étapes à venir lors de la mise en œuvre de la règle de conflit indiquée par la qualification. Pour ce faire il doit mettre en balance les intérêts en cause: le maintien du rattachement de la capacité à la

[1056] L'art. 515-7 du C. civ.
[1057] Convention n° 32 adoptée le 5 septembre 2007.
[1058] La solution n'est cependant pas si simple car la loi de l'enregistrement peut difficilement s'étendre à tous les effets du partenariat ; de même, le morcellement de l'institution peut être la source de difficultés d'adaptation.

loi nationale et la cohérence de l'institution litigieuse[1059]; la sécurité du rattachement au lieu de situation des biens (notamment pour les tiers) et la prévisibilité de la loi choisie pour les contractants[1060] ; si l'on peut détecter un accord préliminaire susceptible d'une localisation, voire d'un choix de loi des parties, ou si l'absence de toute manifestation de volonté de l'une des parties rend impraticable ou inopportun les rattachements prévus pour les contrats[1061].

726. Parfois, l'hésitation est particulièrement grande parce qu'on se trouve en présence d'une institution charnière ou ce qu'on a appelé une « institution cavalière »[1062], c'est à dire à cheval sur deux ou plusieurs catégories, comme, par exemple, le droit d'agir en justice ou la donation entre époux. Cette dernière institution juridique est au carrefour de nombreuses catégories du droit civil : capacité (la liberté de révocabilité protège l'époux donateur[1063]), contrat (c'est une donation), effets personnels du mariage et régime matrimonial (elle intervient entre époux) et successions (elle est susceptible d'être remise en cause à cette occasion). La Cour de cassation a finalement consacré le rattachement à la loi des effets du mariage, guidée par la considération que ces actes sont régis par des dispositions impératives (peu compatibles avec un rattachement fondé sur le choix des parties).

727. Pour la deuxième hypothèse de catégories présentant des problèmes d'articulation, la catégorie délaissée concerne la situation où l'on préfère une catégorie de rattachement à une autre pour des raisons de pragmatisme juridique. Par exemple, la qualification de « procédure » qui, au sens du droit international privé, commande l'application de la loi du for, peut être écartée au profit de la loi applicable au fond, pour gouverner des questions pourtant répertoriées en droit interne comme de nature procédurale. Cette attitude s'explique par le respect des liaisons systémiques entre les questions de procédure et les droits substantiels en cause, qui est plus important que la commodité de l'application de la loi du for. De même, l'arrêt *Sylvia*[1064] a forgé une qualification propre aux situations internationales dans lesquelles le besoin de protection paraissait mieux assuré par un rattachement stable. En l'espèce, il s'agissait d'une femme qui avait

---

[1059] L'habilitation d'un mineur à conclure un contrat de mariage est regardée comme un aménagement de son incapacité générale (question de capacité), Cass., 1re civ., 15 mai 1963, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1964, p. 506, note P. LAGARDE.

[1060] Pour l'application de la loi de l'acte aux effets entre les cocontractants, Cass., 1re civ., 21 juil. 1987, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1988, p. 699, note J. HERON.

[1061] Ainsi un auteur a-t-il judicieusement contesté la qualification contractuelle des formes modernes d'esclavage, S. BOLLEE, sous Cass, soc., 10 mai 2006, *JCP* 2006. II. 10121.

[1062] Voy. B. ANCEL, V° « Qualification », *Rép. intern. D.* 1998 (actualisation 2009), n° 40.

[1063] La règle de la libre révocabilité des donations entre époux a été supprimée en droit français mais elle peut subsister à l'étranger. Cass., 1er civ., 15 fév. 1966, *Campbell-Johnston*, sur les raisons de cette qualification et le rappel de toutes les incertitudes antérieures, voy. B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GAJDIP*, n° 42.

[1064] Cass., 1re civ., sect., 25 juin 1957, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1957, p. 680, note H. BATIFFOL.

allégué une grave dépression nerveuse comme vice de son consentement lors de la conclusion au profit de son frère d'une donation et d'un bail, qui lui étaient inexplicablement préjudiciables. L'arrêt a confirmé les allégations de la femme créant ainsi un nouveau cas d'incapacité : « l'incapacité naturelle provenant de l'insanité d'esprit d'une personne n'ayant fait l'objet d'aucune mesure de protection ». L'avantage de cette qualification était de soumettre le problème juridique à la loi nationale de l'intéressée et non à la loi régissant les actes juridiques incriminés. Or, à l'époque de l'arrêt, le droit positif interne français refusait de classer la démence de fait dans la catégorie des incapacités, strictement édictées par la loi, et l'analysait comme une absence de consentement.

728. En conclusion, la qualification *lege fori* devrait éviter « *the habit and the poverty of language* »[1065] qui risquent de conduire le législateur et le juge du for à interpréter les règles de conflit dans les termes empruntés au droit matériel de l'État du for. Dès lors, la qualification doit prendre en compte le contexte international et le fait que les règles de conflit ont un objectif spécifique qui diffère de la fonction des dispositions de droit matériel. De même, le for doit prendre en considération le fait que certaines règles de conflit ont comme source les instruments internationaux et doivent être interprétées conformément audits instruments.

729. Quant aux concepts présents dans les règles de conflit d'origine purement nationale, ceux-ci peuvent être interprétés plus largement que leur sens usuel dans le droit matériel de la *lex fori*. Un exemple très illustratif d'une qualification en vertu de la *lex fori* mais différant radicalement des concepts dans le droit interne de l'État du for est le *English Foreign Limitation Periods Act of 1984*[1066]. Comme l'expiration du délai de prescription ne fait pas disparaître le droit de revendication mais rend ce droit inapplicable par les tribunaux, la prescription était traditionnellement qualifiée en Angleterre comme une question de procédure plutôt que de droit matériel. Dès lors, les tribunaux anglais appliquaient toujours les règles anglaises concernant la prescription et refusaient d'appliquer les règles de prescription étrangères. Cependant, la loi de 1984 prévoit que lorsqu'une question juridique est régie par une loi étrangère, ce sont les règles de prescription de ce pays qui seront applicables. Ce n'est, cependant, pas une qualification conformément à la *lex causae*, car les règles matérielles étrangères sur la prescription sont

[1065] En traduction, « l'habitude et la pauvreté de la langue », E.E. CHEATHAM, « Problems and methods in conflict of laws », *Rec. cours La Haye*, vol. 99, 1960, p. 323.
[1066] C.M.V. CLARKSON, J. HILL, *The Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 467-468.

appliquées indépendamment du fait que la prescription soit considérée comme une question de fond ou de procédure par le système juridique étranger dont elles font partie[1067].

730. Dans un monde idéal, les règles de conflit du for couvriraient toutes les questions de droit privé qui pourraient survenir et qualifieraient toutes ces questions dans des catégories clairement délimitées qui ne coïncideraient pas dans certains points[1068].

731. L'on observe qu'en règle générale, la résolution des difficultés entrainées par les institutions connues du for demande que le choix d'une catégorie de rattachement soit guidé par les raisons qui dictent le choix du critère de rattachement. En d'autres termes, la qualification internationale doit convenir aux impératifs qui président au choix du rattachement, et réciproquement le critère de rattachement doit être adapté au contenu de la catégorie. Ainsi, la façon dont on procède à la qualification préalable au choix de la loi applicable, influence le choix de la règle de conflit et, indirectement, le choix de la loi éventuellement appelée à régir le problème juridique de droit international privé. Même si, dans ce cas, la préférence des systèmes juridiques va dans le sens de la qualification conformément à la *lex fori* car la qualification serait essentiellement une question d'interprétation des règles de conflit du pays du for, il ne faut pas que cette qualification soit réalisée d'une manière trop rigide. Une qualification rigide pourrait mener, en effet, à un résultat qui risque de ne pas coïncider à la réalité d'un rapport juridique présentant un élément d'extranéité. C'est pour cela qu'une qualification plus flexible est à souhaiter en la matière. Il faut donc tenir compte du fait que les rapports juridiques de droit international privé ne correspondent pas toujours aux mêmes réalités que ceux développées en droit interne et que le juge doit adapter les termes définissant le champ d'application des règles de conflit à ces réalités spécifiques.

732. Les problèmes posés lors de l'étape de la qualification ne se limitent, cependant, pas qu'aux difficultés engendrées par la qualification commandant le choix de la loi applicable. En effet, la qualification peut également présenter des problèmes au moment du choix des règles matérielles applicables au sein de l'ordre juridique compétent, c'est à dire, postérieurement au choix de la loi applicable.

[1067] La qualification traditionnelle de la *Common law* des lois de prescription étant de procédure continue à prévaloir aux États-Unis ; il est vrai que le *Uniform Conflict of Laws Limitations Act* introduit une qualification matérielle aux fins du droit international privé, mais il a été adopté que par très peu d'États ; voy. E.F. SCOLES et autres, *Conflict of Laws*, *op. cit*, p. 129-131.

[1068] Voy. M. DOGAUCHI, « Four-step analysis of private international law », *Rec. cours La Haye*, vol. 315, 2005, p. 38 et 108.

§ 2. LA QUALIFICATION *LEGE CAUSAE* POSTERIEURE AU CHOIX DE LA LOI APPLICABLE

733. La qualification conformément à la *lex causae* part de l'idée que « la loi française qualifie les règles de droit français, la loi italienne qualifie les règles de droit italien, et un tribunal anglais qui examine l'applicabilité des règles françaises devra prendre en considération la qualification française »[1069]. Une question devrait, donc, être qualifiée comme appartenant à la catégorie des contrats si dans le pays dont la loi régit le contrat, elle est réputé être de nature contractuelle ; elle sera, au contraire, considérée comme un délit si tel est le point de vue dans le pays dont la loi est applicable au délit. La manière de qualification ferait donc partie de la façon dont un système juridique se penche sur une certaine question, c'est une partie de l'esprit de ce système juridique, et négliger cet esprit reviendrait à une application erronée de celui-ci.

734. L'on observe bien qu'après la désignation d'une loi étrangère par application de la règle de conflit du for les opérations de qualification changent de nature et le principe de qualification s'inverse au profit d'une qualification *lege causae*, aussi bien pour sélectionner, au sein du système étranger, la règle matérielle applicable (A), que pour faire jouer un éventuel renvoi de qualifications (B).

A. LA QUALIFICATION SUBSTANTIELLE

735. Ce type de qualification intervient lorsque, au stade de mise en œuvre de la méthode conflictuelle, l'on a dépassé l'étape de la qualification internationale ou primaire. Appelée également qualification secondaire ou en sous-ordre[1070], elle « se déplace » virtuellement dans l'ordre juridique étranger. On comprend, donc, qu'il ne s'agit plus d'identifier le système juridique compétent mais d'identifier au sein du système étranger une règle matérielle d'ordre à produire l'effet recherché.

736. Lorsque les deux systèmes juridiques en question, celui du for et celui indiqué par la règle de conflit du for, qualifient de la même façon la question juridique, l'on peut observer aisément qu'il n'y a pas de problème d'accepter une qualification *lege causae* car rien n'ira à l'encontre de la conception du for. Dans un tel cas, cela ne sert à rien d'affirmer que l'on tient compte de la qualification *lege causae* car cela ne change rien au niveau des effets attendus par rapport à la règle de conflit du for applicable, si ce n'est que de se donner l'illusion d'avoir un système juridique

[1069] K. WOLFF, « Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux », *Rec. cours La Haye,* vol. 036, 1931, p. 479-578 ; G. KEGEL, K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, p. 341-342.
[1070] F. SCHWIND, « Aspects et sens du droit international privé : cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 187, 1984, p. 66.

ouvert envers les idées des systèmes juridiques étrangers. Un exemple dans ce sens est représenté par l'arrêt anglais *In re Cohn* de 1945[1071]. L'affaire concernait la succession d'une femme domiciliée en Allemagne au moment de sa mort survenue à Londres au même moment que celle de sa fille. En raison de son domicile allemand, la succession était régie par le droit allemand, selon lequel elle et sa fille étaient présumées mortes en même temps, alors que le droit matériel anglais présumait que la fille, étant plus jeune, avait survécu à sa mère assez longtemps pour hériter de sa mère. Le tribunal anglais saisi était face à la question de savoir s'il s'agissait d'une question de procédure concernant la preuve (auquel cas la *lex fori* anglaise aurait été appliquée) ou d'une question de fond de succession (dans ce cas, elle aurait été régie par le droit allemand). Le tribunal anglais a décidé que, suivant la qualification de droit anglais la présomption était considérée comme une règle de fond et que, en suivant la règle de conflit anglaise, elle ne devait pas être appliquée. Le tribunal a ensuite analysé le droit allemand et a constaté, sur la base de l'emplacement de la présomption allemande dans le Code civil allemand, que celle-ci faisait partie de la loi matérielle allemande sur la succession. Le tribunal a donc conclu que la présomption allemande était applicable. Il s'agissait donc de deux qualifications ressemblantes de la même question juridique, les deux systèmes de droit ayant considéré cette présomption comme une question de fond de la succession. Imaginons, cependant, quel aurait été le résultat si les deux systèmes de droit avaient prévu des qualifications différentes pour la même présomption. En effet, ce résultat aurait pu être différent si, par exemple, la présomption était classée en droit anglais comme une question procédurale alors qu'en droit allemand elle était considérée comme une question de fond, situation dans laquelle les deux présomptions de droit anglais et allemand auraient eu lieu de s'appliquer. De même, si en droit allemand la présomption avait été qualifiée comme procédurale alors qu'en droit anglais elle était vue comme une question de fond dans ce cas, aucune d'entre elles ne se serait pas appliquée.

737. Un autre cas concernant le problème de la qualification *lege causae* est représenté par l'arrêt *Re Maldonado* de 1954[1072]. Le tribunal anglais saisi de l'affaire était confronté à la situation d'une personne domiciliée en Espagne, mais possédant des biens mobiliers en Angleterre et qui était décédée sans laisser d'héritiers ni de testament. Conformément au droit international privé anglais, la succession des biens meubles est régie par la loi du dernier domicile du défunt, soit ici

[1071] 1945, Ch. 5, cité par C.M.V. CLARKSON, J. HILL, *The Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 461 ; DICEY, MORRIS, COLLINS *on the Conflict of Laws,* p. 37-39 ; O. KAHN-FREUND, *Rec. cours La Haye*, vol. 143, 1974, p. 369-371.
[1072] CA, *State of Spain c/ Treasury Solicitor*, 1954, p. 223 cité par DICEY, MORRIS, COLLINS, *The Conflict of Laws*, p. 39-40.

la loi espagnole, qui prévoit que dans ce type de situations la propriété est héritée par l'État espagnol comme unique et universel héritier. D'autre part, si la propriété était considérée comme *bona vacantia*, son sort serait régi par le droit anglais en tant que *lex rei sitae*, en vertu de laquelle elle serait dévolue à la Couronne britannique. La Cour d'appel anglaise a énoncé que la propriété ne devient *bona vacantia* que si la défunte est décédée sans laisser de successeurs conformément à la loi espagnole ou si l'État espagnol fait valoir un droit de *jus regale*, situation dans laquelle les tribunaux anglais ne le reconnaîtraient pas comme ayant validité extraterritoriale. La Cour a ainsi examiné la règle espagnole en la matière et est venue à la conclusion qu'elle était applicable, car elle considérait l'État espagnol comme un véritable héritier final (*ultimus heres*) plutôt qu'un titulaire d'un droit de prérogative de droit public de confisquer les héritages sans maître. L'État espagnol a ainsi acquis le droit de propriété, à la mort de la défunte et la règle anglaise sur la *bona vacantia* ne s'est pas appliquée parce que la propriété n'a jamais été sans maître. Cependant, si le législateur espagnol avait tenté d'atteindre le même résultat en utilisant une terminologie de droit public différent, le résultat aurait été contraire et la propriété serait allée à la Couronne britannique. Il n'est pourtant pas souhaitable que le résultat, dans ce cas, en ce qui concerne le droit de propriété en Angleterre, dépende d'une formulation verbale étrangère sans contenu réel[1073].

738. En Suède, par exemple, ce problème particulier est réglementé par une disposition législative spéciale. Ainsi, même si les droits de succession sont en Suède, en principe, régis par la loi nationale du défunt au moment de sa mort, si un étranger décède *intestat* et ne laisse pas d'héritiers en vertu de la loi étrangère applicable, les biens situés en Suède ne sont pas remis à l'État étranger ou à une autre institution publique ayant un droit à la propriété en vertu de la loi étrangère en question, mais sont investis dans le Fonds général de successions suédois (*Swedish General Inheritance Fund*) pour être utilisés à d'autres fins humanitaires[1074]. Cela peut être considéré comme une expression de la qualification conformément à la *lex fori*: ces types de demandes des États étrangers ou d'autres entités publiques sont vus par la Suède, en principe, comme appartenant au domaine du droit public, même lorsque le système juridique étranger applicable à la succession les qualifie comme des successions régies par le droit privé.

739. Cependant, le but de la règle de conflit peut parfois nécessiter qu'elle soit interprétée, à certains égards, conformément à la loi étrangère. Par exemple, l'une des raisons pour lesquelles il y a des règles de conflit souvent spéciales soumettant les questions concernant la propriété

[1073] DICEY, MORRIS, COLLINS, *The Conflict of Laws*, p. 40.
[1074] L'Acte suédois sur certains rapports juridiques concernant les biens des personnes décédées de 1937 : 81.

immobilière à la loi de l'État où se trouvent ces biens, est que la plupart des États insistent sur l'application de leur propre droit matériel de la propriété et refuseraient probablement de reconnaître les jugements étrangers fondés sur une autre loi. Afin de remplir ce but, les règles de conflit sur les biens immobiliers devraient donc normalement être interprétés comme se référant à la propriété des biens en vertu de la loi de l'État où ils se trouvent plutôt que conformément à la *lex fori*[1075].

740. Un problème particulier de la matière est représenté donc par la qualification des biens. Ainsi, la qualification des biens, selon leur nature mobilière ou immobilière, peut être tantôt à l'origine d'une qualification en sous-ordre, tantôt à l'origine d'une qualification internationale. Quand la loi réelle est appelée à régir le statut du bien, quelle que soit sa nature, l'on est en présence d'une qualification en sous-ordre, par exemple, une question d'appropriation d'un bien situé à l'étranger par l'effet de la possession. La détermination de la nature du bien n'est pas nécessaire[1076] dans ce cas. Mais ensuite, pour identifier le régime de ce bien, il peut être nécessaire de savoir si, selon le droit étranger compétent, ce bien est regardé comme un meuble ou comme un immeuble. Or, dans ce cas la qualification *lege rei sitae* peut être justifiée, pour des raisons pratiques surtout. En effet, la qualification de bien meuble ou immeuble, afin de déterminer la compétence juridictionnelle du for, peut raisonnablement être faite en conformité avec la loi du pays où est situé l'immeuble plutôt que strictement selon les concepts correspondants dans la *lex fori*. En revanche, le rattachement dualiste des successions internationales, soumettant la dévolution des immeubles à la loi du lieu de situation et celle des meubles à la loi de leur localisation fictive, c'est-à-dire à la loi du dernier domicile du défunt, restitue à la qualification une dimension internationale, et active le principe de la qualification *lege fori*. Cette solution a ainsi été explicitement affirmée dans l'affaire *Stroganoff* à propos de la dévolution successorale d'objets d'art affectés par oukazes à un majorat perpétuel en Russie tsariste[1077] et implicitement dans l'affaire *Caron* dans laquelle la loi successorale américaine n'a pas été consultée sur la nature mobilière des parts dans une société civile immobilière[1078].

[1075] Voy. la décision anglaise *In re Hoyles. Row c/ Jagg*, 1911, 1 Ch. 179 ; E. BARTIN, *Rec. cours La Haye*, vol. 31, 1930, p. 597-599 ; C.M.V. CLARKSON et J. HILL, *The Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 465 ; D.J.L. DAVIES, *Rec. cours La Haye*, vol. 62, 1937, p. 499 ; O. KAHN-FREUND, *Rec. cours La Haye*, vol. 143, 1974, p. 381 ; A.E. VON OVERBECK, *Rec. cours La Haye*, vol. 132, 1971, p. 101-102; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 176 ; G.A.L. DROZ, *Rec. cours La Haye*, vol. 229, 1991, p. 334-337.

[1076] La loi réelle régit les modes d'acquisition propres aux droits réels, et notamment la possession.

[1077] Trib. GI Seine, 1re ch., 12 janv. 1966, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1967, p. 120.

[1078] Cass., 1re civ., 20 mars 1985, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1986, p. 66, note Y. LEQUETTE ; *JDI* 1987, p. 80, note M.-L. NIBOYET-HOEGY.

741. Au niveau du droit de l'Union européenne, le problème semble résolu avec l'entrée en vigueur, le 16 août 2012, du Règlement européen 650/2012 relatif aux successions internationales qui s'applique aux successions ouvertes depuis le 17 août 2015. La raison qui a mené à l'adoption de ce règlement a été le problème de rattachement diffèrent des successions internationales dans les pays membres de l'Union européenne. En effet, en matière de successions, le droit international privé connaît les deux systèmes traditionnels de rattachement. Un premier système de scission s'applique, entre autres, en France et au Royaume-Uni et prévoit que la loi applicable sera celle de la dernière résidence habituelle du défunt en ce qui concerne les meubles et les actifs financiers ; pour les immeubles, la loi du pays où ils sont situés. Un deuxième système d'unité, retenu par l'Allemagne, le Danemark, l'Espagne, l'Italie, le Portugal, etc., ne retient qu'une loi pour tous les biens, celle de la nationalité du défunt ou celle de son dernier domicile. Le règlement européen simplifie la règle et donne à chacun la possibilité de choisir la législation qu'il souhaite voir appliquée le moment venu. Le règlement offre, ainsi, trois options. En principe c'est la loi de l'État dans lequel le défunt aura eu sa résidence habituelle au moment de son décès, même s'il s'agit de la loi d'un État non-membre de l'Union européenne, qui sera appliquée. Une loi unique régira ainsi l'ensemble de la succession[1079]. Cependant, l'exception prévoit que lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que, au moment de son décès, le défunt présentait des liens manifestement plus étroits avec un autre État, la loi qui prévaudra sera celle de ce dernier[1080]. Le règlement donne également la possibilité de choisir la loi d'un des États dont on possède la nationalité. Cette option est formulée dans une déclaration revêtant la forme d'une « disposition à cause de mort »[1081]. Malgré le bon exemple donné par le droit de l'Union européenne en la matière, lorsque le règlement n'est pas applicable l'on revient au même problème du choix entre la qualification *lege fori* et la qualification *lege causae*.

[1079] L'article 21-1 du Règlement successions dispose que « sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès. »

[1080] L'article 21-2 du règlement successions dispose que « lorsque, à titre exceptionnel, il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que, au moment de son décès, le défunt présentait des liens manifestement plus étroits avec un État autre que celui dont la loi serait applicable en vertu du paragraphe 1, la loi applicable à la succession est celle de cet autre État. »

[1081] L'article 22-1du Règlement dispose qu' « une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession la loi de l'État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès. » De même, « une personne ayant plusieurs nationalités peut choisir la loi de tout État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès. »

742. Certains auteurs se sont élevés contre la qualification *lege fori* en soutenant que les successions internationales étaient une excroissance des biens justifiant la qualification *lege causae*[1082].

743. Une autre justification est avancée par l'idée que lorsque le bien est situé à l'étranger c'est le système juridique étranger dans sa globalité, règles de qualification comprises, qui est pris en considération[1083]. Cependant, si l'on est d'accord avec cette justification, le problème de la théorie de la qualification matérielle est qu'elle affirme que le tribunal devrait simplement appliquer les règles du système juridique étranger applicable qui sont, dans ce système, qualifiées de la même façon que dans le système du for. Les partisans de la qualification secondaire semblent suggérer, par exemple, que le tribunal, après avoir qualifié la question en vertu de la *lex fori* comme étant une question de droit de la responsabilité délictuelle, devrait regarder également la *lex loci delicti* applicable et appliquer seulement les règles matérielles qui sont dans la *lex loci delicti* considérées comme appartenant au droit de la responsabilité délictuelle. Cela reviendrait à une application mot-à-mot de la qualification étrangère.

744. Après que le processus de qualification a été réalisé et qu'il a été établi que la question examinée doit être classée comme appartenant à la matière de la responsabilité délictuelle, les règles matérielles concernant cette matière et appartenant au système juridique étranger devraient s'appliquer indépendamment du fait qu'elles soient, dans ce système juridique, considérées comme appartenant au droit de la responsabilité délictuelle, au droit des successions ou à un autre domaine du droit. En effet, chaque règle doit être comprise dans le contexte de l'ensemble du système juridique à laquelle elle appartient et tout ce qui risque d'influencer, dans le système juridique applicable, la question examinée, fait partie de la « règle » dans un large sens du mot. La question juridique à laquelle il doit être répondu par le système juridique étranger applicable devrait donc être régie par ce système dans sa totalité, indépendamment de la qualification en vigueur dans le système étranger[1084]. Si le tribunal a décidé que la question examinée est, par exemple, une question de responsabilité délictuelle, alors toutes les règles matérielles qui

[1082] J. HERON, *Le morcellement des successions internationales*, Economica, 1986.
[1083] L. D'AVOUT, *Sur les solutions des conflits de lois en droit des biens*, Economica, 2006.
[1084] J. MAURY, *Rec. cours La Haye,* vol. 57, 1936, p. 504-512 ; P. G, VALLINDAS, *Rec. cours La Haye*, vol. 101, 1960, p. 375; M.K. YASSEEN, *Rec. cours La Haye*, vol. 106, 1962, p. 435-437.

appartiennent à la *lex loci delicti* et qui traitent de cette question doivent évidemment être considérées comme des règles délictuelles, au moins aux yeux du juge du for[1085].

B. Le renvoi de qualifications

745. Lorsque le système juridique étranger éventuellement désigné par la règle de conflit du for refuse sa compétence, soit au profit de la loi du for elle-même (renvoi « au premier degré »), soit en faveur d'une loi tierce (renvoi « au second degré ») l'on se retrouve en présence de l'institution juridique du renvoi. Si, en général, le renvoi n'est envisagé que comme la conséquence d'une différence entre les rattachements prévus par les règles de conflit en présence, une qualification divergente de la question litigieuse peut également produire ce même effet[1086].

746. Le renvoi de qualifications est un conflit négatif de qualification dans lequel les qualifications différentes des systèmes juridiques respectifs conduisent à une non application de la loi au fond du litige. Lors d'un conflit positif, au contraire, les qualifications différentes retenues par les systèmes juridiques impliqués conduisent à l'application de leur loi de fond, conflit résolu, par exemple, en faveur de la qualification *lege fori* en droit français[1087] ou de la qualification *lege causae* en droit anglais[1088]. Au vu des particularités de ce mécanise nous nous sommes interrogés sur la façon dont il pourrait influencer l'application éventuelle de la loi étrangère. Afin de mieux comprendre ces implications il s'impose une analyse des différences entre le renvoi de qualifications et celui de rattachements (1) pour passer ensuite aux spécificités du mécanisme (2).

1. La differentiation entre le renvoi de rattachements et le renvoi de qualifications

747. Le renvoi de rattachements pose le problème des rattachements différents retenus par les systèmes juridiques impliqués. Ainsi le rattachement comme, par exemple, celui relatif à la loi nationale ou la loi du domicile, n'est pas toujours le même pour les différentes catégories de droit international privé, conséquence du caractère national du droit international privé. Par exemple, le statut personnel est soumis dans certains États à la loi nationale alors que d'autres préfèrent la

[1085] L'article 13 de Loi suédoise du 18 décembre 1987 sur le droit international privé prévoit que « la désignation d'un droit étranger par la présente loi comprend toutes les dispositions qui d'après ce droit sont applicables à la cause ».
[1086] Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, 1956, n° 81 ; voy. également Y. Lequette, *Mélanges Holleaux*, p. 429 s., recensant les études qui ont abordé la question.
[1087] Cette opinion se rattache à l'arrêt Cass., 1re civ., 22 juin 1955, *Caraslanis*, préc.
[1088] Arrêt *In re Cohn* de 1945, préc.

loi du domicile. Dans ce cas l'on a affaire à un conflit classique de rattachement et par conséquent, d'un possible renvoi de rattachements.

748. Le renvoi de qualifications concerne, quant à lui, des qualifications différentes des concepts de la règle de conflit causées par une différence entre les catégories et les sous-catégories de droit international privé des systèmes juridiques en cause. De ce fait, le renvoi de rattachements est seulement un effet du renvoi de qualifications, les deux pouvant même coïncider lorsque le juge choisi de ne pas se poser la question de la différence de qualifications mais de se concentrer sur l'effet de cette différence de qualifications, à savoir, la différence de rattachement. Par exemple, les successions font partie du statut réel en France, ce qui veut dire que les problèmes inhérents aux rapports juridiques impliquant des immeubles seront soumis à la *lex rei sitae* tandis que pour ceux relatifs aux meubles c'est la loi du dernier domicile du défunt qui sera compétente. En revanche des pays comme l'Allemagne ou l'Espagne intègrent les successions dans le statut personnel, la loi applicable dans ces cas étant la loi nationale du défunt. Ainsi, à la base, il s'agit d'une différence de qualification, dans ces systèmes juridiques, du concept de « succession », qui est vu soit comme une question de statut personnel soit une question de statut réel. Ensuite, la différence de qualification provoque logiquement une différence de rattachement, la *lex rei sitae* et la loi du dernier domicile du défunt d'un côté, la loi nationale du défunt de l'autre côté. Si le juge choisit de se concentrer sur le renvoi de rattachements, il ne tiendra pas compte de la qualification *causae* et se contentera d'appliquer seulement le mécanisme classique du renvoi. En revanche, si le juge tient également compte de la différence de qualification, cause de la différence de rattachements, le raisonnement juridique se complique davantage mais le risque d'une dénaturation de la loi étrangère éventuellement compétente se réduit.

2. LES SPECIFICITES DU RENVOI DE QUALIFICATIONS

749. Le renvoi de qualifications n'a pas été reçu avec beaucoup d'enthousiasme car un exemple tiré d'une vieille jurisprudence allemande a jeté l'opprobre sur cette institution et indirectement sur la qualification *lege causae*. En effet, il s'agit de la décision de 1882 rendue par le Reichsgericht[1089] qui a révélé les conséquences potentiellement absurdes de la qualification *lege causae*. En l'espèce il était question du délai de prescription d'une action en recouvrement des créances régie par le droit étranger de l'État du Tennessee. Malgré le fait que ce délai avait expiré

[1089] *Entscheidungen des Reichsgerichts dans Zivilsachen*, vol. VII, p. 21. Voy. aussi DICEY, MORRIS, COLLINS, *The Conflict of Laws,* p. 38-39 ; T.C. HARTLEY, *Rec. cours La Haye*, vol. 319, 2006, p. 190-191 ; O. KAHN-FREUND, *Rec. cours La Haye*, vol. 143, 1974, p. 375.

conformément à la fois à la *lex fori* allemande et à la *lex causae* étrangère, l'action a été jugée comme non prescrite, car le délai de prescription étranger avait été qualifié de procédural et donc inapplicable, alors que la règle allemande correspondante avait été caractérisée comme de fond et donc inapplicable à une action soumise à un droit étranger[1090]. La loi américaine compétente au fond ne comportait pas de dispositions substantielles sur la prescription et ses dispositions procédurales n'étaient pas applicables par un juge allemand.

750. La doctrine allemande a dénoncé l'erreur de raisonnement qui consiste à confondre la qualification internationale préalable à l'identification du droit compétent avec la qualification substantielle nécessaire à l'identification de la loi matérielle applicable. Dès lors que le droit américain était désigné par la règle de conflit allemande, peu importait le compartiment dans lequel l'ordre juridique américain rangeait ses dispositions internes sur la prescription des créances, le juge allemand ayant seulement à rechercher le délai prévu en droit américain pour la prescription de ce type de créance[1091]. Le juge aurait pu, cependant, prendre en considération la qualification *lege causae* de la prescription, mais en s'interrogeant non pas sur les qualifications internes du droit américain (savoir si la réglementation de la prescription se trouve dans le corpus des règles américaines sur les obligations ou dans celui des règles de procédure) mais sur la qualification internationale de la prescription retenue par le droit international privé américain. Si le droit américain retenait la qualification de procédure dans les situations internationales, on aurait pu admettre cette forme de renvoi au droit allemand, similaire à l'hypothèse classique du renvoi de rattachements. Le renvoi aurait débouché sur l'applicabilité du droit allemand et le juge allemand aurait pu en effet accepter d'appliquer son droit du for.

751. Un autre exemple[1092] est représenté par l'affaire portée en 1986 devant le Tribunal de commerce de Paris qui déclara l'action en responsabilité contractuelle irrecevable en raison de sa prescription selon la loi anglaise. En droit français, « la prescription extinctive d'une obligation est soumise à la loi qui régit celle-ci »[1093]. En ce qui concerne celles des actions exercées en l'espèce de nature incontestablement contractuelle, il convenait donc de se référer à la loi du contrat, soit la loi anglaise désignée par les parties. Or selon cette loi, telle que formulée par le *Limitation Act* de 1980, une procédure fondée sur un contrat ne peut pas être introduite après l'expiration d'un

---

[1090] *RG*, 23 janv. 1882, sur cette jurisprudence, voy. N. PHILONENKO, « De la prescription extinctive en droit international privé », *JDI* 1936, p. 259 et p. 513.

[1091] Voy le revirement de jurisprudence opéré par le *Reichsgericht*, *RG*, 6 juil. 1934, et l'article de N. PHILONENKO, préc.

[1092] CA Paris, 23 janv. 1975, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1976, p. 97, note R. Dayant.

[1093] Cass., 1re civ., et 21 avr. 1971, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1972, p. 74, note P. LAGARDE ; 8 févr. 1983, *JDI* 1984, p. 124, note P. LEGIER.

délai de six ans à partir de la date à laquelle la cause de l'action est née, délai prescrit en l'espèce. Cependant, comme en droit anglais la prescription est considérée comme une question de procédure, l'argument d'un renvoi de la loi anglaise à la loi française, loi du tribunal saisi, par suite d'une qualification différente de la nature du problème (comme de procédure et non de fond)[1094], a été soulevé. L'argument du renvoi de qualifications a été écarté à titre principal et le tribunal a finalement retenu la qualification *lege fori* contractuelle de la question, alors précisément qu'il s'agissait de trancher un conflit avec un droit étranger qui ne la caractérisait pas ainsi. Le sens de la solution est donc de faire prévaloir la conception du for sur celle du droit étranger quant à la délimitation des catégories qui constituent le présupposé des règles de conflit.

752. En effet, le renvoi de qualifications ne devrait pas se discuter en termes d'acceptation ou de rejet global, mais en fonction du sens des règles de conflit en cause[1095], chose qui relève l'adoption d'une solution *ad hoc*. Cependant, une solution *ad hoc* raisonnée peut se révéler délicate et se traduire par l'imprévisibilité et l'opportunisme[1096].

753. Pour arriver à donner une solution pertinente en cas de renvoi de qualifications l'on devrait également avoir en vue la discussions sur la ligne de démarcation entre les questions de procédure, qui sont pratiquement toujours régies par la *lex fori*, et les questions de fond, qui, selon les règles de conflit du for et des circonstances en l'espèce, peuvent potentiellement être régies par un droit étranger.

754. Dans certains États de la *Common law*, la notion de « procédure » a un sens très large et cela est peut-être dû dans une certaine mesure, inconsciemment ou consciemment, à la tentation d'éviter l'application de la loi étrangère[1097]. La nature procédurale ou substantielle d'une question juridique ne peut pas, bien sûr, être observée ou mesurée avec une précision scientifique, mais détient un degré significatif plutôt dans les yeux du spectateur. Le critère principal de la dichotomie entre le droit substantiel et procédural devrait être lié à la raison pour laquelle les questions de procédure et de fond ne sont pas traitées de la même manière en droit international privé (ce qui signifie logiquement que cette division ne doit pas être la même lorsque le droit procédural et substantiel doivent être séparés à d'autres fins, par exemple, pour respecter une

[1094] B. AUDIT, « Conflits de lois en matière de prescription extinctive d'une obligation contractuelle: renvoi de qualifications », *D.* 1994, p. 355.
[1095] *Ibidem.*
[1096] *Ibid.*
[1097] DICEY, MORRIS, COLLINS, *The Conflict of Laws*, p. 157.

structure pédagogique optimale du programme d'études d'une école de droit)[1098]. Pour les buts du droit international privé, le « label » procédural devrait répondre à deux caractéristiques. Ainsi, il devrait n'être accordé qu'aux questions qui affectent moins les résultats sur le fond du litige que le bon déroulement de la procédure judiciaire. Une autre caractéristique de nombreuses questions de procédure est qu'il serait très incommode et très peu pratique de les laisser être régies par un droit étranger. Ces deux caractéristiques sont interconnectées car la procédure ne devrait pas en théorie influencer le résultat de fond, la connaissance et de mise en œuvre des règles de procédure étrangères impliquant simplement une énorme augmentation des coûts, en termes de temps et d'argent, qui pèserait sur les tribunaux, les avocats et les parties.

755. En raison du caractère plutôt technique de nombreuses règles de procédure (concernant la preuve, le délai et la forme des assignations, etc.), il y aurait aussi un risque important pour les parties et /ou le tribunal de commettre des erreurs de procédure avec de conséquences néfastes. C'est l'exemple de l'Angleterre où l'entrée en vigueur en 1984 de la loi spéciale *The Foreign Limitation Periods Act* a introduit le principe général qui impose que les règles de prescription anglaises, quoique traditionnellement qualifiées de procédure, ne soient pas appliqués sauf si la demande est régie par le droit anglais en tant que *lex causae*. Les règles de prescription étrangères sont, en revanche, appliquées lorsque la demande est régie par la loi étrangère[1099].

CONCLUSION DE SECTION

756. Il est impossible d'appliquer mécaniquement une approche unique au problème de la qualification, qui doit être traitée avec souplesse. Ainsi, « la meilleure attitude à l'égard du conflit de qualifications est de ne pas se prononcer par une disposition générale sur la question »[1100].

757. L'approche optimale serait de renoncer à la théorisation et de décider pour le cas concret de la manière qui produit les meilleurs résultats, soit de choisir l'interprétation qui donne le meilleur effet dans le sens des politiques et objectifs de la loi[1101]. Une opinion similaire a été exprimée par AA Ehrenzweig, selon lequel la qualification est simplement un élément dans le processus d'interprétation de la loi du for et de sa politique « qui peut tenir ou pas compte de la

[1098] DICEY, MORRIS, COLLINS, *The Conflict of Laws*, p. 164-165, qui rappellent qu'interpréter une disposition de droit procédural aux les fins du droit international privé du seul fait qu'elle avait déjà été caractérisée comme procédurale à certains fins de droit interne c'est perdre de vue le but de la qualification.
[1099] DICEY, MORRIS, COLLINS, *The Conflict of Laws*, p. 172-176.
[1100] B. AUDIT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 178.
[1101] T. C. HARTLEY, *Rec. cours La Haye*, vol. 319, 2006, p. 191.

qualification étrangère »[1102]. C'est, sans aucun, doute l'un des conseils judicieux sur un plan général, mais qui offre très peu de directives dans les cas réels. C'est, en tout cas, la nature de la question litigieuse telle qu'elle est perçue par le for plutôt que les formulations utilisées par la loi étrangère ou par les parties qui doit indiquer comment la question sera interprétée. Le principe optimal peut être formulé de telle sorte que les termes et les concepts des règles de conflit du for puissent normalement être présumés avoir le même sens que dans la loi substantielle du for, mais cette présomption peut et doit être ignorée s'il apparaît que l'origine ou de but de la règle de conflit imposent que son interprétation suive la loi étrangère ou dévie de la *lex fori* d'une autre manière. La *lex fori* est, donc, un simple point de départ (*Ausgangsbasis*) pour une analyse plus approfondie[1103]. La qualification en fonction de la *lex fori* ne devrait pas être mécanique, mais « éclairée »[1104]. Dans la pratique, cela signifie généralement une extension du champ d'application des règles de conflit afin d'accueillir même des phénomènes juridiques étrangers qui ne rentrent pas dans les concepts du droit matériel du for[1105]. Dans la mesure du possible la portée des règles de conflit devrait ainsi être définie d'une manière suffisamment large pour accueillir des phénomènes juridiques étrangers correspondants ou étroitement liées, plutôt que d'être formulées en termes juridiques techniques étroits empruntés du droit matériel de la *lex fori*. Par exemple, « la responsabilité de la personne et l'éducation des mineurs » semble être préférable au terme technique de « garde », même si un résultat similaire peut être obtenu en interprétant le terme « garde » d'une règle de conflit comme ayant un sens plus large que celui qu'il a dans le droit matériel du pays du for[1106].

758. Certes, tout cela donne au tribunal une grande liberté et il ne peut pas être exclu que le tribunal l'utilise pour obtenir le résultat qu'il souhaite, qu'il s'agisse d'un résultat « juste » du litige ou tout simplement de l'application de la *lex fori*[1107]. Ce serait une illusion de croire qu'une qualification stricte *lex fori* serait une tâche simple. Dans la plupart des systèmes juridiques, y compris sans doute la *lex fori*, les frontières entre les différentes catégories du droit ne sont pas tout à fait claires. Objectivement, les catégories juridiques utilisées par la *lex fori* n'ont souvent pas de signification rigide, mais dépendent dans une large mesure de la fin en vue de laquelle elles sont utilisées. Même si l'on tentait dans le pays de for de diviser le système juridique dans des

[1102] A. A. EHRENZWEIG, *Rec. cours La Haye*, vol. 124, 1968, p. 235.
[1103] G. KEGEL, K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, p. 339.
[1104] O. KAHN-FREUND, *Rec. cours La Haye*, vol. 143, 1974, p. 373-377.
[1105] J. MAURY, *Rec. cours La Haye*, vol. 57, 1936, p. 496-504.
[1106] G.S. MARIDAKIS, *Rec. cours La Haye*, vol. 105, 1962, p. 400-401 ; A.E. VON OVERBECK, *Rec. cours La Haye*, vol. 176, 1982, p. 119.
[1107] B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 171.

catégories définies par les lois (caractérisation légale), il serait peu probable de faire face à des phénomènes inconnus dans la *lex fori*.

759. Les problèmes de qualification concernant les règles de conflit ne se limitent pas à la détermination de la portée de leur application. En effet, si le facteur de rattachement utilisé par la règle de conflit peut être un pur fait incontestable, par exemple l'endroit où un bien est situé ou où un acte est accompli, il s'agit, en revanche très souvent plutôt d'un concept juridique (par exemple, le domicile d'une personne ou le lieu où un bien incorporel est réputé être situé).

760. Les concepts juridiques utilisés comme facteurs de rattachement peuvent donner lieu à des doutes et peuvent être compris différemment selon les pays, par exemple en ce qui concerne le fait de savoir si le domicile ou la résidence habituelle supposent le séjour pour une certaine période de temps. Bien qu'il soit, dans ces cas, à peine correct de parler de qualification, il semble y avoir peu de doute sur le fait que les facteurs de rattachement aussi devraient normalement être compris et interprétés conformément à la *lex fori*[1108]. Il revient, en outre, à la *lex fori* de décider si un facteur de rattachement particulier, par exemple le domicile, a la même signification dans toutes les règles de conflit ou est compris de différentes manières en fonction de l'objectif de la règle de conflit applicable[1109].

761. Ce qui est proche ou important devrait dépendre de la *lex fori*. Il y a, cependant, des exceptions où il est approprié de donner aux facteurs de rattachement un sens indépendant de la *lex fori*. Un exemple évident est constitué par le cas des facteurs de rattachement imposés par un instrument international, où la nécessité d'une interprétation uniforme détient une attention particulière. En outre, la nationalité fréquemment utilisée dans de nombreux pays comme un facteur de rattachement aux fins de désigner la loi applicable en matière familiale et des successions, ne peut pas être interprétée en conformité avec l'opinion du for concernant la nationalité car elle ne peut pas déterminer si une personne est un ressortissant d'un certain pays étranger ou non[1110].

[1108] Par exemple, dans la décision anglaise de la High court, Chancery Division, *Re Annesley. Davidson c/ Annesley*, 1926, Ch. 629, en raison de l'interprétation anglaise de lal notion de « domicile », une personne a été considérée comme domiciliée en France, indépendamment du fait qu'elle n'avait jamais eu un domicile français formel conformément à la loi française. Voy. aussi R. AGO, *Rec. cours La Haye*, vol. 58, 1936, p. 354-361 ; C.M.V. CLARKSON et J. HILL, *The Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 12 et 465-466 ; K. LIPSTEIN, *Rec. cours La Haye*, vol. 135, 1972, p. 197 ; J. MAURY, *Rec. cours La Haye*, vol. 57, 1936, p. 512-518 ; G. BARILE, *Rec. cours La Haye*, vol. 116, 1965, p. 354-357 ; E.F. SCOLES et autres, *Conflict of Laws*, *op. cit*, p. 126-127.

[1109] O. KAHN-FREUND, *Rec. cours La Haye*, vol. 143, 1974, p. 404-406.

[1110] K. LIPSTEIN, *Rec. cours La Haye*, vol. 135, 1972, p. 197 ; P. LAGARDE, *Rec. cours La Haye*, vol. 196, 1986, p. 66-68. ; J.P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. I, 2e éd. Paris, Sirey, 1951, p. 561-562 : « Il appartient à chaque État de décider, à l'exclusion de tout autre, quels sont les individus domiciliés chez lui, de même qu'il dénombre seul ses nationau. Inversement, il ne lui appartient plus de décider si un individu est domicilié en

762. Les questions concernant l'interprétation des règles de conflit, que ce soit en ce qui concerne leur portée ou les facteurs de rattachement qu'elles utilisent, doivent être distinguées de l'interprétation de la loi étrangère applicable au fond une fois qu'elle a été identifiée[1111]. La loi étrangère doit dans la plus grande mesure du possible être interprétée loyalement à la façon dont elle est interprétée dans son propre système juridique d'origine. Dans la mesure où le système juridique du for accepte le renvoi, les règles de conflit étrangères, aussi, doivent être interprétées en conformité avec le sens que l'on donne dans leur propre système juridique[1112].

763. La façon dont la qualification est appréhendée par le juge du for influence donc l'application éventuelle de la loi étrangère. Cependant la qualification ne résout pas toujours ou, en tout cas, pas en tous points, les difficultés posées par un rapport de droit international privé. C'est pour cela que lorsque ce type de rapport juridique présente des attaches dans de différents systèmes juridiques qui compliquent sa cohérence, des mécanismes juridiques peuvent être utilisés afin de rétablir une certaine cohésion. Nous allons donc poursuivre notre démonstration concernant l'influence exercée sur l'application de la loi étrangère par des concepts juridiques différents, en analysant les procédés censés réduire les différences entre les systèmes juridiques impliqués.

---

pays étranger, pas plus qu'il ne peut affirmer, par le jeu de ses propres lois, qu'un individu doive posséder telle nationalité étrangère; tout ce que la loi française peut faire c'est de disposer que l'on est domicilié en France, ou au contraire que l'on n'y est pas domicilié. » Cette approche ne convient pas normalement pour les règles de conflit, mais peut être légitime lorsque le domicile ou la résidence habituelle doivent être déterminés à des fins juridictionnelles, situation dans laquelle les concepts étrangers doivent parfois être prises en compte afin d'éviter les conflits négatifs de compétence négatifs.

[1111] B. AUDIT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 176.

[1112] K. LIPSTEIN, *Rec. cours La Haye*, vol. 135, 1972, p. 197-198.

SECTION 2

RAPPORT JURIDIQUE ECARTELE ENTRE PLUSIEURS SYSTEMES JURIDIQUES ET APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

764. Faire coexister les concepts d'une loi étrangère, déclarée applicable, avec les concepts différents du système juridique du for peut s'avérer, en général, difficile. Si cette difficulté est, en plus, accompagnée par la situation où la création d'un rapport juridique est régie par une loi appartenant à un système juridique alors que la détermination de ses effets est soumise à la loi d'un autre système juridique, trouver une solution à un éventuel problème juridique posé par ledit rapport risque de relever presque du miracle.

765. Comment est-ce que le juge saisi peut appliquer, dans ce cas, une loi étrangère, sans provoquer une incohérence des divers concepts impliqués ? Une bonne coordination des systèmes juridiques pourrait éviter une telle incohérence et divers procédés comme, par exemple, la substitution, l'adaptation, la transposition ou l'équivalence, sont utilisés en ce sens. Bien qu'ils interviennent à des moments différents du raisonnement juridique, ces divers procédés de coordination peuvent, parfois, se conditionner mais les interférences entre ceux-ci peuvent être, dès fois, très subtiles et constituer ainsi un vrai labyrinthe intellectuel, chose qui risque de mettre le juge saisi en difficulté. Ainsi, la substitution est utilisée lorsqu'une règle matérielle applicable se réfère à un concept dont le contenu dépend, d'après les règles de conflit du for, d'une loi étrangère[1113]. Par exemple, le juge peut être saisi de la question de savoir si une adoption, créée en vertu d'un système juridique étranger, est qualitativement équivalente, chose qui peut lui permettre de substituer des relations correspondantes ou similaires lors de l'application d'un autre système juridique. La substitution implique donc, à son tour, la notion d'équivalence qui peut être comprise de deux façons[1114] : soit d'une façon formelle et littérale, en considérant que les dispositions législatives sont formulées de la même façon et on s'arrête à la lettre de la loi[1115], soit d'une façon concrète, lorsqu'on se détache de la formule de la loi en retenant seulement un même résultat qui existe dans les deux systèmes juridiques malgré les formules différentes des lois impliquées[1116].

[1113] Voy. D. HOLLEAUX et autres, *Droit international privé*, *op. cit.*, n°s 620 et s., p. 305 et s.

[1114] O. CACHARD, *Droit international privé*, 4e éd., Larcier, 2015, p. 217 et s.

[1115] On observe, par exemple, que le C. civ. français et le C. civ. belge comportent sur bien des points des formules identiques.

[1116] L'on considère que la façon concrète de l'équivalence devrait être préférée car « il y a 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 », voy. en ce sens Ph. MALAURIE, « L'équivalence en droit international privé ». *D.* 1962. *chron.* p. 215 et s.

766. Si l'équivalence est utilisée en tant que critère de solution de la substitution[1117], elle peut également être utilisée sans substitution lorsqu'elle se pose en rapport avec la règle de conflit du for, intervenant soit lors de l'identification de la règle de conflit adéquate[1118], soit lors de la mise en œuvre de la loi matérielle désignée par la règle de conflit. Si l'équivalence concerne la règle de conflit du for la substitution n'est pas nécessaire car, d'une part, la règle de conflit est suffisamment générale pour avoir pu intégrer, dans ses prévisions, l'institution étrangère et, d'autre part, de la qualification ne dépend pas l'octroi de droits substantiels. Si, en revanche, l'équivalence est sollicitée en présence d'une règle matérielle élaborée à la vue d'une institution du for, son application à l'institution constituée conformément à la loi étrangère postule alors la substitution. C'est dans ce dernier cas, que l'on peut employer le procédé de l'adaptation, impliquant modification des effets de la règle de droit, à condition de l'existence d'une trop grande disparité entre la situation interne constitutive du présupposé de la règle et la situation litigieuse jugée équivalente. L'adaptation intervient donc à un moment postérieur à la mise en œuvre de la substitution, ce qui empêche toute confusion entre les deux notions car l'adaptation suppose que l'opération préalable ait été résolue par l'affirmative[1119]. L'adaptation peut, cependant, également intervenir seule lorsque la combinaison de plusieurs lois, sur les questions de procédure et de fond par exemple, aurait un résultat choquant. La condition de l'adaptation reste donc un résultat de l'application des deux lois à l'opposé de celui prévu par chacune d'entre elles[1120], que celui-ci se produise avec ou sans substitution.

767. Nous pouvons, donc, observer que ces procédés peuvent interférer dans un seul et même litige dans le seul but de coordonner des concepts juridiques appartenant à des systèmes juridiques différents. L'on s'interroge, ainsi, sur la façon dont ces procédés influencent concrètement l'application de la loi étrangère. En effet, la complexité de la situation pourrait vite décourager les juges saisis et mis face à l'application de la loi étrangère. En même temps, ces mécanismes, malgré leur complexe mise en œuvre, pourraient également favoriser, dans certaines circonstances, l'application de la loi étrangère. Afin de déceler les conséquences exactes de la mise

---

[1117] En ce sens, « l'équivalence est la condition essentielle de la substitution. Elle est fondée sur une comparaison fonctionnelle des dispositions de la loi régissant les effets du rapport de droit ou de l'acte et de la loi selon laquelle le rapport de droit ou l'acte pris en considération s'est formé », voy. l'article 2 de la résolution de la 1re Commission sur la substitution et l'équivalence en droit international privé de l'Institut de Droit International, Vol. 72, 27 octobre 2007, (Session de Santiago-Chile), Rapporteurs : E. JAYME et A. BUCHER.

[1118] Supposant, dans ce cas, d'analyser l'institution dans son système d'origine mais ce en vue de la rapprocher d'une institution du for constitutive du présupposé de la règle de conflit.

[1119] D. HOLLEAUX et autres, *op. cit.*, n° 634, p. 710.

[1120] Voy. l'analyse de D. HOLLEAUX et autres, *Droit international privé, op. cit.*, nos 637 et 638 concernant la décision Cass., com., 18 oct. 1950, *Dame Ghattas c. Ghattas* : *JCP* 1950. II. 6238, note D.B. ; *Rev. sociétés*, 1950, p. 308.

en œuvre de ces procédés de coordination lors de l'application d'une loi étrangère, nous allons procéder à travers un raisonnement en deux étapes. Dans un premier temps nous allons analyser les influences sur l'application de la loi étrangère des procédés de la substitution et de l'adaptation. Ce choix s'explique par la différence nette qui existe entre ces deux procédés et qui facilite l'établissement de leur positionnement en rapport avec notre sujet. Dans un second temps nous allons observer l'influence sur l'application de la loi étrangère du procédé de l'équivalence mis en relation avec les deux procédés précédemment analysés. Nous allons, donc, analyser tout d'abord l'influence de la substitution et de l'adaptation (§1), puis celle de l'équivalence (§2) sur l'application de la loi étrangère.

§ 1. L'influence de la Substitution et de l'adaptation sur l'application de la loi etrangere

768. Les procédés de substitution et d'adaptation ont comme fonction commune la coordination des lois qui appartiennent à des systèmes juridiques différents. La substitution présente comme prémisse la question de savoir si l'on peut substituer, à un rapport de droit interne - considéré par la loi interne comme condition préjudicielle d'un effet juridique déterminé -, un rapport analogue de droit étranger, alors que l'adaptation suscite des interrogations sur la solution à prendre lorsque des lois matérielles, appartenant à des systèmes différents, parviennent à un résultat différent de celui qu'aurait produit chacune des lois, appliquée seule et intégralement.

769. Ces deux procédés impliquent donc le concours de deux systèmes juridiques qui, afin de donner la meilleure solution possible au problème litigieux de droit international privé, doivent trouver un moyen de s'emboîter sans déclancher des incohérences. Or, ce processus d'emboîtement implique un redécoupage des angles d'un rapport juridique avec élément d'extranéité afin de rentrer dans les nouveaux contours envisagés par le juge saisi en rapport avec ses propres règles nationales. Comment est-ce que cela affecte la spécificité de la loi étrangère ? Est-ce l'on peut considérer, dans ces cas, que la loi étrangère reste toujours maîtresse de la création du rapport juridique ou de ses effets ou est-ce que la *lex fori* impose ici sa propre volonté ? Afin de répondre à ces questions il faut regarder de plus près la mécanique de ces procédés. Nous allons donc analyser, dans un premier temps, la mécanique de la substitution (A) et, dans un second temps, celle de l'adaptation (B).

A. LA MECANIQUE DE LA SUBSTITUTION ET L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

770. La doctrine française s'est intéressée peu à la substitution, même si elle semble avoir trouvé, par exemple, son utilité en matière de transmission du nom[1121] ou de conséquences, sur la filiation, d'une nullité de mariage[1122]. La doctrine allemande semble, en revanche, avoir accordé davantage de l'attention à ce procédé, distinguant[1123], de ce fait, deux hypothèses de substitution, à savoir, la *lex aliena substitution*, qui intervient lorsque la loi applicable est une loi étrangère, et la *lex propria substitution*, lorsque la loi désignée est la loi du for. Dans cette dernière catégorie, l'on fait la différence entre la substitution simple et la substitution qualifiée, chacune avec son propre régime juridique. La substitution dite « simple » opère lorsque l'objet de la substitution réalisé à l'étranger est un fait de la nature ou un rapport de droit ne nécessitant l'intervention d'aucune autorité, comme, par exemple, le point de savoir si le double-nom espagnol correspond à un nom de famille au sens du droit allemand. La substitution « qualifiée » implique, en revanche, un rapport juridique crée avec l'intervention d'une autorité étatique, ce qui impose des conditions plus strictes pour son admissibilité. Par exemple, dans l'arrêt *Ponnoucanamale* c'était au juge français du for de déterminer si le concept d'enfant adoptif du droit français peut être substitué à celui du droit indien, aux fins de succession[1124].

771. Malheureusement, du fait du peu d'importance que l'on accorde à ce procédé, les conditions de mise en place de la substitution ne sont pas toujours clairement identifiées, chose qui peut provoquer des confusions avec d'autres procédés. Il est donc impératif de présenter les conditions de mise en oeuvre de ce procédé (1) afin de pouvoir le distinguer par rapport à d'autres procédés ressemblants (2).

1. LES CONDITIONS DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA SUBSTITUTION

772. La substitution apparaît comme permettant à un rapport juridique ou à un acte, établis sous l'empire d'une loi donnée, de produire tout ou partie des effets rattachés à un rapport juridique ou à un acte similaires connus de la loi d'un autre État[1125]. Il s'agit, par exemple, de

---

[1121] Cass., 1re civ., 7 oct. 1997, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1998, p. 72, note P. HAMMJE.

[1122] Cass., 1re civ., 16 juillet 1998, *JCP* 1999. II. 10032, note H. MUIR WATT, spéc. n° 5; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1999, p. 509 note Y. LEQUETTE, spéc. n° 11 et s.

[1123] C. SCHULZ, *Die Subsumtion ausländischer Rechtstatsachen*, « Schriften zum internationalen Recht », t. 95, éd. Duncker & Humbolt, Berlin, 1997, p. 263.

[1124] Dans ce cas d'espèce, la loi successorale française prohibait l'adoption en présence d'enfants légitimes, déjà nés au moment de son prononcé, alors que la loi indienne validait l'adoption. Cass, req., 21 avr. 1931, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1932, p. 526, rap. Pilon, note J.-P. NIBOYET.

[1125] Article 1 de la Résolution de la 1re Commission sur la substitution et l'équivalence en droit international privé de l'Institut de Droit International, Session de Santiago-Chile, préc.

déterminer, comme dans l'arrêt *Ponnoucanamale*, si le concept d'enfant adoptif du droit X est comparable, aux fins de succession, à celui que connaît le droit Y ; ou si la séparation de corps par consentement mutuel du droit italien équivalait à la séparation de corps française aux fins de conversion automatique en divorce. Cette technique est connue, mais peu développée dans plusieurs systèmes nationaux, comme c'est le cas en France[1126], en Suisse[1127], au Brésil[1128] ou aux Pays Bas[1129]. Dans les État s du système de la *Common law*, la substitution reste un procédé inconnu[1130]. En Allemagne la substitution est reconnue comme procédé par la jurisprudence et est fort analysée en doctrine[1131].

773. La reconnaissance de la substitution, en tant qu'instrument doctrinal, a été réalisée à l'occasion de l'article publié en 1934 par W. Wengler sur les questions préalables en droit international privé[1132]. L'article parlait de la nécessité de déterminer l'existence des conditions préjudicielles dont dépendent les effets juridiques de la loi substantielle applicable, si ceux-ci se fondent sur des faits survenus à l'étranger. Or, une telle extension exige, selon M. Wengler, une certaine similitude des effets juridiques dans les deux systèmes[1133]. C'est H. Lewald qui a utilisé, par la suite, la notion de « substitution » afin d'indiquer ce phénomène : « Le problème consiste dans la question de savoir si l'on peut *substituer* à un rapport de droit interne, considéré par la loi interne comme condition préjudicielle d'un effet juridique déterminé, un rapport analogue du droit étranger. »[1134]. H. Lewald, considérait ainsi que ce problème peut intervenir dans diverses situations qui posent la même question de savoir si les deux rapports en question - le rapport du droit interne et le rapport du droit étranger - peuvent être considérés comme équivalents. Aux yeux de F. Vischer[1135], le principe d'équivalence apparaissant comme la clé pour résoudre le

---

[1126] Paul LAGARDE, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale: une opportune clarification », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2001, p. 275., p. 297.

[1127] A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, t. 2, Partie générale - droit applicable, 1995, n°s 627-638 (sous le titre « L'adaptation du droit matériel »).

[1128] Lettre de M. RANGEL du 17 juin 2005 à la 1re Commission sur la substitution et l'équivalence en droit international privé de l'Institut de Droit International, Session de Santiago-Chile, préc.

[1129] Aux Pays Bas la substitution est plutôt vue comme un cas d'« adaptation » : W.L.G. LEMAIRE, *Nederlands Internationaal Privaatrecht Hoofdlijnen*, 1968, chapitre XXII sur l'adaptation ; J. KOSTERS, C.W. Dubbink, *Algemeen deel van het Nederlandse internationaal privaatrecht*, 1961, chapitre VIII sur la qualification, p. 261-263.

[1130] Tel est également le cas du principe d'équivalence, voy., en ce sens, la lettre du Sir P. NORTH du 22 février 2006 à la 1re Commission sur la substitution et l'équivalence en droit international privé de l'Institut de Droit International, Session de Santiago-Chile, préc.

[1131] B. VON HOFFMANN, K. THORN, *Internationales Privatrecht*, 8e éd., 2005, p. 236-237.

[1132] W.WENGLER, « Die Vorfrage im Kollisionsrecht », *RabelsZ*, 1934, p.8.

[1133] *Ibid.*, p. 160 et s.

[1134] *Ibid.*, p. 134-135.

[1135] F. VISCHER, *Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalen Privatrecht - Die Übereinstimmung der materiellen Rechtsinhalte als Voraussetzung des internationalen Privatrechts. Die Bedeutung der Äquivalenz*, Bâle, 1953, 5 (« Die Möglichkeit der Substitution der Rechtsinhalte und die Frage nach deren Äquivalenz »), p. 44 ss.

problème de la substitution. De ce point de vue « la substitution n'exige pas que les lois en présence soient identiques ; une similitude des buts et intérêts poursuivis respectivement par ces lois suffit »[1136]. Cela suppose qu'il existe une équivalence des fonctions, c'est-à-dire que les fonctions que l'institution juridique se voit conférer dans son ordre juridique d'origine correspondent à celles du concept utilisé par la règle matérielle du for. L'on observe ainsi la condition de la présence de l'équivalence pour l'éventuel emploi de la méthode de substitution.

774. Cependant, la simple exigence de la condition de l'équivalence fonctionnelle entre le rapport de droit étranger et le concept préalable utilisé par la règle matérielle du for, ne serait pas suffisante. On a ainsi proposé quatre étapes[1137] que le juge devrait suivre afin de pouvoir opérer la substitution. Le juge devrait, en premier lieu, se demander si la loi interne du for applicable exclut expressément toute substitution, en exigeant notamment que le concept auquel elle se réfère soit nécessairement réalisé dans l'État du for. Ensuite, si la substitution n'est pas expressément ou implicitement exclue par la règle applicable, il conviendrait, en deuxième lieu, de se demander s'il existe une équivalence fonctionnelle entre le rapport de droit étranger et le concept de la *lex fori*. En cas de réponse positive à la question de l'équivalence fonctionnelle, la substitution ne doit pas, pour autant, être nécessairement opérée car il faudra s'assurer qu'en opérant la substitution, l'on ne porte pas atteinte aux objectifs de l'ordre juridique du for, et plus spécialement de la règle matérielle appliquée[1138]. Il faut donc rechercher, dans un troisième temps, quels dangers une substitution opérée sur la seule base de l'équivalence fonctionnelle aurait pour la *ratio legis* de la règle matérielle applicable. Il faut identifier la raison d'être de la règle et se demander si le fait de prendre en compte un rapport de droit étranger au lieu d'un rapport de droit applicable n'irait pas à l'encontre de celle-ci, en favorisant, par exemple, la fraude ou le *forum shopping*. Soit aucune atteinte n'est à redouter, auquel cas la substitution peut s'opérer sur le seul fondement de l'équivalence fonctionnelle, ce qui sera le cas en présence d'une substitution simple. Soit, au contraire, une telle atteinte est à craindre, et il convient alors, en quatrième et dernier lieu, de déterminer les conditions supplémentaires nécessaires à la réalisation d'une substitution.

775. Même si ces conditions ont été formulées pour le cas de la *lex propria substitution*, l'on considère qu'elles peuvent également être utilisées dans le cas de l'utilisation de la *lex aliena substitution.* Pour la simplification du procédé, le juge du for devrait se mettre à la place du juge

[1136] Article 3 de la Résolution de la 1re Commission sur la substitution et l'équivalence en droit international privé de l'Institut de Droit International, Session de Santiago-Chile, préc.
[1137] C. SCHULZ, *Die Subsumtion ausländischer Rechtstatsachen…*, *op. cit.*, p. 283.
[1138] C. SCHULZ, *Die Subsumtion ausländischer Rechtstatsachen…, op. cit.*, p. 130.

appartenant au système juridique auquel appartient la loi étrangère applicable et poursuivre les pas de la même façon que l'aurait fait le juge étranger. Si, en poursuivant ces pas, le résultat obtenu contrevient à l'ordre public du système juridique du for, le juge pourra, par la suite, invoquer l'exception d'ordre public pour empêcher ce résultat de se produire.

776. Au vu des complications que la notion de « substitution » implique, des confusions peuvent très vite survenir avec des procédés ressemblants.

2. SUBSTITUTION ET PROCEDES RESSEMBLANTS

777. La substitution peut être confondue avec plusieurs procédés ressemblants à un premier regard superficiel mais qui se detachent de celle-ci à un regard plus approfondi. Le problème des questions préalables a, ainsi, été vu comme un problème de substitution malgré sa spécificité évidente qui résulte du fait qu'il concerne l'identification de la loi applicable, alors que la substitution est relative à l'application de la loi matérielle désignée[1139]. De même, la substitution a été également confondue avec la qualification, qui se pose, pourtant, au stade antérieur à l'identification de la règle de conflit. L'interprétation du concept préjudiciel réalisé lors du procédé de la substitution n'a, en réalité, aucun effet concernant les conflits de lois car au moment où elle est réalisée la législation compétente pour régir le rapport préalable est déjà identifiée. La substitution n'implique, donc, pas une qualification au sens propre du terme mais une analyse concernant la compatibilité du concept préjudiciel étranger avec le droit du for. En même temps, une grande partie de la doctrine tend également à considérer la substitution comme une forme de reconnaissance procédurale[1140] même si celle-ci n'implique pas d'étendre, dans l'ordre juridique du for, les effets procéduraux d'un acte étranger.

778. Les confusions qui ont, ainsi, pu être mises en évidence, à travers tous ces procédés, semblent pouvoir être facilement dissoutes à l'égard d'un analyse minutieuse de leur mécanisme. Cependant, peut être que le problème le plus délicat reste celui soulevé par rapport aux ressemblances qui existent entre la substitution et la transposition. S'agit-il, dans ce dernier cas, d'une simple substitution ou est-ce que la transposition représente une méthode de solution différente ?

[1139] D. HOLLEAUX et autres, *Droit international privé*, *op. cit.,* p. 306.
[1140] *Ibidem*.

779. Une partie de la doctrine, reprenant les analyses de H. Lewald[1141], s'efforce de distinguer la substitution de la transposition[1142]. Dans cette conception, la question de la substitution se pose dès lors que l'application d'une règle du for repose sur un concept préjudiciel qui, dans l'espèce, s'est réalisé sous l'empire d'une loi étrangère et qui diffère partiellement ou totalement du concept préjudiciel retenu par le for. La transposition renvoie, quant à elle, à l'hypothèse où deux lois sont successivement compétentes pour régir une même situation juridique, essentiellement à la suite d'un conflit mobile ou d'un dépeçage du rapport litigieux. Alors que dans l'hypothèse de la substitution il s'agit de savoir si les dispositions de la loi désignée peuvent s'appliquer en présence d'une institution étrangère, dans le cas de la transposition il convient d'identifier, au sein de cette même loi, les règles à appliquer à l'institution étrangère[1143].

780. Une autre partie de la doctrine considère, cependant, que « selon l'angle sous lequel ce problème de coordination est abordé, la doctrine emploie les termes de « transposition » et de « substitution » »[1144]. Si le regard est fixé sur le rapport de droit et son sort dans un autre ordre juridique autre que celui à l'origine de sa création, il s'agit de déterminer comment ce rapport peut être transposé dans un autre système de droit et y déployer des effets. Si le concept préjudiciel défini par la règle régissant l'effet juridique en cause est visé, la question est alors de savoir dans quelle mesure un rapport préjudiciel résultant d'un autre droit peut se substituer au dit concept. L'angle choisi mis à part, le problème est de savoir dans quelle mesure un rapport de droit déterminé peut s'insérer dans un autre système de droit afin de produire les effets préconisés par celui-ci. Or, E. Jayme[1145] considère qu'il faut nettement distinguer entre substitution et transposition qui, de son côté, concerne la mise en œuvre d'une loi étrangère contenant une institution qui est inconnue dans le système juridique du for. La substitution, au contraire, tient compte des faits juridiques qui se sont vérifiés dans un système juridique dont la loi n'est pas applicable. Pour la substitution il faut donc décider si l'acte étranger est équivalent ou non alors que dans le cas de la transposition le problème d'équivalence est déjà résolu. M. Bucher, et on se rallie à son opinion, n'est pas convaincu, en revanche, par cet avis et considère qu'en relisant H.

[1141] H. LEWALD, *Rec. cours La Haye*, vol. 69, 1939, p. 126 et s. ; G. CANSACCHI, « Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois », *Rec. cours La Haye*, 1953. II. 81 s. ; G. VAN HECKE, *Rec. cours La Haye*, vol. 126, 1969, p. 399 et s., spéc. p. 499.

[1142] D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 477 ; M. SOULEAU-BERTRAND, *Le conflit mobile*, Dalloz, 2005, p. 179.

[1143] C'est pourquoi et par souci de simplification on englobera dans les développements qui vont suivre sous le vocable de « substitution » les deux situations.

[1144] Lettre d'A. BUCHER à la 1re Commission sur la substitution et l'équivalence en droit international privé de l'Institut de Droit International, Session de Santiago-Chile, préc.

[1145] Réponse d'E. JAYME lors de la 1re Commission sur la substitution et l'équivalence en droit international privé de l'Institut de Droit International, Vol. 72, 27 octobre 2007, (Session de Santiago-Chile), p. 30 et s.

Lewald[1146] qui est à l'origine de ces expressions, il apparait que ces deux catégories ont « le même trait caractéristique ». Les deux termes, substitution et transposition, présentent la même articulation littérale, si bien que l'on voit mal comment on pourrait soutenir que la substitution porterait « sur les faits juridiques qui se sont vérifiés dans un pays dont la loi n'est pas applicable », tandis que la transposition supposerait une opération déjà accomplie, la question de l'équivalence étant déjà accomplie. Lorsque, pour H. Lewald[1147], la question est de savoir comment un testament anglais peut s'appliquer à l'occasion d'une succession immobilière régie par le droit français, il s'agit précisément de se demander quelles sont les catégories du droit français auxquelles le testament anglais correspond au mieux de par l'équivalence des institutions visées. Mais au lieu de s'exprimer en termes de transposition, se demandant comment le testament anglais peut être transposé en droit français, on peut tout aussi bien se demander à quels concepts du droit français le testament étranger peut se substituer. Les deux notions s'articulent différemment mais elles partagent la même méthode de solution[1148].

781. En conclusion, la substitution n'intéresse ni la mise en oeuvre de la règle de conflit, ni l'effet des jugements étrangers, puisqu'elle se pose lors de l'application d'une loi matérielle compétente. Elle concerne, au contraire, l'application matérielle de la loi étrangère car ce procédé est utilisé afin de substituer à la place de celle-ci la *lex fori* ou même une autre loi étrangère, parlant ainsi de *lex propria substitution* ou de *lex aliena substitution.* La substitution peut donc entraîner le remplacement de la loi étrangère compétente en raison de la désignation opérée par la règle de conflit du for. Or, ce remplacement peut entraîner l'application de la *lex fori* mais aussi l'application d'une autre loi étrangère. Ce procédé met en œuvre un raisonnement comparatif *in concreto*, fondé sur le principe de l'équivalence fonctionnelle. Les solutions jurisprudentielles qui en résultent peuvent ainsi être même contradictoires[1149] et aucune solution générale n'a pas pu être dégagée.

[1146] H. LEWALD, *Rec. cours La Haye*, vol. 69, 1939, p. 127.

[1147] *Ibidem.*

[1148] C'est pour cela que M. BUCHER a fait la proposition de rajouter un alinéa 3 à l'article 1 de la Résolution de la 1re Commission sur la substitution et l'équivalence en droit international privé de l'Institut de Droit International, qui aurait eu le texte suivant : « la substitution peut, dans certains cas, être exprimée avec le terme de transposition, lorsque la question est de savoir si un rapport de droit résultant d'une loi différente de celle qui en régit un effet peut être transposé dans la catégorie de rapport de droit prévue par cette loi en tant que condition (préjudicielle) ». Du même avis était également F. VICHER qui a considéré que « *both, substitution and transposition, have to be treated equally. In both the notion of equivalence is of predominant importance. I therefore suggest to include « transposition» in the Resolution* », voy. la lettre de F. VICHER à la 1re Commission sur la substitution et l'équivalence en droit international privé de l'Institut de Droit International, Session de Santiago-Chile, préc.

[1149] Par exemple, dans l'arrêt *Ponnoucanamale* (Cass., civ., 21 avril 1931, *Ponnoucanamale*, *S.*, 1931, 1, 377, note J.-P. NIBOYET) on n'avait pas reconnu à l'intéressé la qualité d'héritier au sens du droit français car son père avait été adopté par le *de cujus* en présence d'enfants légitimes, ce qui était contraire à l'ordre public français de l'époque, alors

782. Il semblerait que la condition de l'équivalence qui doit être respectée lors de la mise en œuvre du procédé de substitution, provoque un effet indirect en ce qui concerne l'application de la loi étrangère. Ainsi, même si la *lex fori* (ou une autre loi étrangère) s'est substituée à l'application de la loi étrangère désignée comme compétente par la règle de conflit, cela a été possible seulement parce que la solution de la *lex fori* est la même que celle préconisé par la loi étrangère. On pourrait alors dire que malgré son inapplication, la loi étrangère s'applique *par ricochet* du fait de la ressemblance de résultat.

783. Après avoir analysé les implications du procédé de la substitution sur l'application de la loi étrangère, nous allons opérer une nouvelle analyse concernant la mécanique d'un procédé concernant également un rapport juridique écartelée entre plusieurs systèmes juridiques, à savoir, celle de l'adaptation.

B. LA MECANIQUE DE L'ADAPTATION ET L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

784. Il n'est pas rare qu'en droit international privé deux ou plusieurs systèmes juridiques soient appelés à régir les différents aspects d'un même litige. Par exemple, les questions de procédure peuvent être régies par la *lex fori* alors que le fond du litige peut être régi par une loi étrangère ; les questions préalables peuvent être soumises à une autre loi que celle régissant la question principale ; aussi, l'existence d'une relation juridique ou statut juridique peut être régie par un autre système juridique que celui qui régit ses effets, etc. Le mélange des règles appartenant à différents systèmes juridiques peut avoir comme résultat la perte de la cohérence qui existe normalement dans un système juridique, ce qui peut provoquer des injustices à l'encontre des parties impliquées[1150]. Il est donc nécessaire de faire en sorte de retrouver la cohérence perdue, le problème étant, à cette fin, de savoir comment et à quel moment intervenir afin de réparer cet éventuel déséquilibre. De ce point de vue, la méthode de l'adaptation semble pouvoir nous apporter des réponses.

785. Il n'est pas toujours facile d'apercevoir l'existence de l'adaptation qui, en réalité, se réalise naturellement. La règle matérielle applicable « s'adapte souvent, en quelque sorte d'elle-même, à la situation étrangère »[1151]. Par exemple, si un enfant, dont la filiation légitime ou illégitime a été établie selon une loi étrangère, réclame des aliments selon la loi française de sa résidence, on lui

---

que l'adoption d'Alexandra Wassiliera par les époux Bioncourt pouvait fonder en France un droit successoral car il n'y avait pas de différences importantes entre la loi tsariste et le droit français antérieur à la loi de 1923, voy. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, *L'adoption en droit international privé*, *J.-Cl.dr.int.*, *Fasc.* 548-B, n° 113.

[1150] K. LIPSTEIN, *Rec. cours La Haye*, vol. 135, 1972, p. 209.

[1151] D. HOLLEAUX et autres, *Droit international privé*, *op. cit.,* n° 621 et s. p. 306.

accordera ce dont il a besoin dans les limites des ressources du débiteur sans toujours vérifier si cette condition existe en droit étranger. D'autres exemples se réfèrent à l'autorité parentale ou à la tutelle si les autorités de la résidence et celles de la nationalité de l'enfant sont appelées à coopérer. Cela suppose que les mesures prises soient adaptables à celles de l'autre droit[1152]. Dans d'autres situations l'adaptation se révèle, cependant, beaucoup plus car elle intervient lorsque l'application conjointe de deux lois peut avoir un résultat choquant.

786. Ces exemples sont les premiers indicateurs de l'influence que le procédé de l'adaptation peut avoir sur l'application de la loi étrangère. Du moment où, suite à la mise en œuvre de ce procédé, l'on aménage deux systèmes juridiques de façon à ce que le rapport juridique soit cohérent dans le système juridique du juge saisi, il est évident que la loi étrangère souffre de l'ingérence de la volonté du for. Afin de déceler plus en profondeur la portée de cette ingérence sur l'application de la loi étrangère, il est nécessaire de comprendre le procédé de l'adaptation en mettant en relief ses particularités (1), ainsi qu'en exposant les différentes modalités d'adaptation (2).

1. PARTICULARITES D'ADAPTATION ET APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

787. L'adaptation peut être utilisée tantôt lorsque le litige présente une notion préjudicielle[1153], tantôt en absence de toute notion préjudicielle. Lorsque le procédé de l'adaptation est utilisé en présence de notion préjudicielle, il faut tenir compte du fait que les mêmes fins peuvent être servies, selon les systèmes, par des institutions différentes. Prenons, dans ce sens, l'exemple classique des droits du conjoint survivant au titre de la liquidation du régime matrimonial et de la succession. Le système français accorde peu de droits au conjoint survivant sur le plan successoral, mais le régime matrimonial légal est celui de la communauté des biens. Le système de la *Common law* connaît, quant à lui, le régime de la séparation des biens, mais les droits testamentaires du survivant ne sont limités par aucune réserve, et ses droits *ab intestat* sont plus importants qu'en droit français. Dans chaque cas, on parvient à un équilibre. Or, les règles de conflit de lois peuvent le compromettre. Soit à calculer les droits d'une veuve dont le premier domicile matrimonial avait été fixé en Grande-Bretagne et dont le conjoint est décédé en France, laissant une fortune mobilière. La loi anglaise applicable au régime matrimonial ne donne rien à la veuve et le droit français applicable à la succession ne lui donnait, en présence d'enfants communs,

[1152] Voy., pour la situation avant 1972, J. FOYER, *Filiation illégitime et changement de la loi applicable*, Paris 1964, n° 491, p. 328.
[1153] Comprise comme une situation de droit dont dépend la solution du fond du litige.

avant la loi du 3 décembre 2001, qu'un quart en usufruit. Aucun des deux législateurs n'aurait voulu ce résultat[1154]. En modifiant les données de l'espèce, on arriverait, au contraire, à faire profiter le conjoint survivant des avantages des deux lois.

788. Un autre exemple envisage la situation dans laquelle le système juridique applicable aux obligations alimentaires entre ex-conjoints après un divorce (souvent la loi du pays de la résidence habituelle du créancier d'aliments) prévoit qu'un tel entretien est dû uniquement à l'ex-conjoint qui, dans le jugement de divorce a été déclaré innocent par rapport à la rupture du mariage. Cette exigence est, en principe, impossible à remplir si le divorce a lieu, par exemple, en Suède, parce que lors des procédures de divorce devant les tribunaux suédois il n'est pas permis d'énoncer lequel des conjoints est à blâmer. Il serait, cependant, injuste de priver un ex-conjoint de son droit d'entretien uniquement parce que le divorce a eu lieu en Suède. Le problème peut être résolu par une adaptation raisonnable de la règle matérielle applicable à l'obligation alimentaire, en remplaçant, par exemple, l'exigence de déclaration judiciaire d'innocence dans le jugement de divorce par une constatation, dans le cadre du différend sur l'obligation alimentaire, du fait que pendant le mariage l'ex-conjoint qui réclame une pension avait subi le comportement inapproprié de l'autre ex-conjoint.

789. Un exemple très célèbre est fourni par la situation d'un enfant adopté dont le droit de succession de ses parents biologiques et adoptifs est régi par différents systèmes juridiques. Alors que dans certains pays l'enfant adoptif hérite de ses parents adoptifs mais pas de ceux biologiques, la loi d'autres pays peut prévoir le contraire. Même si les lois des deux pays sont fondées sur l'idée que l'enfant adopté devrait avoir le droit de succession soit de ses parents biologiques, soit de ses parents adoptifs, les règles de conflit peuvent conduire à ce que l'enfant n'hérite pas ou reçoive un double héritage. L'arrêt *Ponnoucanamale* illustre bien la question, même si l'arrêt n'est pas clair sur la solution retenue[1155]. Le litige opposait deux enfants indiens - l'un était adoptif, l'autre légitime - sur la dévolution successorale des biens de leur auteur, situés dans les Indes françaises. La loi successorale française reconnaissait aux enfants adoptifs les mêmes droits dans la succession que ceux qui étaient attribués à des enfants légitimes mais elle prohibait l'adoption en présence d'enfants légitimes, déjà nés au moment de son prononcé. La loi indienne validait l'adoption mais ne conférait pas, semble-t-il, de vocation successorale aux enfants adoptés. Deux questions se

[1154] Un problème analogue concerne les droits successoraux d'un enfant adoptif : il se peut qu'une loi lui donne des droits dans la succession des adoptants, mais non dans celle des parents de sang, et qu'une autre conduise au résultat inverse ; maladroitement combinées, elles peuvent le priver de tout droit.

[1155] Cass, req., 21 avr. 1931, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1932, p. 526, rap. Pilon, note J.-P. NIBOYET.

posaient devant le juge : celle du lien de filiation et celle de la dévolution successorale. Si le juge procédait au découpage des deux questions, l'établissement du lien de filiation d'une part, selon la loi indienne, et la dévolution successorale d'autre part, selon la loi française, l'on aboutissait à admettre une solution pourtant interdite selon chacun des systèmes pris dans sa globalité.

790. L'on observe, ainsi, que la difficulté est particulièrement aiguë lorsque les systèmes présentent des conceptions ou de techniques trop opposées. Dans ce sens, l'on peut opposer les systèmes laïcs et les systèmes confessionnels sur les conditions de forme (mariage civil ou religieux) et les effets du mariage (divorce ou indissolubilité) ; ou encore les mesures conservatoires opérant *in rem* (sur les biens du débiteur dans le système français) ou *in personam* (sur la personne du débiteur dans le système de la *Common law*).

791. Le procédé de l'adaptation doit également être utilisé, en l'absence même de toute notion préjudicielle, chaque fois que le présupposé de la règle substantielle applicable se réfère à une situation de fait dont la réalisation ne se conçoit parfaitement que pour des rapports internes. Par exemple, lorsque la règle applicable subordonne la validité d'un acte à son authenticité, l'on peut se retrouver dans la situation où, faute de notaire au sens latin du terme, l'on a recouru à un simple *notary public*. Il faut, dans ce cas, interpréter l'exigence d'authenticité, déterminer quel degré de respectabilité ou responsabilité est requis de la part du rédacteur de l'acte.

2. MODALITES D'ADAPTATION ET APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

792. Une première modalité d'adaptation a été prévue pour le cas où une institution présente des spécificités trop marquées dans le système juridique dont elle est originaire. Le moyen d'éviter des difficultés d'ajustement avec une autre loi, applicable aux effets de cette institution, qu'elle risque de ne pas connaître, peut être l'élaboration d'une règle de conflit spécifique, adossée à une catégorie *sui generis*, appréhendant la formation comme les effets de cette institution particulière. C'est ainsi que l'on peut proposer de soumettre le mariage polygamique à une loi propre, dont le domaine couvrirait les effets patrimoniaux et extra-patrimoniaux[1156]. On éviterait, ainsi, d'avoir à se préoccuper d'organiser le partage d'une succession entre deux épouses, en vertu de la loi successorale d'un pays dont les institutions sont conçues au regard du modèle d'un mariage monogame. C'est également la solution proposée pour résoudre les difficultés suscitées par la diversité des législations sur les partenariats organisés, comme le PACS en droit français.

[1156] Voy. la proposition de B. BOURDELOIS de soumettre le mariage polygamique et la plupart de ses effets à la *lex matrimonii* découlant de la localisation du premier mariage, *Mariage polygamique et droit positif français*, préf. P. BOUREL, *GLN Joly*, 1993.

793. Le procédé n'est, cependant, pas généralisable et ne couvre pas tous les effets de ces institutions spécifiques. C'est pour cela que des correctifs sont indispensables pour mieux articuler les systèmes en présence. Certains correctifs interviennent au niveau de l'application du droit matériel désigné, pour adapter les règles matérielles applicables (a), d'autres, au niveau conflictuel, pour adapter la règle de conflit applicable ou le manque de concordance des conventions internationales (b).

a. L'adaptation réalisée au niveau matériel

794. Ce type d'adaptation peut être réalisé soit par un assouplissement de la notion préjudicielle, soit par l'aménagement de l'effet juridique. Le problème de l'assouplissement de la notion préjudicielle se pose quand on veut faire jouer un certain effet prévu par une loi donnée dépendant d'un concept emprunté à un autre droit. C'est ainsi que l'adaptation s'impose lorsqu'on veut savoir, par exemple, si les bénéficiaires d'un *trust*, constitué selon le droit anglais, peuvent être appelés à succéder dans une succession soumise à la loi française. La médiation qu'exerce l'existence du *trust* empêche de considérer les bénéficiaires comme des héritiers à raison de leur lien de parenté avec le défunt. Il faut prendre en considération les droits qu'ils tirent du *trust* et la solution consiste à faire entrer les bénéficiaires dans la catégorie française la plus proche, celle de légataire.

795. Le principe est donc de substituer la notion étrangère (la notion préjudicielle) à celle qui conditionne l'effet prévu par la règle applicable à la question principale, en assouplissant les catégories de celle-ci, afin de rendre possible une telle substitution[1157]. Il faut donc rechercher l'institution du for analogue. La même solution s'applique quand l'effet est prévu par une loi étrangère, néanmoins distincte de celle qui régit la condition préjudicielle. La jurisprudence fournit de nombreux exemples de cette méthode, qu'elle suit de manière empirique, sans s'y référer explicitement. C'est ainsi que la seconde épouse d'un homme polygame peut revendiquer les effets attachés à la qualité de conjoint, notamment les effets alimentaires[1158] et successoraux[1159]. De même un acte dressé par un *notary public* américain peut être tenu pour équivalent à l'exigence d'un acte authentique français, quant à la protection du consentement des époux requis par la loi française, applicable au régime matrimonial, pour autoriser les époux à convenir dans

[1157] H. LEWALD, *Rec. cours La Haye*, vol. 69, 1939, p. 69.
[1158] Cass., 1re civ., sect., 28 janv. 1958, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1958, p. 110, note R. JAMBU-MERLIN et Cass., 1re civ., 14 juin 1957, *JDI* 1958, p. 776, note A. PONSARD.
[1159] Cass., 1re civ., 3 janv. 1980, *Bendeddouche*, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1980, p. 331, note H. BATIFFOL.

leurs rapports réciproques d'une liquidation de leurs biens, selon une base différente de celle prévue par leur régime[1160].

796. Cependant, l'assouplissement du concept préjudiciel n'est pas toujours suffisant. Parfois, il faut encore aménager la règle matérielle relative à l'effet en cause pour l'adapter à la situation particulière envisagée. Dans le cas d'un aménagement de l'effet juridique l'adaptation se fait sur mesure, au regard de la règle matérielle en cause. On ne peut que donner des directives générales. Il faut rechercher la solution que le législateur aurait adoptée s'il avait envisagé la question, en complétant la loi défaillante, parfois par transposition d'une solution existante sur une question analogue[1161]. Dans ce cas, la solution serait d'éviter, par exemple, les doubles avantages du conjoint survivant en déduisant de la succession le montant que celui ci a déjà reçu à la suite du partage des biens matrimoniaux ou inversement. Dans le même sens, dans l'exemple précédent des droits successoraux de la seconde épouse de l'homme polygame, les modalités de calcul de ces droits ne peuvent pas être fournies directement par la loi successorale, si celle-ci ignore le mariage polygamique. Plusieurs solutions ont été ainsi proposées : soit procéder à un cumul des droits de chaque épouse, soit répartir les droits du conjoint survivant entre les deux épouses[1162], soit partager une même prestation mais sans en cumuler le bénéfice[1163]. D'autres exemples d'adaptation des règles matérielles pour les besoins des situations internationales peuvent être tirés de la pratique notariale, comme l'élargissement de la masse de calcul de la réserve à l'ensemble des différentes masses successorales soumises à des lois distinctes, pour remédier aux inconvénients du morcellement des successions internationales, à la condition toutefois d'un accord de tous les héritiers[1164].

797. On a aussi proposé d'adapter certaines règles françaises (comme les infractions de détournement d'objet saisi et d'organisation frauduleuse d'insolvabilité) pour rendre efficace l'exécution en France de mesures conservatoires prononcées *in personam* en Angleterre, les injonctions à finalités conservatoires[1165]. Dans ce dernier cas, l'on pourrait aussi autoriser le juge

---

[1160] Cass, 1re civ., 23 mai 2006, n° 05-18.385, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2006, p. 841, note M. REVILLARD, *JDI* 2007, p. 572, note C. CHALAS, *Dr. & patri*. 2006, n° 154, p. 82, obs. M.-E. ANCEL.

[1161] Voy. G. CANSACCHI, « Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois », *Rec. cours La Haye*, vol. 83, 1953, p. 79-160 ; D. COCTEAU-SENN, *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois*, Paris I, 2001.

[1162] Solution de l'arrêt *Bendeddouche*, préc.

[1163] Cass., 1re civ., 10 mai 2006, n° 04-19.444, *Henriette T. c/ Abdelrhani B.* : Juris-Data n° 2006-033392 ; *JCP G* 2006. II. 10165, note T. AZZI.

[1164] Y. LEQUETTE, « Ensembles législatifs et droit international privé des successions », *Trav. Com. fr. dr. int. pr* 1983-1984, p. 171.

[1165] G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, préf. H. MUIR WATT, LGDJ, 2000.

français de l'exequatur à assortir l'injonction d'une astreinte[1166], ou à compléter la mesure étrangère pour la rendre compatible avec les types de mesures conservatoires prévues par le droit du for[1167]. On pourrait aussi concevoir d'élargir les pouvoirs des huissiers français en leur prescrivant de tenir pour équivalents un titre exécutoire anglais et une saisie conservatoire française, afin de procéder à l'exécution de la mesure sur les biens du débiteur en France.

798. En conclusion, tout en acceptant que les deux questions soient régies par des lois différentes, il faut comparer les institutions concernées des deux systèmes, déterminer si elles peuvent être considérées comme équivalentes, et, dans l'affirmative, substituer l'une à l'autre pour permettre aux règles des deux systèmes de s'emboîter les unes dans les autres. À défaut d'équivalence entre les institutions, l'ajustement des règles matérielles n'est pas possible et il faut, selon les cas, refuser l'effet sollicité ou recourir à une adaptation de la règle de conflit.

b. L'adaptation réalisée au niveau conflictuel

799. Quand l'adaptation matérielle n'est pas possible, il ne reste plus qu'à éradiquer la cause du problème, c'est-à-dire la disparité de lois applicables aux questions interdépendantes. On procède alors à un règlement d'ensemble de ces questions au regard d'une loi unique. De ce point de vue l'adaptation peut être effectuée au niveau des règles de conflit (α) mais aussi au niveau du conflit entre les conventions internationales (β).

α. L'adaptation effectuée au niveau des règles de conflit

800. Au niveau des règles de conflit l'adaptation peut être réalisée en soumettant, par exemple, la succession à une loi unique : soit à la loi applicable au partage des biens matrimoniaux - la solution allemande[1168], soit à celle applicable à la succession entre conjoints - la solution française[1169]. Les deux jurisprudences se séparent, cependant, quant à la détermination de la loi qui évince l'autre. Les décisions françaises précitées ont toutes appliqué la loi successorale, tandis que les décisions allemandes font prédominer la loi du régime matrimonial.

801. A l'appui de la solution française, on peut faire remarquer que la loi successorale, lorsque le tribunal saisi est français, est presque toujours la loi française en raison de la coïncidence entre

---

[1166] Mais cela ne serait pas possible en première instance, l'injonction ne pouvant être prononcée lors d'une procédure sur requête, ni a fortiori par un greffier en chef.

[1167] Cass., 1re civ., 10 mai 2006, n° 04-19.444, *Henriette T. c/ Abdelrhani B.*, préc.

[1168] G. VAN HECKE, *Rec. cours La Haye,* vol. 126, 1969, p. 509-513.

[1169] Voy, par exemple A. BUCHER, *Rec. cours La Haye*, vol. 341, 2009, p. 243 ; CA Paris 6 janv. 1862 : *S.* 1862.2.337; Civ. 16 aout 1869, *S.* 1869.1.417 ; Cass., req., 4 avril 1881 : *S.* 1883.1.65, note L. RENAULT, *JDI* 1882, p. 87, cités par F. RIGAUX, *La théorie des qualifications en droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1956, n° 253.

compétence législative et compétence juridictionnelle en la matière. Mais cet argument est de peu de poids, face aux objections dirimantes qui viennent aussitôt à l'esprit : la loi du régime va dépendre de l'ordre des décès ; elle dépendra aussi du lieu du décès pour la succession mobilière. Il vaut mieux retenir l'événement premier dans l'ordre chronologique ; l'état de mariage précédant le décès, et la liquidation du régime celle de la succession, c'est la loi du régime qui doit régir l'ensemble.

802. La solution de la loi unique peut également être dégagée du célèbre arrêt *Ponnoucanamale*. L'arrêt avait refusé à l'enfant adoptif toute vocation successorale en énonçant que la règle française prohibant l'adoption en présence d'enfant légitime était un texte relatif à l'état des personnes et d'ordre public. C'est donc la loi française qui fut appliquée pour le tout, mais ses titres de compétence (ordre public ou substitution à la loi personnelle) étaient ambigus. De ce point de vue la même solution retenue dans l'affaire *Gatthas*[1170] ressort bien plus clairement. Dans cette affaire le juge français a substitué la loi française, applicable à la forme du mariage, à la loi libanaise, applicable à sa dissolution. En l'espèce deux personnes de nationalité libanaise, mais de religion divergente s'était mariés en France et demandaient la dissolution du mariage. Concernant les conditions de fond du mariage, la loi normalement compétente est la loi commune, c'est à dire la loi libanaise mais cette loi ne permet pas à deux époux de confession différente de s'unir par un lien matrimonial. Or, la loi étrangère a été évincée car considérée comme contraire à l'ordre public international français en raison de la discrimination religieuse mais seulement en ce qui concerne les conditions du mariage. En revanche, le reste du régime matrimonial devrait, en principe, se voir appliquer la loi libanaise. La Cour de cassation va néanmoins considérer qu'il faut, à des fins de cohérence, évincer la loi étrangère dans son intégralité et appliquer la loi française à la fois pour les conditions et les effets du mariage. La solution s'expliquait par la nécessité d'éviter une situation dans laquelle un même mariage aurait été valable selon le droit français, et nul et indissoluble selon le droit canonique applicable aux époux en vertu du droit libanais.

803. Lorsqu'elle est possible - mais elle ne l'est pas toujours - il faut donc préférer la voie de l'adaptation, qui doit apporter la réponse à la question suivante : quelle règle le législateur aurait-il adoptée s'il avait envisagé la situation de l'espèce ? C'est de cette façon qu'a raisonné la Cour de cassation dans l'affaire *Ferrari* : « L'article 310 du Code civil suppose qu'il a été prononcé un jugement de séparation pour une cause déterminée qui sera celle du divorce substitué à la

[1170] Cass, 1re civ., 25 fév. 1947: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1947, p. 446, note J.-P. NIBOYET.

séparation ». En conséquence la conversion devait être exclue en l'espèce. Le raisonnement est à approuver, si l'on ne remet pas en cause les données du problème, c'est-à-dire la solution qui avait été apportée au problème de la loi applicable. Cette méthode est recommandée toutes les fois que l'application distributive de deux lois différentes à des questions interdépendantes conduit à un résultat absurde ou provoque une altération grave des règles matérielles applicables à la question principale[1171]. On peut néanmoins hésiter sur le choix de la loi à substituer, celle de la question principale ou celle de la condition préjudicielle. Dans les deux exemples précédents, la substitution a été opérée, dans un ordre différent, mais toujours au profit de la loi du for.

804. La doctrine est majoritairement favorable à la substitution de la loi applicable à la condition préjudicielle à la loi de la question principale, ce qui revient à étendre la compétence de la loi de la création de l'institution aux effets de celle-ci. La solution a l'avantage d'éviter de revenir sur la validité d'une situation par application d'une loi qui l'ignore.

805. Dans certains cas, la logique commande de faire intervenir une loi avant l'autre. Ce sera celle-ci qui sera substituée. Ainsi, dans l'exemple très utilisé de l'équilibre à trouver entre régimes matrimoniaux et successions, l'on peut substituer la loi du régime matrimonial à la loi successorale pour régler l'ensemble des droits du conjoint survivant. La liquidation du régime précède celle de la succession, c'est donc la loi du régime qui doit gouverner l'ensemble[1172].

β. Le règlement des conflits des conventions internationales

806. La multiplication de normes de droit international privé, élaborées par des instances différentes sur la scène internationale, peut engendrer des difficultés similaires à celles qui résultent de l'application à un même rapport de droit de lois distinctes et incompatibles. C'est dû à une nouvelle configuration de conflits, le conflit de conventions internationales[1173].

807. Le conflit peut être prévenu, plus ou moins facilement du reste, par des clauses de compatibilité entre les textes[1174] ; ou résolu, avec la bonne volonté des États, par une révision de l'un ou l'autre des instruments. Mais à défaut, il peut s'avérer inextricable.

808. Les conflits peuvent provenir d'un chevauchement de leur champ matériel, qui a échappé à l'attention des États signataires. Les ressources de l'interprétation peuvent alors suffire à résorber le conflit, par un réajustement du domaine respectif de chaque convention afin de les

---

[1171] Y LEQUETTE, « Ensembles législatifs et droit international privé… », *loc. cit.*, p. 175.
[1172] P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2014, n° 258.
[1173] Le conflit de conventions n'est pas une figure tout à fait nouvelle mais il a pris ces dernières années, avec le développement des sources internationales du droit international privé, une ampleur sans précédent.
[1174] Sur ces clauses, voy. C. BRIERE, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, 2001.

coordonner[1175]. Mais dans certains cas l'antinomie est insurmontable parce que les principes gouvernant les deux conventions sont inconciliables. C'est le cas du conflit entre la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 et la Convention européenne des droits de l'homme, spécialement avec l'article 5 du protocole n° 7, conflit qui a fait couler beaucoup d'encre et semé pendant longtemps la zizanie en jurisprudence[1176]. La convention bipartite franco-marocaine a, en effet, pour but de garantir aux nationaux des États signataires, donc aux Marocains résidant en France, la permanence de leur statut personnel. La Convention européenne engage la France, par l'intermédiaire de ses juges, à faire respecter le principe d'égalité des sexes. Or, parmi les règles du statut personnel des Marocains, figurent certaines institutions, notamment le droit de répudiation, qui heurtent le principe d'égalité des sexes. Dans cet exemple, les ressources de l'interprétation ne permettent que de sauver les apparences. Certes, la Convention franco-marocaine réserve l'exception d'ordre public, susceptible d'être opposée aux décisions, y compris les répudiations, qui émanent des juridictions de l'autre État contractant. De fait, la jurisprudence française s'est emparée de cet instrument pour résoudre la contradiction. Mais l'on sait que cette interprétation est contraire aux intentions exprimées très clairement par les deux États dans le préambule de la Convention franco-marocaine qui souligne « la nécessité de conserver aux personnes les principes fondamentaux de leur identité personnelle ». La convention prévoit en outre la reconnaissance de la répudiation « en tant que telle »[1177].

809. L'antinomie des normes posées par ces deux conventions est ainsi irréductible. Elle provient d'une opposition très forte de culture entre le droit marocain, qui veut faire jouer le privilège de la religion, et par suite celui de l'application des institutions du droit musulman, à l'égard de ses ressortissants, même résidant à l'étranger, et le droit français qui entend faire respecter sur son territoire les principes de laïcité et d'égalité. Face à un tel conflit de conventions internationales, aucune systématisation des solutions ne peut être tirée, ni du droit des traités[1178],

---

[1175] Par exemple l'articulation de la Convention de Bruxelles sur les effets des jugements européens et de la Convention européenne des droits de l'homme, par une intégration des principes protégés par la seconde dans l'ordre public des États signataires de la seconde, voy, CJCE, 28 mars 2000, *Krombach,* C-7/98, *Rec.,* n° 690; pour d'autres exemples, voy. E. GALANT, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Defrénois, 2004, p. 92 et s.

[1176] Les cinq arrêts du 17 février 2004 de la première chambre civile de la Cour de cassation mettant un terme à une jurisprudence aux rebondissements multiples, *Bull. civ.* n° 46 à 50.

[1177] A son article 13.

[1178] Ce type de conflit n'est pas envisagé par la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur les traités, voy. M.-L. NIBOYET-HOEGY, « La mise en œuvre du droit international privé conventionnel, incidence du droit des traités sur les pouvoirs du juge », *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz, 1996.

ni de directives de résolution des conflits de conventions de droit international privé (comme le principe de spécialité, d'efficacité ou du moindre sacrifice)[1179].

810. Il y a des cas où le choix de l'une des conventions aboutit nécessairement à la violation de l'autre, sans qu'il soit possible de discerner où se situe « le moindre sacrifice », que l'on se place au plan du règlement du litige ou au plan diplomatique. On doit se résigner à constater que le droit international privé, malgré son goût des constructions bien ordonnées, n'échappe pas au risque d'une antinomie de normes. Le juge est, donc, amené à trancher le conflit en faisant prévaloir son sentiment du juste, inspiré nécessairement par ses propres valeurs, et, si possible, par référence à des principes généraux du droit[1180]. Il écartera l'une des conventions au profit de l'autre. On peut y voir la mise en œuvre d'un pouvoir d'adaptation semblable à celui qui lui est traditionnellement reconnu quand il substitue un droit unique à une pluralité de règles applicables par souci de cohérence, mais avec la même impression de « bricolage »[1181].

811. Il faut cependant observer qu'il n'est pas facile de justifier une méthode qui combine les lois des systèmes juridiques concernés pour permettre l'existence d'une situation qui n'aurait existé ni dans l'un ni dans l'autre de ces systèmes[1182]. C'est pour cela qu'il n'est pas plus facile de donner une directive nette sur la méthode à suivre pour y procéder. On peut procéder par substitution en refusant le dépeçage et en appliquant l'une des lois en conflit à la totalité de la situation (par exemple, la loi du régime matrimonial tant au régime lui-même qu'à la succession) ou par modification de la loi matérielle désignée[1183]. Il faut sans doute au moins s'efforcer de réaliser l'adaptation souhaitée en appliquant celle des deux lois dont la modification devra être la moindre[1184].

812. Il est très difficile de formuler une règle générale concernant la façon dont l'adaptation (*Angleichung*) doit être atteinte. Comme illustré dans les exemples ci-dessus, il peut y avoir de grandes différences entre les diverses situations et différents types de solutions peuvent être requis. Le juge devrait avoir le pouvoir d'intervenir et de procéder à une adaptation pour corriger le résultat s'il estime que les règles de conflit conduisent à un résultat qui est incompatible avec les

---

[1179] Sur la formulation de telles directives, voy. F. MAJOROS, *Les conventions internationales en matière de droit privé, Abrégé théorique et traité pratique*, I, Pédone, 1976 ; pour l'étude des directives qui y sont proposées, voy. D. BUREAU, « Les conflits de conventions », *Trav. Com. fr. dr. int. pr* 1998-2000, p. 201.

[1180] L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé, Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2001.

[1181] D. BUREAU , « Les conflits de conventions », préc. p. 202.

[1182] F.K. JUENGER, *Rec. cours La Haye*, vol. 193, 1983, p. 196 qui cite B. CURRIE.

[1183] Voy. sur l'analyse de ces problèmes difficiles, P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2014, n°s 257 et s., B. AUDIT , L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, n°s 311 et s. ; D. COCTEAU-SENN, *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois*, Paris I, 2001

[1184] D. HOLLEAUX et autres, *Droit international privé, op. cit.*, n°s 625 et s.

objectifs des règles matérielles du système juridique applicable. L'adaptation devrait en tout cas être aussi limitée que possible et devrait être compatible avec les buts de la loi applicables plutôt qu'avec ceux de la *lex fori*. De même l'adaptation de la *lex fori* devrait être possible dans la même mesure que celle de la loi étrangère.

§ 2. L'INFLUENCE DE L'EQUIVALENCE SUR L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

813. La notion d'équivalence est utilisée assez fréquemment dans la matière des conflits de lois. En même temps, cette même notion apparaît dans la jurisprudence du droit de l'Union européenne[1185], étant utilisée pour comparer le droit d'un État membre d'origine et celui d'un État d'accueil, afin de déterminer leurs niveaux respectifs de protection et, partant, de connaître le droit applicable. Cette utilisation est pratique car au sein de l'Union européenne, la disparité des législations des États membres est de nature à constituer une entrave aux échanges[1186]. Cependant, lorsqu'il procède à ce test d'équivalence, le juge européen ne résout pas un problème de coordination des systèmes au sens du droit international privé puisqu'il s'agit, dans ce cas, de garantir les libertés de circulation et de réaliser le marché intérieur en supprimant les entraves non justifiées.

814. En droit international privé, l'équivalence peut s'entendre de deux façons[1187] : soit d'une façon formelle et littérale, en considérant que les dispositions législatives sont formulées de la même façon et on s'arrête à la lettre de la loi[1188] ; soit d'une façon concrète lorsqu'on se détache de la formule de la loi, en ne prenant en compte que le résultat qui doit être le même dans les deux systèmes juridiques. La façon concrète de l'équivalence semble être préférée car « il y a 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 »[1189].

815. L'équivalence peut intervenir soit lors de l'identification de la règle de conflit adéquate, supposant, dans ce cas, l'analyse de l'institution dans son système d'origine dans le but de la rapprocher d'une institution du for constitutive du présupposé de la règle de conflit ; soit lors de

---

[1185] H. GAUDEMET-TALLON, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé », *loc. cit.* p. 315 s. ; voy. également, L. GANNAGE, « La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation », *in Liber amicorum Calay-Auloy*, 2004, Dalloz, p. 437 s.

[1186] H. GAUDEMET-TALLON, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé », *loc. cit.* , spéc. p. 316, qui souligne : « s'il existe déjà dans l'État de destination une disposition analogue qui aboutit au même résultat, l'entrave ne pourra être justifiée. Dès lors que la disposition en cause de l'État de destination a son équivalent dans l'État d'origine, elle doit s'effacer et il faudra se satisfaire de la disposition en vigueur dans l'État d'origine ».

[1187] O. CACHARD, *Droit international privé, op.cit.,* p. 217 et suiv.

[1188] On observe, par exemple, que le C. civ. français et le C. civ. belge comportent sur bien des points des formules identiques.

[1189] Ph. MALAURIE, « L'équivalence en droit international privé ». *D.* 1962. *chron.* p. 215 et s.

la mise en oeuvre de la règle matérielle désignée par la règle de conflit. Si, le plus souvent, une telle articulation s'opère sans heurt en raison de l'existence d'un fond commun, un défaut de communauté entre les systèmes juridiques risque, en revanche, de paralyser la continuité de la situation litigieuse[1190]. C'est le cas, par exemple, d'un mariage polygamique valablement célébré à l'étranger et appelé à produire des effets en France ou d'un *trust*-libéralité constitué en application du droit anglais et dont l'efficacité est susceptible d'être remise en cause par l'application de la loi française à la succession du constituant.

816. Dans tous ces exemples la continuité du rapport litigieux pourrait être rétablie si l'on parvenait à voir dans les institutions étrangères les réponses apportées par ces mêmes systèmes à des problèmes que nous résolvons autrement[1191]. Il s'agit de dépasser les différences apparentes entre les institutions pour constater l'existence de similitudes substantielles[1192]. L'on peut, ainsi, observer les avantages de cette théorie en droit international privé car l'équivalence présente un caractère d'ouverture en ayant la tendance d'élargir le domaine de la loi étrangère[1193]. Le problème est que le mécanisme présente certaines ambiguïtés du fait qu'il appartient à la catégorie des « concepts flous »[1194]. De ce fait le mécanisme de l'équivalence favoriserait le recul de la méthode conflictuelle[1195] et ne serait qu'une manifestation d'un *lex forisme* critiquable[1196]. Ainsi, au nom de l'équivalence des lois en conflit, la Cour de cassation a pu considérer qu'il n'y avait pas lieu de sanctionner les juridictions inférieures qui avaient appliqué une loi autre que celle désignée par la règle de conflit du for[1197]. L'assouplissement de l'office du juge peut sembler assez radical ; plus

---

[1190] D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 476.

[1191] H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques de droit international privé*, *op. cit.*, 1956, spéc. n° 19.

[1192] G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984, préface H. BATIFFOL, spéc. n° 20 : « Dans le processus de la prise en considération de l'équivalence, la différence est supposée et l'on cherche à la dépasser ».

[1193] Ph. MALAURIE, « L'équivalence en droit international privé », *D.* 1962, p. 215.

[1194] H. GAUDEMET-TALLON, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé », *loc. cit.*, p. 303, spéc. p. 304.

[1195] H. GAUDEMET-TALLON, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé », *loc. cit.*, p. 305 ; L. GANNAGE, « La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation », *loc. cit.*, p. 430 et s.

[1196] Cass., 1re civ., 23 janv. 2007, n° 03-13.422, *D.* 2007, p. 1244, note N. BOUCHE ; *ibid.* 2562, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *ibid.* 2008, p. 871, obs. D. R. MARTIN et H. SYNVET ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2007, p. 760, note O. BOSKOVIC, où la Cour de cassation est venue renforcer les conditions de mise en œuvre du mécanisme tant et si bien qu'à terme cela risque de lui ôter une grande partie de son intérêt.

[1197] Cass., 1re civ., 13 avr. 1999, n° pourvoi 96-22.487, *D.* 2000., p.268, note E. AGOSTINI ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1999, p. 698, note B. ANCEL et H. MUIR WATT ; *JDI* 2000, p. 315, note B. FAUVARQUE-COSSON ; *JCP* 2000. II. 10261, note P. LEGIER ; Cass., 1re civ., 3 avril 2001, n° pourvoi 99-17649, *Rev. crit dr. internat. privé*, 2001, p. 513, note H. MUIR WATT. En l'espèce, la Cour de cassation a considéré qu'« attendu que l'équivalence entre la loi appliquée et celle désignée par la règle de conflit - en ce sens que la situation de fait constatée par les juges aurait les mêmes conséquences juridiques en vertu de ces deux lois - justifie la décision qui fait application d'une loi autre que la loi compétente » ; Civ. 1re, 11 janv. 2005, n° 01-02.473, *D.* 2005, p. 2924, note J.-G. MAHINGA ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2006, p. 85, note M. SCHERER ; *JDI* 2006, p. 955, note S. GODECHOT-PATRIS.

encore, la Cour de cassation laisse ainsi entendre que l'obligation pour le juge de mettre en oeuvre la règle de conflit n'existerait qu'en présence d'un « vrai conflit ». L'on peut donc se rendre compte de l'ambivalence du mécanisme[1198] : si utilisée à bon escient l'équivalence peut assurer une prise en considération respectueuse de la loi étrangère ; elle peut, à l'inverse, être mise au service d'objectifs beaucoup moins légitimes et se trouver de ce fait dévoyée. Donc une fois l'équivalence établie, elle peut soit évincer une loi étrangère[1199], soit favoriser l'application de la loi étrangère[1200].

817. Il semblerait que le rôle de l'équivalence, d'assurer un règlement harmonieux du rapport litigieux en s'efforçant de ménager l'application des différentes lois désignées par les règles de conflit, se soit perdu de vue. Est ce qu'il est possible d'en restaurer le crédit ? Cela passe d'abord par une l'analyse des conditions de mise en oeuvre du jugement d'équivalence (A) ; cela suppose ensuite de reconnaître la diversité de ses effets (B).

A. MISE EN OEUVRE DE L'EQUIVALENCE ET APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

818. L'équivalence intervient au niveau de la qualification du rapport litigieux et implique la comparaison de l'institution juridique (présente autant dans le système juridique du for que dans celui étranger) constitutive du présupposé de la règle de droit à appliquer. Du résultat du jugement d'équivalence dépendra, par la suite, l'éventuelle substitution de la loi du for à la loi étrangère ou inversement. Cependant, avant même de mettre en place cette substitution il faut vérifier une dernière chose, à savoir, si la cohérence du for est respectée ou pas. En effet, si la cohérence du for n'est pas respectée, cela va entraîner une renonciation à la réalisation de la substitution et cela malgré l'équivalence retenue des institutions juridiques, du for et étrangère, constituant le présupposé de la règle à appliquer. Il est donc nécessaire de procéder à une comparaison des résultats de l'application de la règle de droit selon qu'il est procédé ou non à la substitution.

[1198] S. GODECHOT-PATRIS, « Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes », *Rev. crit. dr. internat. privé.*, 2010, p. 271.

[1199] L'équivalence entre le mariage polygamique et le mariage monogamique autorise les épouses du défunt à se prévaloir de l'article 757 du C. civ.

[1200] Trib. GI Paris, 22 avril 1976, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1977, p. 324, note G.A.L. DROZ. Dans cette décision se posait la question de savoir si le légataire universel institué par testament authentique était assujetti à l'envoi en possession s'agissant de l'immeuble situé en France - envoi en possession imposé par l'art. 1008 du C. civ. Le Tribunal de grande instance de Paris a cru bon de l'en dispenser invoquant, à cette fin, l'équivalence entre l'envoi en possession du droit français et l'ordonnance de *grant of probate* obtenue en Angleterre en application de la loi anglaise applicable à la succession mobilière. En effet, l'envoi en possession a pour but de vérifier la régularité formelle du testament, et l'ordonnance de *grant of probate* conduit au même résultat. Par conséquent il existe une équivalence entre les deux procédures qui permet de ne pas assujettir le légataire universel au formalisme de l'art. 1008 du C. civ.

819. L'accueil de l'institution étrangère dans le système juridique du for suppose ainsi, une première équivalence entre les institutions en présence (1) et une deuxième équivalence des résultats, afin de préserver la cohérence de l'ordre du for (2).

1. L'EQUIVALENCE DES INSTITUTIONS

820. En présence d'une institution étrangère l'équivalence nécessaire à l'intervention d'une éventuelle substitution peut accompagner l'opération de qualification. Le juge procède donc à une comparaison entre les caractères de l'institution litigieuse et le sens conféré par le législateur national à ses règles de conflit en utilisant l'équivalence. L'équivalence présente un caractère fonctionnel lors de ce raisonnement car ce qui est recherché est une convergence des résultats et non pas une convergence des formules[1201]. Par exemple, savoir si les règles de conflit propres à l'adoption peuvent s'appliquer à la *kafala* suppose de déterminer si, tout comme l'adoption, la *kafala* tend ou non à l'établissement d'un lien de filiation[1202]. Une telle approche ne permet, cependant, pas de garantir un résultat positif à chaque fois que le raisonnement est utilisé. Par exemple, dans le cas des systèmes juridiques qui ne reconnaissent pas encore le mariage homosexuel il est difficile d'assimiler cette institution étrangère à l'institution du mariage au sens classique et de savoir si les conventions internationales conclues en matière de mariage leur sont applicables. A l'origine, ces conventions avaient eu en vue seulement le mariage hétérosexuel et il n'est pas certain que les systèmes juridiques qui ont pris des engagements uniquement pour ce type de mariage s'estiment liés pour les mariages célébrés entre personnes de même sexe[1203]. De même, lorsqu'il s'agit de règles de conflit à finalité matérielle, il peut être difficile d'envisager l'équivalence car elles ont été adoptées en contemplation des solutions consacrées au for[1204]. Dans ce cas, l'institution étrangère doit épouser les lignes de l'institution du for[1205], cas dans lequel il ne s'agit plus d'une équivalence mais d'une identité. Enfin, il est également possible que l'institution

---

[1201] On retrouve, ainsi, « une communauté de nature entre des institutions différentes en considérant moins leur structure que leur fonction », H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques de droit international privé*, *op. cit.*, 1956, spéc. p. 43.

[1202] C'est parce que la *kafala* n'est qu'une prise en charge bénévole de l'entretien de l'enfant, de son éducation et de sa protection, exclusive de l'établissement de tout lien de filiation, qu'elle ne saurait être soumise aux règles de conflit relatives à l'adoption, voy., en ce sens, Cass., 1re civ., 10 oct. 2006, n° pourvoi 06-15.265, *D.* 2006, p. 2623 ; *ibid.* 2007, p. 816, *chron.* H. FULCHIRON ; *ibid.* p. 1460, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ famille* 2007, p. 32, obs. A. BOICHE ; *RDSS* 2006, p. 1098, obs. C. NEIRINCK, *JDI* 2007, p. 564, note C. BRIERE ; *Defrénois*, 2007, p. 133, note REVILLARD ; Cass., 1re civ., 28 janv. 2009, n° pourvoi 08-10.034, *D.* 2009, p. 501 ; *AJ famille* 2009, p. 170, obs. A. BOICHE ; *R.T.D.Civ.* 2009, p. 308, obs. J. HAUSER ; voy. aussi l'ensemble des interventions in « La réception des institutions algériennes par le droit français : la *kafala* », *Dr. fam.*, janv. 2009, p.12 et s.

[1203] H. GAUDEMET-TALLON, *Rec. Cours La Haye*, vol. 312, 2005, *loc. cit.* , spéc. p. 156.

[1204] A propos de l'article 311-16 du C. civ. en matière de filiation : Cass., 1re civ., 10 mars 1993, n° 90-18.932, *D.* 1994, p. 33, obs. E. KERCKHOVE ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1993, p. 456, note B. ANCEL.

[1205] B. ANCEL, *note préc.*, spéc. p. 460.

étrangère ne se prête pas toujours au jeu de l'équivalence, comme c'est le cas du *trust* pour lequel aucun rapprochement avec les institutions consacrées au for ne s'est révélé pleinement satisfaisant[1206].

821. Au vu de ces exemples et contre-exemples, il semblerait que les modalités d'identification du but poursuivi par l'institution ne peuvent être appréciés qu'*in concreto* et que la loi étrangère ne saurait être prise en considération abstraitement mais eu égard à l'espèce considérée. En sachant que l'équivalence nécessaire à l'intervention d'une éventuelle substitution peut également accompagner la mise en oeuvre de la règle matérielle, l'on s'est posé la question de savoir le juge était lié par la qualification retenue lors de l'application de la règle de conflit. La doctrine considère, dans ce cas, que l'équivalence retenue pour l'institution étrangère lors de la mise en oeuvre de la règle de conflit, peut ne pas être retenue lors de l'application de la règle matérielle[1207]. Cela s'explique par le fait que les catégories de rattachement du droit international privé et de droit interne ne se juxtaposent pas parfaitement. En suivant ce raisonnement, même si la *kafala* peut, sans grande difficulté, faire l'objet d'une qualification internationale, lui trouver un cadre d'accueil au sein de la loi du for s'avère, en revanche, bien plus délicat[1208]. En conséquence, un strict parallélisme des qualifications est à écarter car ce serait la fonction régulatrice de la règle de conflit qui serait perdue de vue[1209].

822. Afin de résoudre une telle difficulté, il faut élargir le concept préalable de la règle matérielle applicable, comme l'on le fait pour l'opération de qualification, à la condition que les termes utilisés dans la loi applicable et dans la loi étrangère aient une signification au moins équivalente. De telles situations peuvent, évidemment, se produire en matière de droits successoraux des enfants nés d'une union polygamique. Dans la mesure où le droit international privé reconnaît les droits successoraux d'une seconde épouse[1210], il paraît logique de reconnaître les enfants nés de deux mariages successifs à condition que la filiation légitime soit légalement établie.

[1206] Il s'imposerait, donc, la création d'une nouvelle règle de conflit propre au *trust*, voy., dans ce sens, S. GODECHOT-PATRIS, *L'articulation du trust et du droit des successions*, éd. Panthéon-Assas, 2004.

[1207] Comp. I. FADLALLAH, note sous Trib. GI Paris, 17 juin 1972, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1975, p. 62, spéc. p. 72 : « On n'est plus en système monogamique dès lors que l'on a reconnu le mariage polygamique étranger. Que signifierait cette reconnaissance sinon l'extension au niveau de la qualification internationale, de la catégorie interne du mariage, afin qu'elle puisse englober l'union polygamique ? ».

[1208] Seule la tutelle officieuse, aujourd'hui proscrite pourrait constituer un cadre d'accueil satisfaisant, voy. J.-M. PLAZY, « La recherche d'équivalent : la tutelle », in *dossier préc.*, p. 48, spéc. n° 5.

[1209] B. ANCEL, « L'objet de qualification », *JDI* 1980, p. 251.

[1210] Cass., 1re civ., 3 janv. 1980, *Bendeddouche*, préc.

823. L'établissement d'une équivalence entre les présupposés en concours ne suffit, cependant, pas à déclencher le jeu de la substitution. Pour ce faire il faut également s'assurer que la dialectique existante entre le présupposé et la conséquence de la règle n'a pas été rompue.

2. L'EQUIVALENCE DES RESULTATS

824. Le juge doit vérifier l'équivalence des résultats afin d'assurer la cohérence interne du for suite à la substitution éventuelle d'une l'institution juridique.

825. Lorsque cette démarche concerne les règles de conflit, la question de droit doit entrer dans la catégorie à laquelle est affecté le rattachement qui lui convient le mieux[1211]. C'est pour cela que la catégorie successorale n'est pas pleinement satisfaisante pour accueillir un *trust*-libéralité constitué entre vifs : s'il est vrai que les effets successoraux du *trust* pourraient relever de cette loi, la validité de l'institution pourrait, en revanche, difficilement justifier sa dépendance de cette loi en sachant qu'elle ne sera connue qu'au décès du constituant, alors que le *trust* est appelé à déployer ses effets de son vivant.

826. Lorsque la condition de l'équivalence des résultats se pose par rapport aux règles matérielles, la démarche à suivre reste la même selon que l'équivalence est sollicitée pour appliquer ou pour évincer une règle. S'il s'agit de substituer une règle du for à la place d'une règle étrangère, la combinaison des lois en présence ne doit pas rompre, dans la loi applicable aux effets, la cohérence qui existe entre conditions et effets de l'institution[1212]. Par exemple, dans l'affaire *Ferrari*[1213], en admettant la substitution on permettait aux époux de divorcer par consentement mutuel. Or si la loi française avait été exclusivement applicable au rapport litigieux, un tel résultat n'aurait pu être atteint, car, à l'époque, le divorce par consentement mutuel était prohibé[1214].

827. Lorsque l'équivalence est sollicitée en vue d'évincer une règle du for, il faut que, par application de la règle étrangère, on parvienne à des résultats équivalents à ceux qui auraient découlé de l'application de la loi du for. Par exemple, l'arrêt du 23 mai 2006 de la Cour de cassation a mis en avant le problème de l'équivalence entre l'exigence notariée figurant à l'article

---

[1211] S. GODECHOT-PATRIS, « Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2010, p. 271.

[1212] Y. LEQUETTE, « Ensembles législatifs et droit international privé des successions », *Trav. Com. fr. dr. int. pr*, 1983-1984, p. 163, spéc. p. 174 s.

[1213] Cass., civ., 6 juillet 1922 : *JDI* 1922, p. 174 ; *DP* 1922. 1. 137 ; *S.* 1923. 1. 5, note A. LYON-CAEN; *GAJDIP* n° 12.

[1214] En effet, le droit français ne connaissant à l'époque que la séparation de corps pour faute, une demande de conversion ne pouvait conduire qu'au prononcé d'un divorce pour faute.

1450 du Code civil et l'acte de partage anticipé passé à New York devant un *public notary*[1215], lors d'une liquidation anticipée de régimes matrimoniaux, soumise, en principe, à la loi française. Dans ce cas, l'équivalence a pu être retenue du fait que l'acte new-yorkais a été considéré comme permettant d'atteindre le but assigné à l'authenticité[1216].

828. En conclusion, en présence d'une institution étrangère, l'équivalence sera sollicitée à deux reprises, une première fois afin d'identifier, au sein du for, la règle à laquelle l'institution étrangère doit être rattachée et, une deuxième fois, afin de s'assurer d'une équivalence des résultats selon que l'on procède ou non à la substitution. Suite à ces examens, deux issues logiques peuvent être envisagées : soit l'équivalence est acceptée du fait d'une cohérence respectée, soit, dans l'hypothèse inverse, elle est rejetée. Le sort de l'application de la loi étrangère dépend, évidemment, de ces deux issues de la démarche concernant l'équivalence et nous allons, en ce qui suit, analyser plus en détail ces conséquences.

B. EFFETS DE L'EQUIVALENCE ET APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

829. L'équivalence peut être soit un succès (1) - si elle est établie - soit un échec (2) - si, au contraire, elle fait défaut. Pour les systèmes juridiques impliqués le résultat ainsi obtenu aura des conséquences assez importantes allant jusqu'à rendre parfois nécessaire l'adaptation des législations en présence[1217]. Quelles seront les conséquences, en ce qui concerne l'application de la loi étrangère, de ces deux issues : est-ce qu'elles vont favoriser ou, au contraire, évincer, l'application de la loi étrangère ?

[1215] Cass., 1re civ., 23 mai 2006, n° 05-18.385, *D.* 2006, p. 1633 ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2006, p. 841, note M. REVILLARD, *JDI* 2006. 572, note C. CHALAS ; *Dr. & patri.* décembre 2006. 82, obs. M.-E. ANCEL.

[1216] Voy. sur ce point les développements de M. REVILLARD, note préc. sous Cass., 1re civ., 23 mai 2006, spéc. n° 10, qui souligne que « généralement le *notary public* américain bénéficie seulement d'une commission de l'État l'autorisant à certifier la sincérité et l'authenticité des signatures figurant sur les actes qui lui sont présentés. Il reste totalement étranger à l'acte et l'équivalence de cet acte avec celui établi par un notaire français ne saurait être admise (...) Mais certains *notaries public* peuvent également être l*awyer*, véritable homme de loi (...). Si l'acte est dressé en présence et avec l'aide d'un *lawyer*, certifié par un *notary public*, puis légalisé sous la forme de l'apostille par application de la convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la légalisation, il remplit toutes les conditions requises ». Il semble qu'en l'espèce c'ait été le cas, ce qui témoigne à nouveau du caractère *in concreto* du contrôle opéré. Rappr. Ph. FRANCESCAKIS, note sous *Aéropage*, arrêt n° 121/1951, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1953, p. 371 ; *Adde*, G. DROZ, « L'activité notariale internationale », *Rec. cours La Haye*, 1999, p. 13 s.

[1217] Dans ce cas, l'adaptation n'inclut pas la substitution mais succède à celle-ci. Pour une définition de l'adaptation, voy. notamment, M. FALLON, « La théorie de l'adaptation au secours de l'ordre public dans les adoptions internationales », *R.T.D.Fam.* 1983, p. 133, spéc. n° 11 : « au sens large, l'adaptation vise toute modification dans l'ordonnancement du système juridique tel que conçu pour régir les situations normales ».

1. SUCCES DE L'OPERATION D'EQUIVALENCE

830. Si, en général, des mécanismes comme l'exception d'ordre public, fraude à la loi, renvoi au premier degré, favorisent l'application de la *lex fori*, l'équivalence présente la spécificité de fonctionner dans les deux sens. Cela se traduit par le fait que si l'équivalence peut appliquer une disposition du for à l'institution étrangère, elle peut également autoriser l'éviction d'une norme du for et favoriser, ainsi, l'application d'une loi étrangère.

831. D'un côté, lorsqu'il s'agit de l'application d'une règle du for, en fonction de la règle à laquelle l'équivalence fait référence, les conséquences ne sont pas les mêmes. Si l'équivalence concerne la règle de conflit du for, la substitution n'est pas nécessaire car, d'une part, la règle de conflit est suffisamment générale pour avoir pu intégrer, dans ses prévisions, l'institution étrangère et, d'autre part, de la qualification ne dépend pas l'octroi de droits substantiels. Si, en revanche, l'équivalence est sollicitée en présence d'une règle matérielle élaborée à la vue d'une institution du for, son application à l'institution constituée conformément à la loi étrangère postule alors la substitution. Dans ce dernier cas, s'il existe une trop grande disparité entre la situation interne constitutive du présupposé de la règle et la situation litigieuse jugée équivalente, l'admission de la substitution peut appeler, parfois, l'adaptation du droit interne qui consiste dans une modification des effets de la règle de droit en vue de donner une solution au rapport litigieux. Par exemple, en considérant le mariage polygamique comme équivalent au mariage monogamique et ce à des fins successorales, deux conjoints peuvent être appelés à la succession du défunt, la part normalement attribuée au conjoint étant à partager entre les deux conjoints survivants. Par conséquent les articles 757 et suivants du Code civil, ayant été adoptés dans la seule perspective du mariage monogamique, verront leur portée modifiée.

832. D'un autre côté, l'équivalence peut conduire à l'éviction d'une règle juridique du for. C'est en suivant cette logique que la Cour de cassation a refusé de sanctionner les juges du fond qui avaient appliqué une loi autre que celle désignée par la règle de conflit du for[1218]. Une telle application de l'équivalence nous semble tenir compte de toutes les possibilités que ce procédé offre au juge du for, au delà du retour exclusif à la *lex fori*. En effet, l'équivalence peut se faire non seulement au profit de l'application de la *lex fori* mais également au profit de l'application d'une loi étrangère. Même si cette possibilité a été critiquée car l'autorité de la règle de conflit s'en

[1218] Cass., 1re civ., 13 avril 1999, n° pourvoi 96-22487, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1999, p. 698. note H. MUIR WATT et B. ANCEL ; Cass., 1re civ., 3 avril 2001, n° pourvoi 99-17649, *Rev. crit DIP*, 2001, p. 513, note H. MUIR WATT.

trouve altérée[1219], cela ne représente que l'autre facette de cette théorie et devrait, par conséquent, être également prise en considération, de la même façon que lorsqu'il s'agit de substituer la *lex fori* à la loi étrangère normalement compétente. Du moment où les juges sont arrivés au même résultat que celui prévu par la règle de conflit du for en employant seulement une autre technique appartenant, pourtant, à la même matière du droit international privé, ils ont respecté les limites imposés par le législateur du for en ce qui concerne les litiges de droit international privé. C'est simplement une application « à l'inverse » de la théorie de l'équivalence. Un tel correctif devrait, cependant, être mis en œuvre avec parcimonie car, dans la mesure où il conduit à l'éviction pure et simple de la loi normalement applicable, il peut représenter un facteur de déséquilibre au regard des impératifs conflictuels.

2. ECHEC DE L'OPERATION D'EQUIVALENCE

833. L'échec de l'établissement de l'équivalence influence, à différents degrés, l'application de la loi étrangère. En effet, cette influence dépend du moment auquel l'établissement de l'équivalence intervient, à savoir, celui de la réalisation de la qualification ou celui de la mise en œuvre de la règle matérielle.

834. Lorsque l'absence d'équivalence intervient lors de l'opération de qualification, si aucune catégorie ne semble pouvoir recevoir l'institution étrangère, celle-ci va se trouver paralysée au mépris de la continuité des relations et de la permanence des institutions. Cette situation peut être résolue de trois façons différentes qui traduisent un crescendo graduel dans la mise en avant de l'application de la loi étrangère. Si la première solution préfère l'application de la *lex fori*, la deuxième solution est plus partagée entre la *lex fori* et la loi étrangère, pour arriver, enfin, à la troisième voie qui préfère ouvertement l'application de la loi étrangère.

835. La première solution favorise l'application de la *lex fori* et est défendue en matière de droits réels mobiliers. En effet, lorsqu'un droit réel est constitué sur un meuble à l'étranger et que ce meuble est introduit, par la suite en France, c'est la loi de la situation nouvelle qui doit régir les effets futurs du droit réel. Si aucune équivalence ne peut être trouvée entre le droit réel constitué à l'étranger et les droits réels consacrés en France, le droit réel litigieux risque de se trouver suspendu jusqu'au retour du bien dans son pays d'origine[1220]. Vu qu'une telle solution ne peut pas

[1219] Cass., 1re civ., 11 janvier 2005, *JDI* 2006, spéc. p. 958. note S. GODECHOT-PATRIS.

[1220] Cass., 1re civ., 8 juillet 1969, *Soc. DIAC*, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1971, p. 75, note Ph. FOUCHARD ; *JDI* 1970, p. 916, note J. DERRUPPE ; *JCP* 1970. II. 16182, note H. GAUDEMET-TALLON ; *GAJDIP* n° 49.

être admise[1221], une deuxième voie propose la possibilité d'ajouter l'institution étrangère aux institutions existantes du for. Par exemple, le *trust*, étant considéré dans les systèmes juridiques de la *Common law* comme constitutif d'une libéralité, devrait pouvoir se soumettre aux dispositions impératives du Code civil français qui limitent l'efficacité des libéralités[1222]. Refuser de soumettre l'institution étrangère à la règle du for, en raison de l'absence d'équivalence, c'est s'exposer à une application incorrecte de la règle de droit. On observe que le respect des prescriptions du for passe alors nécessairement par l'adjonction de l'institution étrangère. En même temps, la solution tend à préserver la spécificité de l'institution étrangère, ce qui se traduit par un équilibre des influences des ordres juridiques, du for et étranger, dans le processus de solution du problème juridique soumis au juge. La troisième voie favorise, quant à elle, l'application de la loi étrangère dans le sens où elle prévoit qu'à défaut d'équivalence entre l'institution étrangère et une institution du for il faut, dans l'hypothèse d'un conflit mobile, maintenir la compétence de la loi initiale et, en cas de dépeçage, celle de la loi qui a présidé à la création du rapport litigieux[1223]. L'inconvénient majeur de cette solution est que cette loi n'entretient plus nécessairement des liens très étroits avec la situation litigieuse. Même si la spécificité de l'institution étrangère est préservée, l'effacement de la loi du for n'a pas rencontré un grand succès en pratique.

836. Lorsque, en revanche, l'absence d'équivalence intervient lors de la mise en œuvre des règles matérielles, elle a comme conséquence la non-application de la règle du for à l'institution litigieuse. Or, il n'existe pas d'alternative à la non-application de la disposition litigieuse et l'institution étrangère ne pourra produire l'effet attaché à la règle de droit. Le défaut d'équivalence peut être constaté à deux stades distincts du raisonnement. D'abord, lorsque

---

[1221] Voy. notamment l'ensemble des développements de L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, 2006, préface H. Synvet, spéc. n° 331 : « il est généralement anormal que la loi de la situation nouvelle mécaniquement convoquée par la solution du conflit mobile, paralyse ou anéantisse un droit valablement constitué alors même que cette loi nouvelle peut n'avoir aucune raison objective d'être appliquée au cas concret ».

[1222] Le titre de la section 2 du chapitre III du titre du C. civ. sur les libéralités, intitulé « de la réduction des libéralités excessives ». On a proposé d'ajouter le *trust* aux institutions existantes et de le soumettre directement aux dispositions du for, voy., sur cette question : Cass., 1re civ., 20 févr. 1996, n° 93-19.855, *D.* 1996, p. 390 ; *ibid.* p. 231, *chron*. Y. LEQUETTE ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996, p. 692, note G.A.L. DROZ ; *R.T.D.Civ.* 1996, p. 454, obs. J. PATARIN ; *ibid.* 1999, p. 682, obs. J. PATARIN ; *JCP* 1996. II. 22647, note M. BEHAR-TOUCHAIS ; *Defrénois*, 1997, p. 26, note M. MALAURIE-VIGNAL, 7 avr. 1999, *D.* 1999, p. 683, note Y. LEQUETTE ; *R.T.D.Civ.* 1999, p. 682, obs. J. PATARIN ; *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1999, p. 693, note M. GORE ; Cass., 1re civ., 29 mai 2001, n° 99-16.813, *D.* 2001, p. 2090 ; *AJ famille* 2001, p. 29, et les obs. ; *R.T.D.Civ.* 2001, p. 938, obs. J. PATARIN.

[1223] On cristallise la situation sous l'empire de sa loi d'origine ; voy., en ce sens, H. MUIR WATT, *La fonction de la regle de conflit de lois*, Université Paris II, 1985, spéc. p. 502 qui reconnaît, cependant, qu'en cas d'impasse technique le juge a la faculté de recourir à un rattachement subsidiaire. Cette solution aurait l'avantage de la souplesse car elle permettrait de choisir une troisième loi et non pas forcement la loi d'origine. Voy. aussi F. RIGAUX, « Le conflit mobile en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 117, 1966, spéc. n° 86-89. C'est, d'ailleurs, la solution retenue en droit suisse par l'article 78 al. 2 : « les adoptions ou les institutions semblables du droit étranger qui ont des effets essentiellement différents du lien de filiation au sens du droit suisse ne sont reconnues en Suisse qu'avec les effets qui leur sont attachés dans l'État dans lequel elles ont été prononcées ».

l'institution du for ne peut être rapprochée d'aucune institution existante, comme, par exemple, le *trust* libéralité, qui risque de n'être assimilé ni à la donation ni au legs aux fins de la réduction. Ensuite, alors même que l'institution étrangère aurait trouvé un cadre d'accueil au sein du for, il se peut que le résultat obtenu par le jeu de la substitution méconnaisse la cohérence de ce même ordre juridique. Par exemple, il est impossible de considérer la polygamie comme équivalente à la monogamie pour pouvoir appliquer l'article 215 du Code civil.

837. En conclusion, à admettre trop facilement l'équivalence l'on prend le risque de dénaturer l'institution étrangère alors qu'en la récusant trop fréquemment on s'oriente vers un cloisonnement des ordres juridiques[1224]. La réponse doit, en principe, être recherchée dans une interprétation raisonnable des règles régissant les divers effets du statut juridique en question, indépendamment du fait que ces règles appartiennent à la *lex fori* ou à un droit étranger[1225].

CONCLUSION DE SECTION

838. Apporter une solution à un problème juridique de droit international privé implique une articulation entre des concepts étrangers et des concepts appartenant au système juridique du for, chose qui peut être très difficile car toute incohérence du résultat ainsi obtenu provoquera une situation que nul système juridique ne peut assumer. Un résultat incohérent aura, évidemment, des conséquences quant à l'application de la loi étrangère car, d'un côté, dans le cas d'espèce, c'est celle-ci qui sera, la plupart du temps, évincée au profit de la *lex fori* et, d'un autre côté, en règle générale, le juge du for affichera toujours une certaine précaution face à une éventuelle application d'une telle loi. Nous nous sommes, donc, demandés comment appliquer, dans le système juridique du for, une loi étrangère sans provoquer une incohérence des règles mises en œuvre. Les divers procédés soumis à notre attention lors de cette section - la substitution, l'adaptation, la transposition ou l'équivalence -, tentent de résoudre ce genre de situation.

839. Ces procédés peuvent intervenir à des moments différents du raisonnement juridique et se conditionnent même parfois. Cependant, le rapport entre lesdits procédées n'est pas toujours clair et c'est pour cela que nous avons procédé à un dissection de chacun d'entre eux afin d'en apercevoir les spécificités. Cela nous a aidé, par la suite, à mieux cerner les différences et les points

[1224] S. GODECHOT-PATRIS, « Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes », *Rev. crit. dr. internat. privé* 2010, p. 271.

[1225] Article 4 de la Résolution de la 1re Commission sur la substitution et l'équivalence en droit international privé de l'Institut de Droit International, Session de Santiago-Chile, préc.

de contact entre ces divers procédés. Nous avons, ainsi, observé les rapports entre la substitution et l'équivalence dans le sens où pour pouvoir procéder à une substitution, le juge du for doit vérifier, au préalable, si la condition de l'équivalence des concepts juridiques en cause, du for et de la loi étrangère, est remplie. Par exemple, le juge du for s'interrogera sur le point de savoir si l'adoption créée en vertu d'un système juridique étranger est qualitativement équivalente à la notion d'adoption telle qu'employée par le système juridique du for et une repose affirmative à cette question lui permettra de substituer des relations correspondantes ou similaires lors de l'application d'une loi étrangère. C'est d'une façon concrète qu'il est conseillé de déterminer l'équivalence dans le sens d'un détachement de la lettre de la loi et d'une prise en compte du seul résultat qui doit être le même dans les deux systèmes juridiques[1226].

840. Cependant, si l'équivalence est utilisée en tant que condition pour l'intervention de la substitution[1227], elle peut aussi intervenir seule, lorsqu'elle se pose en rapport avec la règle de conflit du for. Si, en revanche, l'équivalence est sollicitée en présence d'une règle matérielle élaborée à la vue d'une institution du for, son application à l'institution constituée conformément à la loi étrangère postule alors la substitution. Dans ce dernier cas l'adaptation peut être employée si la combinaison des lois matérielles des systèmes intéressés parvient à un résultat trop insolite de celui qu'aurait produit chacune des lois, appliquée seule et intégralement. L'adaptation intervient donc à un moment postérieur à la mise en œuvre de la substitution[1228], mais elle peut également intervenir seule[1229].

841. Le besoin de coordonner des concepts juridiques appartenant à des systèmes juridiques différents ouvre donc la possibilité, pour le juge du fond, d'utiliser, dans le cadre du même litige, plusieurs de ces procédés. Malgré cette possibilité de correction, la complexité de la mise en œuvre d'une loi étrangère peut cependant décourager juges du fond de procéder à son application et les inciter à appliquer la *lex fori*.

[1226] Ph. MALAURIE, « L'équivalence en droit international privé ». *D.* 1962, *chron*. p. 215 et s.

[1227] F. VISCHER, *Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalen Privatrecht - Die Übereinstimmung der materiellen Rechtsinhalte als Voraussetzung des internationalen Privatrechts. Die Bedeutung der Äquivalenz, op. cit.*, p. 44 et s.

[1228] D. HOLLEAUX et autres, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 634.

[1229] Voy. l'affaire *Ghattas*, telle qu'elle est analysée par D. HOLLEAUX et autres, *Droit international privé, op. cit.,* n°s 637 et 638.

CONCLUSION DE CHAPITRE

842. Les différences entre les concepts de la *lex fori* et ceux appartenant à la loi étrangère représentent une spécificité des rapports de droit international privé et doivent être acceptées. Les procédés que nous avons analysés dans ce chapitre viennent justement combler, au moins en partie, ces différences, afin d'assurer une résolution respectueuse d'un problème juridique rattaché à plusieurs systèmes juridiques. Nous avons observé que lors de l'étape de la qualification le juge donne préférence aux règles d'interprétation appartenant au système du for ou au système étranger en fonction de la finalité suivie. Lorsque la qualification a comme finalité le choix de la loi applicable, ce sont les règles d'interprétation de la *lex fori* qui sont préférées, alors que lorsqu'elle a comme but le choix des règles matérielles applicables, ce sont les règles d'interprétation *lege causae* qui sont préférées.

843. La qualification *lege fori* s'inscrit dans la tradition des systèmes juridiques de résoudre les problèmes juridiques de droit international privé conformément à la *lex fori*. Cette méthode est ainsi considérée comme une solution évidente même si elle peut être contestée dans le sens où les termes définissant le champ d'application des règles de conflit n'ont pas toujours le même sens en droit international privé qu'en droit matériel interne. C'est pour cela que la qualification *lege fori* présente des solutions nuancées en fonction de la source du concept à qualifier - étatique ou conventionnelle -, ou du besoin d'assouplir le sens des concepts du for lorsqu'ils interviennent dans un problème de droit international privé. La qualification conformément à la *lex causae* se fonde sur l'idée que nul autre système juridique ne pourrait rendre une meilleure qualification concernant un concept juridique que le système d'origine de ce concept-ci. Négliger la qualification réalisée par le système juridique d'origine reviendrait à une application erronée de celui-ci. C'est pour cette raison que la qualification *lege causae* est préférée pour sélectionner au sein du système étranger la règle matérielle applicable, mais aussi pour faire jouer un éventuel renvoi de qualifications.

844. De même, dans la seconde section de ce chapitre nous avons pu déceler les procédés juridiques, comme l'équivalence, la substitution, l'adaptation ou la transposition, censés rétablir la continuité d'un rapport litigieux partagé entre plusieurs systèmes juridiques. Pour ce faire il est nécessaire de voir dans les institutions étrangères les réponses apportées par ces mêmes systèmes à des problèmes que nous résolvons autrement, s'agissant donc de dépasser les différences apparentes entre les institutions pour constater l'existence de similitudes substantielles.

845. Nous sommes, ainsi, arrivés à la conclusion qu'en règle générale, pour résoudre ce type de problèmes de droit international privé, le contenu fonctionnel du rapport juridique devrait avoir plus de poids que la façon dont il est appelé. Le nom d'un rapport juridique est dans une large mesure un simple cadre vide (*Rahmenbegriff*), dont le contenu dans différents systèmes juridiques juridique peut être totalement différent[1230]. La solution impose donc la réalisation d'une comparaison entre les concepts des différents systèmes juridiques afin de savoir si concept appartenant à un système juridique peut être « intégré » dans un autre[1231]. La science juridique comparative peut être d'une grande aide lorsqu'il s'agit de l'identification des similitudes et des différences entre les concepts des divers systèmes juridiques. La réponse ne doit pas dépendre de la terminologie juridique utilisée, mais devrait plutôt être recherchée dans l'étude comparative des finalités suivies par les règles matérielles applicables régissant le problème juridique en question.

846. Cependant, les concepts différents appartenant à des systèmes juridiques ne sont pas les seuls éléments qui peuvent influencer l'application de la loi étrangère en droit international privé. Les rattachements différents retenus par les systèmes juridiques peuvent également perturber l'application de la loi étrangère.

[1230] T.S. SCHMIDT, « The incidental question in private international law », *Rec. cours La Haye,* vol. 233, 1992, p. 336 ; W. WENGLER, *RabelsZ*, 1934, p. 152 -154.

[1231] G. VAN HECKE, *Rec. cours La Haye*, vol. 126, 1969, p. 501-505 ; H. LEWALD, *Rec. cours La Haye*, vol. 69, 1939, p. 130-136 ; K. LIPSTEIN, *Rec. cours La Haye*, vol. 135, 1972, p. 208-209.

CHAPITRE 2

L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE FACE A DES RATTACHEMENTS JURIDIQUES DIFFERENTS

847. Le présent chapitre ne devrait pas exister dans une thèse soutenant le même traitement de faveur, pour l'application de la loi étrangère, que pour l'application de la *lex fori*. Et pour cause, les deux procédés de droit international privé mis en lien, dans ce chapitre, avec l'application de la loi étrangère pourraient très bien être employés par les *lex foristes* afin de démontrer les difficultés engendrées chaque fois qu'un système juridique envisage l'application d'une autre loi que la sienne. Ce serait comme dire « regardez ce qui peut se passer si l'on accorde de l'importance à une autre voix que la notre ! ».

848. En effet, une fois que l'application de la loi étrangère a été envisagée par le système juridique du for, il peut arriver que le juge saisi, qui met en œuvre la règle de conflit désignant cette loi comme compétente, se retrouve devant des situations sinon paradoxales, au moins frustrantes. Par exemple, une fois que la règle de conflit du for a désigné la loi étrangère comme compétente, il est possible que le système juridique étranger refuse de reconnaître sa compétence pour régir le problème juridique dont le juge du for est saisi. De même, lors de l'application de la loi étrangère, une question préalable, en lien avec la question litigieuse, peut être soulevée et entraîner une impérativité de résolution afin que la question principale puisse, par la suite, être jugée. La source de déséquilibre, dans tous ces exemples, consiste dans la manière différente, des systèmes juridiques impliqués, de rattacher une catégorie de situations données à une loi, divergence qui porte, donc, sur le choix du critère de rattachement. L'élément de rattachement se fonde seulement sur un point de contact considéré comme déterminant et apte à être partagé, entre la loi du for et les lois étrangères. Le choix du critère de rattachement peut, ainsi, entraîner des situations qui demandent des solutions spécifiques. Dans notre premier exemple, afin d'éviter un conflit négatif qui risque d'entraîner un déni de justice, l'on peut faire jouer les règles de rattachement du système étranger, lorsque celui-ci refuse la compétence qui lui est offerte par le droit du for et renvoie à un autre droit, à l'aide du procédé du renvoi. Le deuxième example met en limière la situation où le juge du for, afin d'être en mesure de trancher la question litigieuse, doit d'abord se prononcer sur une question préalable relative à une autre question liée à la question litigieuse mais qui est soumise à une règle de conflit différente de la question principale[1232]. Par exemple, la validité d'un mariage peut être considérée, dans le système

[1232] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 67.

juridique du for, comme régie par une loi différente de la loi désignée par la règle de conflit du système juridique de la *lex causae* de la question principale. Il s'agit du problème des questions préalables qui, aujourd'hui encore, représente un procédé très controversé.

849. Si les deux procédés mettent en relief les difficultés qui peuvent naître lorsque la solution à un problème de droit international privé est recherchée dans un système juridique étranger, ils peuvent aussi être vus en tant qu'exemples de solutions qui peuvent être envisagées afin de permettre l'application d'une loi étrangère et cela malgré la diversité des législations. Bien que ces procédés soient très différents[1233], ils représentent, en réalité, deux aspects d'une question plus générale qui est de celle savoir dans quelle mesure le juge peut et doit tenir compte d'une règle de conflit étrangère[1234]. Ainsi, dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de mesurer l'étendue de la référence dressée à un ordre juridique étranger, référence limitée à une règle de même nature, dans le cas du renvoi, ou étendue à une partie du droit international privé étranger, dans le cas des questions préalables. C'est la raison pour laquelle les deux procédés sont présentés dans le cadre d'un même chapitre, ne pouvant pas être envisagés séparément. Nous allons, ainsi, étudier, dans une première section, le renvoi et l'application de la loi étrangère, alors que la deuxième section sera dédiée au procédé des questions préalables. L'ordre dans lequel les procédés seront étudiés se justifie par une approche temporelle, traduisant le moment auquel chacun d'entre eux intervient dans le raisonnement juridique, l'un se posant au stade de la désignation de la loi compétente, pendant que l'autre se situe au niveau de l'application de la loi compétente.

[1233] Entre les deux procédés décrits il existe des différences qui peuvent être observées à plusieurs niveaux. Une première différence essentielle entre les deux procédés consiste, au niveau des caractères du conflit soulevé, dans le fait que les questions préalables recouvrent un conflit positif alors que le renvoi est le résultat d'un conflit négatif. Ensuite, au niveau du moment où le conflit survient, le renvoi se pose au stade de la désignation de la loi compétente, alors que celui des questions préalables se place au niveau de son application. La troisième différence concerne les données qui les caractérisent : dans le cas du renvoi, les deux règles de conflit en concours appartiennent à une qualification identique et embrassent toujours la totalité du litige, alors que dans le cas des questions préalables, ces règles n'appartiennent jamais à une même qualification et n'embrassent jamais qu'une partie du litige. Dans le cas du renvoi, la règle de conflit étrangère vient directement contredire la règles de conflit du for ; dans le cas des questions préalables, elle vient seulement préciser la règle de conflit du for qui a désigné le droit étranger applicable au rapport principal. Voy., en ce sens, E. AGOSTINI, *L'application des règles de conflit étrangères et les conflits de systèmes en droit international privé*, Bordeaux, 1975, p. 45.

[1234] E. AGOSTINI, *L'application des règles de conflit étrangères et les conflits de systèmes en droit international privé*, Bordeaux, 1975, p. 45.

SECTION 1

RENVOI ET APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

850. Lorsque le juge du for suit la désignation réalisée par sa propre règle de conflit, il peut arriver que le système étranger refuse la compétence qui lui est offerte par le droit du for et renvoie à un autre droit. Or, cette situation risque de mener à des conséquences non négligeables pour les parties du litige comme, par exemple, à un déni de justice. Dans ce cas la solution trouvée réside dans l'utilisation du procédé du renvoi qui fait jouer les règles de conflit du système étranger. En effet, le rattachement[1235] prévu par la règle de conflit, n'est pas toujours le même pour les différentes catégories de droit international privé. Le caractère national du droit international privé a comme conséquence l'existence d'une diversité de points de rattachement, ce qui risque de provoquer des problèmes au niveau de la coordination des systèmes juridiques et, implicitement, de l'application de la loi étrangère.

851. Quelques exemples pourront éclairer nos propos. Certains États soumettent le statut personnel à la loi nationale des intéressés, alors que d'autres préfèrent le soumettre à la loi de leur domicile. De même, le rattachement des sociétés commerciales à travers leurs nationalité est considéré, en France, comme étant lié à la loi du siège réel de la société[1236], alors qu'en droit anglais cette loi est représentée par loi de l'incorporation, c'est à dire la loi du système juridique selon laquelle la société a été constituée. Il faut cependant observer que ces règles doivent être mises en corrélation avec la liberté d'établissement garantie par les articles 49 alinéa 1er[1237] et 54 du TUE[1238], le principe étant que dès lors qu'une société s'est constituée régulièrement selon l'un ou l'autre des systèmes, les autres États doivent respecter son choix[1239].

[1235] Comme, par exemple, celui relatif à la loi nationale ou la loi du domicile, etc.

[1236] La loi du lieu du siège social est la règle de conflit consacrée en droit français par l'article 210-3 du Code du commerce et l'article 1837 du C. civ. Ce critère « doit représenter le centre réel de direction de l'entreprise et ne doit pas avoir été choisi par les fondateurs de façon purement fictive », voy. F. GUILLAUME, « *Lex sociÉtatis. Principe de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privés suisse* », *Etudes suisses de droit international*, vol. 116, Shultess, 2001, p. 135.

[1237] Article 49 alinéa 1er du TUE : « Dans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre ».

[1238] Article 54 TUE : « Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres. » Par « sociétés » on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif.

[1239] Plusieurs arrêts de la CJUE ont sanctionné la possibilité dont entendraient user des États membres de s'opposer à la création d'entités sur leur territoire en violation de leur propre droit des sociétés : CJCE, 9 mars 1999 *Centros*, préc., où l'on a estimé que les fondateurs d'une société peuvent profiter des opportunités que leur offre chacune des

852. Cette diversité des rattachements peut ainsi obliger le juge du for à coordonner des conflits entre règles de conflits donnant la compétence à une loi étrangère, le renvoi étant un procédé qui réalise l'uniformité des solutions impliquant des systèmes bilatéraux de conflit[1240]. Cependant, lorsqu'il choisit d'utiliser la règle de conflit étrangère, le juge du for procède-t-il à une application de la loi étrangère ? Pour répondre à cette question il faut analyser les justifications théoriques du renvoi (§1) avant d'observer ses conséquences pratiques (§2).

§ 1. LES JUSTIFICATIONS THEORIQUES DU RENVOI

853. Le renvoi représente l'un des procédés de droit international privé les plus sophistiqués et les plus controversés. C'est l'arrêt de la Cour de cassation *Forgo*[1241] qui a consacré le procédé du renvoi. Dans cet arrêt il était question de la succession d'un enfant né en Bavière et établi en France depuis longtemps, où il était décédé. Les tribunaux français avaient été saisis d'une action en revendication exercée par des parents collatéraux bavarois de Forgo dont l'objet était la dévolution successorale des biens mobiliers de ce dernier situés en France. Or, la règle de conflit française de l'époque désignait comme applicable dans ce cas la loi nationale et, pour les étrangers, celle du domicile de droit. Forgo n'avait jamais rempli la condition du domicile de droit français ; pour le juge français, il devait donc être considéré comme ayant conservé son domicile de droit en Bavière. La loi bavaroise était donc applicable en vertu du droit international privé français. L'administration des douanes a formé, cependant, un pourvoi, en soutenant qu'il fallait appliquer la loi française, au motif que, selon le droit bavarois, le domicile servant de rattachement aux successions était la résidence habituelle et non pas le domicile de droit du *de cujus*. La Cour de cassation a suivi ce raisonnement en affirmant que « suivant le droit bavarois, les meubles, corporels ou incorporels, sont régis par la loi de leur situation, combinée en matière de successions, avec la loi du domicile de fait ou résidence habituelle du défunt »[1242]. Pour la première fois, l'on appliquait non pas la loi étrangère matérielle désignée par la règle de conflit française mais la règle de conflit étrangère.

---

législations de l'Union européenne, dans la limite de l'abus caractérisé et de la fraude, même si leur constatation devient problématique ; CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV / Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, préc., où l'on a considéré que si l'État d'origine n'exige pas que la société y ait également son siège réel, la société est valablement et définitivement constituée à l'égard de tous les autres États de l'Union européenne ; CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, préc., où la Cour de justice a réaffirmé l'importance de la *liberté d'établissement qui ne doit pas être envisagé à titre secondaire par les États.*

[1240] Voy. P. PICONE, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en Droit International Privé*, *Rec. cours La Haye,* vol. 276, 1999, p. 2-296.

[1241] Cass., civ., 24 juin 1878, *Forgo* et Cass., req., 22 févr. 1882, *GAJDIP*, n° 7-8.

[1242] Cass., 1re civ., 24 juin 1878: *S.* 1878.1. 429, note X. LABBE ; voir B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GAJDIP*, n° 7-8.

854. Depuis, le renvoi a été utilisé dans la jurisprudence française, qui l'a même consacré trente ans après l'arrêt *Forgo*, en affirmant de la manière la plus nette possible, dans l'arrêt *Soulié,* que « la loi française de droit international privé ne souffre nullement du renvoi qui est fait à la loi interne française par la loi de droit international privé étrangère »[1243]. Les critiques[1244] posent pourtant le problème du heurt, par le renvoi, des principes du droit international privé. En effet, comment serait-il possible d'être ramené à la case départ, en prenant en compte une règle de conflit étrangère, après avoir été obligé de franchir toutes les étapes préalables du cheminement de la méthode conflictuelle, qualification internationale et identification de la règle de conflit, avec d'éventuelles recherches sur le contenu de la loi étrangère compétente? On s'interroge également sur les implications de l'utilisation du renvoi sur l'application de la loi étrangère. Il convient, dès lors, d'analyser les arguments pour et contre ce procédé de droit international privé (A) avant d'en apercevoir les fondements (B).

A. ARGUMENTS POUR ET CONTRE LE RENVOI

855. A la suite de l'exemple de l'Institut de Droit international dans sa session d'Oslo de 1932 qui a adopté une résolution favorable au renvoi en matière de capacité[1245], le renvoi a gagné du terrain. De même, l'on avait soutenu la nécessité de l'admission du renvoi en avançant l'exemple considéré plus tard comme un « rocher de bronze »[1246].

856. Le renvoi serait également un procédé qui simplifie l'application de la loi étrangère, idée qui ressort de l'arrêt Soulié du 9 mars 1910. Un autre argument ressort de la théorie de P. Lerebourg-Pigeonnière de la coordination des règles de conflit de lois qui observe que « la loi désignée par la règle de conflit du for n'accepte pas sa compétence et il convient d'élaborer une nouvelle règle de conflit à partir du rattachement de la loi étrangère »[1247]. H. Batiffol considère

---

[1243] Cass., req., 9 mars 1910, *Soulié* : *DP* 1912. 1. 262, rap. Denis ; *S.* 1913. 1. 105, note E. A., *JDI* 1910. 888, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1910, p. 870.

[1244] Pour un exposé des positions doctrinales sur le renvoi en France et à l'étranger, voy. W.J. KASSIR, *Réflexions sur le renvoi en droit international privé comparé. Contribution au dialogue des cultures juridiques nationales à l'aube du XX siècle*, LGDJ, 2002, 123 p.

[1245] *Annuaire de l'Institut de Droit international*, t. 37, p. 470.

[1246] L. RAAPE, « Standinger », comm. *Einführnmgsgesetz zum BGB.*, p. 25, p. 745. Deux Suisses, oncle et nièce, tous deux domiciliés en Russie, y contractent mariage. Ce mariage, prohibé par la disposition de l'article 100 du C. civ. suisse, est valable selon le droit russe. Il l'est également du point de vue suisse, en vertu d'une règle de conflit suisse, qui soumet la validité d'un mariage contracté à l'étranger à la loi du lieu de la célébration. Si, plus tard, les époux sont domiciliés en Allemagne ou aux Pays-Bas, et si l'un d'eux prétend à la nullité du mariage en se basant sur l'article 120 du C. civ. suisse, le juge allemand ou néerlandais devra-t-il prononcer la nullité du mariage parce que les règles de conflit allemande et néerlandaise prescrivent l'application de la loi nationale ? Pour éviter ce résultat injuste, n'est-il pas nécessaire de tenir compte de la règle de conflit suisse et de suivre le renvoi fait par elle au droit, russe ? L. RAAPE lance ainsi un appel en faveur du renvoi.

[1247] P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, « Observations sur la question du renvoi », *JDI* 1924, p. 877 et s.

également que « le renvoi n'est pas un abandon de la règle de conflit française au profit de la loi étrangère puisque c'est au contraire la règle de conflit française qui désigne cette loi »[1248].

857. Cependant, un courant opposé[1249] a révélé les failles du procédé du renvoi. Ainsi, H. Lewald[1250] a souligné le manque de pertinence des deux arguments principaux en faveur du renvoi, à savoir, l'indivisibilité du droit national et du droit international privé et la thèse selon laquelle le renvoi constitue le moyen de parvenir à l'harmonie juridique dans les cas de conflit négatif.

858. Selon le premier argument, dans un ordre juridique, les règles de droit interne et celles de droit international privé ne peuvent pas être séparées car elles forment un tout indivisible. Par conséquent, une règle de conflit déclarant applicable une législation étrangère doit se référer à la législation étrangère dans son ensemble, de sorte que l'admission du renvoi en est une conséquence nécessaire. H. Lewald considérait que pourtant, cette règle ne pourrait être admise qu'à une seule condition, à savoir que le législateur, en édictant des règles de conflit, puisse délimiter uniquement l'empire de sa propre législation[1251], chose possible seulement dans le cas où toutes les règles du droit international privé d'une législation seraient exclusivement des règles de conflit unilatérales qui feraient corps avec le droit matériel dont elles déterminent le champ d'application. De plus, il est même impossible que chaque référence à une loi étrangère prononcée par une règle de conflit doive être comprise dans le sens d'une référence à la législation étrangère tout entière, y compris le droit international privé étranger. Autrement, on ne trouverait aucune solution[1252]. Cependant que le renvoi représente un procédé utilisé seulement dans le cas spécifique d'un conflit négatif. Or, il est alors nécessaire d'appliquer la règle de conflit étrangère car le juge cherche à trouver une solution au problème juridique dont il a été saisi par besoin d'éviter un déni de justice. Appliquer une règle de conflit est, dans ce cas, une nécessité qui ne se justifie pas lorsque le système juridique étranger accepte sa compétence en application de la règle de conflit du for. De ce fait, il n'est pas nécessaire de généraliser les règles spécifiques du renvoi en les appliquant pour toute situation, qu'elle représente un conflit positif ou négatif.

[1248] H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, 1956, n°s 137 et 138.

[1249] Voy. l'article de M. ERWIN, E. GRISWOLD, « Renvoi Revisited », *Harvard Law Review*, t. 81, p. 1165 et s., en outre, Th. A. COWAN, « Renvoi does not involve logical fallacy », *University of Pennsylvania Law Review*,1938, vol. 87, n° 1, p. 34.

[1250] H. LEWALD, « La theorie du renvoi », *Rec. cours La Haye*, 29, 1929, p. 516-616.

[1251] Dans le même sens, J. MAURY, *Rec. cours La Haye,* vol. 57, 1936, p. 529 ; E. BALOGH, « Le rôle du droit comparé dans le droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 057, p. 632.

[1252] Qu'on veuille comparer l'espèce soumise à la Cour suprême d'Autriche et décidée par l'arrêt du 2 mai 1929, *Juristische Wochenschrift*, 1931, p. 166. Le juge se trouvait dans ce cas en présence d'une chaîne de renvois, qui, finalement, l'eût ramené au droit autrichien, lequel, précisément, ne devait pas être appliqué d'après la règle de conflit autrichienne.

859. Selon le second argument, le renvoi est un moyen approprié pour arriver à des solutions uniformes des conflits de lois dans les cas de conflit négatif. Cet argument a été réfuté par H. Lewald qui considérait qu'était illusoire l'idée de vouloir s'imaginer que, grâce au renvoi, l'harmonie juridique serait réalisée. Cela ne serait possible qu'à une seule condition, à savoir que le principe en question ne soit appliqué que dans un seul des deux pays engagés[1253]. L'uniformité des décisions présuppose donc que les deux pays suivent, dans la question du renvoi, des solutions différentes. M. Lewald met ainsi en parallèle deux décisions qui avaient consacré le renvoi en Allemagne et en France: l'arrêt de la Cour de Lübeck et de celle da la Cour de cassation dans l'affaire Forgo. L'on observe, en effet, dans les deux arrêts, qu'un même principe est suivi et que pourtant ils conduisent à des solutions opposées. Le magistrat français applique la loi française, parce que la règle de conflit de la loi nationale le renvoie à la loi du domicile ; la Cour de Lübeck applique la loi nationale, parce que la règle de conflit du domicile renvoie à la loi nationale. La divergence des solutions n'est donc pas supprimée ; au contraire, elle subsiste parce que chaque magistrat applique précisément la législation qu'il ne devrait pas appliquer s'il se conformait à la règle de conflit édictée par son législateur. Néanmoins, l'argument selon lequel on peut, grâce à l'admission du renvoi, parvenir à l'uniformité des décisions, est invoqué invariablement.

860. A notre avis l'uniformité de solutions tient plus de la prise en compte de l'avis du législateur étranger que d'une uniformité des solutions en général. En effet, lorsque le juge du for applique la règle de conflit étrangère il tient compte de l'avis du législateur étranger; il va ainsi suivre la logique du législateur étranger traduite dans sa règle de conflit et appliquera la loi que le juge étranger aurait appliquée. Cela veut dire qu'il y a uniformité de solutions seulement entre le système du for et le système étranger et qu'on ne va pas généraliser cette solution à d'autres systèmes à l'occasion d'autres litiges, car les circonstances ne seront pas les mêmes. C'est justement pour cela que l'on ne peut pas avoir des solutions uniformisées généralisées ; elles changent, en effet, en fonction du juge saisi, de sa règle de conflit et des systèmes juridiques impliqués.

861. La réticence envers le procédé du renvoi peut ainsi s'expliquer à travers des objections justifiées.

[1253] Le danger de décisions opposées est, par conséquent, écarté dans le cas où l'État dont la législation est déclarée applicable par la règle de conflit de loi ne prétend dans l'espèce ni à la compétence législative ni à la compétence judiciaire, de sorte que la question litigieuse ne pourra pas être soumise aux tribunaux de cet État par voie d'action principale.

862. Premièrement, le mécanisme suppose la désignation initiale d'un droit étranger (un renvoi au droit étranger) par la règle de conflit du for. Il s'intègre donc, en principe, au fonctionnement d'une règle de conflit bilatérale. Or un système bilatéraliste de règlement des conflits de lois postule la dissociabilité des règles internes et des règles de droit international privé au sein du droit étranger. Pourquoi, dès lors, faire application des règles de conflit étrangères et ne pas s'arrêter au stade de la désignation du droit matériel étranger? A notre avis, cela voudrait dire ne pas prendre en compte l'avis du législateur étranger qui refuse dans telle situation que sa loi matérielle soit appliquée. Evidemment, on n'est pas obligé de tenir compte de son avis, mais il est préférable de le faire pour des raisons d'efficacité et de reconnaissance des décisions de justice.

863. La deuxième objection théorique à surmonter est celle du risque d'un cercle vicieux, ou chassé-croisé de lois. En effet, une fois que le renvoi a fonctionné au profit de la loi du for, pourquoi ne pas alors tenir compte à nouveau des règles de droit international privé du for pour envisager un nouveau renvoi au droit étranger ? En d'autres termes, pourquoi la divergence de rattachements entre la règle de conflit française et la règle de conflit étrangère devrait-elle conduire à faire prévaloir la position étrangère ? La réponse à cette question est liée, à notre avis, au besoin de justifier l'application de la règle matérielle du for alors que la règle de conflit du for ne le permet pas. Pour ce faire, l'on fait appel à un raisonnement qui implique la prise en compte de l'avis du législateur étranger. En effet, c'est parce que l'on tient compte de cet avis que nous arrivons à l'application de la loi matérielle du for alors que la règle de conflit du for ne le permettait pas au début. Il faut cependant comprendre les fondements du renvoi pour mieux cerner son mécanisme.

B. LES FONDEMENTS DU RENVOI

864. Les explications sur l'utilisation de ce procédé sont très nombreuses[1254]. Celles-ci peuvent être classées dans la catégorie des explications se fondant sur des artifices (1) et celle des explications se fondant sur des considérations pragmatiques (2).

1. LES EXPLICATIONS CONSTRUITES SUR DES ARTIFICES

865. On retrouve dans cette catégorie les théories du renvoi délégation, du double renvoi ou du renvoi règlement subsidiaire. Ces théories ont toutes en commun le fait que le juge du for utilise des fictions de raisonnement pour justifier l'utilisation du procédé du renvoi comme la délégation

[1254] Pour une analyse plus complète, voy Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958.

de compétence qui n'existe pas réellement, juger comme l'aurait fait le juge étranger ou imaginer une règle de conflit subsidiaire à la place de la règle de conflit du for qui a donné compétence à un système juridique qui l'a refusée. Ainsi, selon la théorie du renvoi-délégation, lorsque la règle de conflit du for donne compétence à la loi étrangère, elle confie au législateur étranger une délégation de compétence qui recouvre à la fois la loi interne étrangère et le droit international privé étranger qui sont indissociables à raison de l'indivisibilité existant entre eux. Si l'harmonie règne entre les règles de conflit du for et celles étrangères, il n'y a pas de difficulté. Si, au contraire, cette harmonie fait défaut, la délégation consentie entraine la substitution de la règle de conflit étrangère à la solution de conflit du for[1255]. Dans cette conception, la règle de conflit étrangère doit être fidèlement respectée, car c'est la règle de conflit du for qui délègue au droit international privé étranger la détermination du droit matériel applicable. Cette théorie a l'intérêt d'expliquer que le renvoi ne soulève pas de conflit de souveraineté, puisque c'est à l'initiative de la règle de conflit française que la règle étrangère de conflit est consultée. Cependant, il est certain qu'en désignant la loi étrangère la règle de conflit du for ne peut être comprise comme conférant un pouvoir normatif à l'autorité étrangère.

866. Le double renvoi ou la *foreign court theory* est une conception du renvoi qui a été consacrée par la jurisprudence anglaise. Dans ce cas le juge du for doit statuer comme le ferait le juge étranger du système étranger désigné par la règle de conflit. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'appliquer une règle de conflit, il ne s'agit pas seulement de tenir compte de l'ensemble des règles du droit étranger (règles matérielles et règles du droit international privé), il faut encore appliquer ce droit étranger, comme le ferait le juge étranger[1256]. Cette théorie est critiquable car elle ne justifie pas son postulat de départ: pourquoi le juge du for devrait-il statuer comme le juge étranger?

867. La théorie du renvoi-règlement subsidiaire a été proposée par P. Lerebours-Pigeonnière[1257] et suggère l'idée d'une règle de conflit du for qui fasse une offre de compétence au droit étranger. Si celui-ci ne l'accepte pas, le droit du for formule alors une deuxième règle de conflit, une règle subsidiaire. Pour justifier cette théorie, il faut partir de l'idée que les règles de conflit du for ne sont pas fondées exclusivement sur l'analyse du droit interne du for. Elles prennent aussi en considération les conflits d'intérêts internationaux et reposent sur la présomption de l'existence d'une communauté de vues entre les règles de conflit étrangères et du for. Offrir la compétence à

[1255] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 265, n° 206.

[1256] Voy. la jurisprudence anglaise citée par Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, op. cit.*, n° 106.

[1257] P. LEREBOURS-PIGONNIERE, « Observations sur la question du renvoi », *JDI* 1924, p. 877.

une loi étrangère implique que le législateur étranger ait la même conception que le for du rattachement utile et juste. Le refus opposé à l'offre du for par le droit international privé étranger oblige le for à modifier sa conception du rattachement et à découvrir un règlement subsidiaire qui traduise une communauté de vues que le règlement principal du for ne reflète pas en l'espèce. Le point faible de cette théorie est de créer pour les besoins de la cause une règle de conflit du for, dont le rattachement subsidiaire est exactement, et très artificiellement, calqué sur le rattachement du droit étranger.

868. On peut observer que les explications construites sur des artifices, si elles favorisent la solution du système juridique étranger, présentent le problème d'un manque de support juridique solide, chose qui entraîne une méfiance envers l'application ultérieure de la loi étrangère. C'est pour cela qu'il faut chercher le fondement du renvoi à travers des explications construites sur des considérations pragmatiques.

2. Les explications construites sur des considerations pragmatiques

869. On a proposé comme fondements pour le renvoi des explications construites sur des constructions pragmatiques. Ainsi, la solution du conflit négatif par l'appel à la notion d'ordre public ou le renvoi-coordination sont deux théories qui doivent également être analysées afin de pouvoir choisir celle qui exprime le mieux les caractéristiques du renvoi. M.-L. Niboyet[1258] jugeait, ainsi, inutile, pour résoudre le conflit négatif créé, de faire appel à une règle subsidiaire de conflit. Toutes les fois que la loi étrangère désignée ne reçoit pas de l'État étranger compétence dans le cas envisagé, « notre compétence doit s'y étendre en vertu de l'ordre public parce qu'il n'est pas possible qu'une situation juridique possédant quelque attache avec la France demeure sans réglementation ». L'ordre public s'opposant à ce qu'un rapport de droit soit apatride commande donc le retour systématique à la *lex fori.* Si la méthode a le mérite d'être simple, elle supprime à la fois le problème du renvoi au second degré et celui de l'interprétation de la règle de renvoi. De même, résultat est peu acceptable car la méthode entraîne par le jeu d'un raisonnement abstrait, la compétence immédiate et systématique de la *lex fori.*

870. À la suite de Ph. Francescakis[1259], certains auteurs français[1260] ont proposé une analyse fonctionnelle du renvoi, faisant dépendre son admission de la nature et des objectifs de la règle de conflit. Cette théorie recherche si le renvoi est compatible ou non avec le fondement de la règle de

[1258] J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, *op. cit.*, n° 1014 et s., p. 471 et s.
[1259] Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, op. cit.,* n° 106.
[1260] Voy. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, t. 1, 1993, n° 311 ; B. AUDIT, *Droit international privé*, n° 227.

conflit en cause. On peut même dire que l'ordre du principe et des exceptions est inversé. Le renvoi n'est admis que si l'on établit son utilité. La théorie du renvoi-coordination propose donc de faire jouer le renvoi quand celui-ci permet d'obtenir des résultats utiles, et de l'exclure quand son application produit des résultats néfastes[1261]. On a donc posé un principe d'admission du renvoi, sous réserve d'exceptions dans certaines matières, où celui-ci s'avère indésirable. Ainsi, le rattachement à la loi nationale, fondé sur le principe de souveraineté, dans le souci de préserver les liens des individus avec leur droit national, n'a pas à être imposé à un droit étranger qui n'établit pas un tel lien. De même, si la loi du lieu de situation du bien, choisie pour des raisons d'effectivité, n'impose pas sa compétence, l'application d'une autre loi devient possible[1262]. En revanche, il conviendrait de refuser de faire jouer le renvoi quand la règle de conflit est fondée sur une recherche de proximité entre la situation et la loi applicable, et *a fortiori* quand la loi est choisie par les parties. Le renvoi risquerait alors de porter atteinte au but poursuivi par la règle de rattachement du for et aux prévisions des parties. C'est une conception pragmatique du renvoi qui est vu comme un procédé par lequel le droit du for accepte de coordonner sa propre règle de conflit avec celle du droit étranger. Les juges du for font ainsi une véritable application des règles de conflit du droit étranger[1263] et non de règles de substitution du for, comme dans la théorie du renvoi-règlement subsidiaire. L'analyse a pour conséquence que l'interprétation de celles-ci échappe au contrôle de la Cour de cassation, puisque c'est du droit étranger[1264].

871. Les mérites du renvoi-coordination sont, néanmoins, beaucoup plus nets quand il y a renvoi au second degré, que dans le cas d'un renvoi au premier degré. L'exemple célèbre imaginé par M. Raape[1265] le démontre puisque la solution diffère selon le juge saisi. L'avantage que procure alors le renvoi n'est plus celui de favoriser l'harmonie internationale mais celui de permettre au juge du for d'appliquer plus confortablement la *lex fori*. L'application de la loi étrangère se retrouve alors défavorisée du fait de l'utilisation de ce procédé. On observe, donc, une double conséquence de l'utilisation du renvoi sur l'application de la loi étrangère. Celui-ci peut, en effet, la favoriser tout comme la défavoriser en fonction de la désignation réalisée par la règle

---

[1261] H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, t. 1, 1993, n° 304.

[1262] Cass., l^re^ civ., 21 mars 2000, *Ballestrero* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 2000, p. 399, note B. ANCEL, *D.* 2000, p. 539, note F. BOULANGER ; confirmé par Cass., l^re^ civ., 20 juin 2006, n° 05-14.281 et 11 févr. 2009, n° 06-12140.

[1263] Le renvoi est parfois présenté comme un cas de prise en considération de la règle de conflit étrangère, voy. E. FOHRER - DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères, op. cit., p.* 24.

[1264] Voy. Cass., 1re civ., 7 mars 1938, *De Marchi, Rev. crit. dr. internat. privé* 1938, p. 472, note BATIFFOL ; Cass., 1re civ., 15 juin 1982, *Dame Moatty c. dame Zagha, Rev. crit. dr. internat. privé* 1983, p. 300, note J.-M. BISCHOFF.

[1265] L. RAAPE, *Rec. cours La Haye*, vol. 50, 1934, *p. 21.*

de conflit étrangère et de l'obtention de l'uniformisation des solutions. Or, ces conséquences peuvent être observées davantage en la pratique des tribunaux.

§ 2. LES CONSEQUENCES PRATIQUES DU RENVOI

872. Le renvoi présente une certaine spécificité qui le rend compliqué à utiliser ; même lorsqu'il est utilisé, son domaine reste limité.

873. Il existe également une certaine méfiance à son égard car les conséquences de son utilisation peuvent être très différentes en fonction des systèmes juridiques avec lesquels le système juridique du for est lié dans le cas d'espèce. Cela peut entraîner, par la suite, l'application de la loi étrangère comme celle de la *lex fori*. Ces conséquences peuvent s'observer très clairement dans la pratique du renvoi et peuvent être la cause pour laquelle le renvoi n'a pas réussi à s'implanter dans la jurisprudence de plusieurs États comme l'Italie[1266], les Pays-Bas[1267] ou les États-Unis[1268] et est exclu des règlements Rome I, Rome II et Rome III[1269]. Quelles sont donc les conséquences pratiques du renvoi et quelle est leur influence sur l'application de la loi étrangère ? Pour répondre à cette question nous allons procéder à une présentation de la spécificité technique du renvoi (A) pour observer ensuite son statut jurisprudentiel (B).

A. LA SPECIFICITE TECHNIQUE DU RENVOI

874. Le renvoi est un procédé strictement intellectuel effectué par le juge du for, sans consultation du juge étranger et, *a fortiori*, sans saisine du juge étranger. Si, en fonction de l'étendue du renvoi, il existe plusieurs types de renvoi, comme celui de rattachement et de qualification, faire la différence entre les deux peut représenter une tâche difficile pour le juge du for. C'est pour cela que nous allons présenter les types de renvoi (1) et les différences entre celles-ci (2).

1. LES TYPES DE RENVOI

[1266] Dans l'ancienne jurisprudence italienne il existe des cas où le renvoi a été admis : Cass. italienne, 29 déc. 1937 (renvoi au 2e degré), *Riv. dir. privato*, t. IX, partie II, p. 228 et s., note C. GRASSETTI ; CA Trieste, 7 janv. 1937, *Riv. dir. com.*, 1937, partie II, p. 317 ; CA Bologne, 26 juin 1933, Sirey, 1936.4.8, note C. GRASSETTI, *Riv. dir. privato*, t. V, p. 3 et s.

[1267] Voy. E. M. MEIJERS, « La question du renvoi », *Bull. IJI*, 1938, t. 38, p. 191 et s.

[1268] Il y a également dans la jurisprudence des États-Unis des arrêts qui témoignent d'une certaine tendance vers l'admission du renvoi, voy. spécialement l'arrêt de la High court du Michigan, *University of Chicago c/ Deter*, *JDI* 1938, p. 881 et s.

[1269] Règlements Rome I, art. 20, Rome II, art. 24 et Rome III, art. 11.

875. En fonction de l'élément du raisonnement du juge qui le provoque, le procédé du renvoi comporte deux types, à savoir le renvoi de rattachements et le renvoi de qualifications.

876. Le renvoi de rattachements, comprend plusieurs fonctionnements. Ainsi, il y a renvoi de la loi étrangère à la loi du for lorsque la règle de conflit du for a désigné préalablement la loi étrangère et que la règle de conflit étrangère désigne, à son tour, la loi du for comme étant compétente à régir le problème juridique de droit international privé. Dans ce cas le juge du for appliquera par la suite la *lex fori*. Par exemple, pour déterminer la capacité juridique d'un Suisse domicilié en France, le juge français saisi applique sa règle de conflit française qui désigne la loi suisse (loi nationale). La règle de conflit suisse renvoie à la loi française (loi du domicile) et ainsi le juge français applique le droit français. Cet exemple reflète le fonctionnement du renvoi au premier degré.

877. Lorsque la règle de conflit du for désigne une loi étrangère dont le droit international privé désigne une loi tierce, il y a renvoi au second degré. Par exemple, pour déterminer la capacité juridique d'un Suisse domicilié en Angleterre, appréciée par un juge français, la règle de conflit française désigne la loi suisse (loi nationale) qui renvoie à la loi anglaise (loi du domicile), laquelle accepte cette compétence. Le juge français appliquera alors la loi anglaise.

878. La jurisprudence française a admis le renvoi au second degré, d'abord de manière incidente[1270], puis dans une affaire qui en illustre particulièrement bien les avantages. Il s'agissait d'apprécier la validité d'un mariage entre deux époux de nationalité syrienne et de confession israélite (les époux Zagha) qui s'étaient mariés en 1924 en Italie, selon les règles de la loi mosaïque devant le grand rabbin de Milan. Le mariage était nul au regard du droit italien et du droit français, qui conditionnaient sa validité à une cérémonie civile, mais il était valable selon le droit syrien, soumettant les Syriens de confession israélite au droit mosaïque. La règle française de conflit désignait le droit italien, tandis que la règle de conflit italienne désignait le droit syrien. La Cour de cassation a accepté le renvoi de la règle italienne de conflit de lois à la loi syrienne, tout en précisant que le jeu du renvoi se justifiait parce qu'il conduisait à valider le mariage[1271]. Cette précision ne doit cependant pas être interprétée comme une condition générale d'admission du renvoi au second degré mais comme une condition spécifique du renvoi mettant en cause la règle *locus regit actum*, applicable à la forme des actes. Cette règle est en effet inspirée par un souci de

[1270] Cass., 1re civ., 7 mars 1938, *De Marchi, Rev. crit. dr. internat. privé* 1938, p. 472, note H. BATIFFOL ; à comp. avec 21 mars 2000, *Ballestrero*, préc.
[1271] Cass., 1re civ., 15 juin 1982, *Dame Moatty c. dame Zagha, préc.*

faveur à la validité de l'acte[1272]. Si la loi tierce désignée par la règle de conflit étrangère n'accepte pas cette compétence, le renvoi au second degré conduit à une impasse dont il est difficile de sortir. Comment le juge français doit-il alors résoudre la succession mobilière d'un Anglais domicilié en Espagne? La règle de conflit française désigne la loi espagnole, celle-ci renvoie bien au droit anglais, mais ce dernier n'accepte pas cette compétence et désigne à son tour le droit espagnol[1273].

879. Le remède le plus simple serait de constater que le renvoi a échoué dans sa fonction de coordination et d'appliquer le droit interne désigné par la règle de conflit du for, en l'occurrence le droit espagnol. On a aussi proposé de départager les deux droits en concours, en recherchant si l'un d'eux n'exclurait pas le renvoi et en faisant application des dispositions matérielles du système qui exclut le renvoi[1274]. On a encore suggéré de s'en remettre au système de droit international privé du droit désigné par la règle de conflit du for[1275]. Ainsi, faudrait-il interroger le droit international privé espagnol pour lui demander de résoudre cette difficulté : renvoie-t-il au droit anglais ou non ? S'il écarte le renvoi, on applique le droit espagnol ; s'il l'accepte, on applique le droit anglais. La Cour de cassation n'a pas tranché cette difficulté mais elle a failli en être saisie[1276].

880. On retrouve aussi le renvoi à la première loi désignée, cas dans lequel on applique cette loi-ci, vu que la règle interdit au renvoi d'opérer à l'infini. Il existe également le double renvoi du droit anglais[1277], consacré par la décision de la Haute Cour anglaise du 21 mai 1926 dans l'affaire *Annesley*[1278]. Le procédé consiste dans le fait que le juge anglais donne au problème juridique dont il est saisi la même solution que le juge appartenant au système juridique dont fait partie la loi désignée comme compétente par la règle de conflit anglaise. Le juge anglais se met donc à la place du juge étranger et suit la désignation faite par la règle de conflit étrangère. Le double renvoi reste

---

[1272] Ce point a été contesté dans le domaine spécifique de la validité du mariage, dans lequel la désignation du droit local présente un caractère impératif ; on en a déduit que cette impérativité ne valait que pour les mariages célébrés en France et non pour les mariages célébrés à l'étranger.

[1273] Voy. P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2014, n° 230.

[1274] D. HOLLEAUX et autres, *Droit international privé, op. cit.,* n° 230.

[1275] H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, t. 1, 1993, n° 307.

[1276] Dans l'affaire Cass., l^re^ civ., 16 avr. 1996, *Denney* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1997, p. 716.

[1277] Le rôle du renvoi en droit international privé anglais est particulièrement controversé. Parmi les nombreux auteurs qui ont traité ces questions : A. MENDELSSOHN-BARTHOLDY, *Renvoi in modern English Law,* Scientia Verlag, 1937 rééd. 1977, p. 56 *;* W.G. FALCONBRIDGE, Renvoi and Succession to Movables, *LQR*, 1930, t. 46, p. 465 et s. ; 1932, 1, *Dominion Law Reports*, p. 1 à 75 ; *C.L.Rev.* 1939, p. 369 et s., 1940, p. 77 et s. ; R. DE NOVA, « Considerazioni sul rinvio in diritto inglese », *Riv. dir. int.* t. 30 ; J.D. DAVIES, p. *Rec. cours La Haye*, vol. 62, 1937, 503 et s.

[1278] Voy. Cheshire, *Private International Law*, 1933, p. 138 et s.

cependant lié au droit anglais[1279], n'étant que très rarement utilisé dans la jurisprudence continentale[1280].

881. Le renvoi de qualifications s'impose, en revanche, lorsque le conflit négatif des règles de conflit a son origine dans une divergence de qualifications entre les systèmes en présence. Si en droit français la doctrine reste divisée[1281] et la jurisprudence presque inexistante[1282] en la matière, la jurisprudence allemande s'est prononcée contre l'admission du renvoi de qualifications. Ainsi, à travers deux arrêts[1283], le Reichsgericht a dû se prononcer sur le problème de la prescription d'une créance concernant une lettre de change émise aux États-Unis et appartenant à un débiteur allemand. Le tribunal allemand se trouvait face à deux interprétations de la prescription d'une obligation, la règle allemande la classant dans le droit des obligations et considérant la loi américaine applicable, alors que la loi américaine retenait la qualification procédurale qui provoquait la compétence de la loi allemande. Le juge allemand a finalement estimé que la prescription des créances devait être qualifiée selon les conceptions du droit du for (le droit allemand), donc comme une question de fond[1284]. Le renvoi est ainsi condamné au nom de la logique même du mécanisme du renvoi[1285] car le moment auquel il apparaît dans le raisonnement juridique est postérieur au moment de la qualification du problème juridique auquel le juge est confronté. Cependant la différence entre ces deux types de renvoi reste problématique et une analyse comparative s'impose afin dee déceler les traits caractéristiques de chacun d'entre eux.

2. La difference entre le Renvoi de rattachements et celui de qualifications

882. Faire la distinction entre le renvoi de qualifications et le renvoi de rattachements est une affaire délicate. La question du renvoi de qualifications présente une évidente fonction similaire, puisque, *a priori*, le problème reste le même, que le renvoi résulte d'un conflit de qualifications ou de rattachements.

[1279] Quant au droit allemand, voy. l'arrêt du Reichsgericht du 2 juin 1932, *Entsrkcidungen der Rechsgericht in Zivilsachen*, t. 136, p. 361 et s., qui a repoussé la conception du double renvoi. Comp. la note de R. AGO, *Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato*, vol. I, p. 131 et s.

[1280] Par exemple, CA Colmar, 13 mai 1938, *Rev. jur. d'Alsace et de Lorraine*, 1938, p. 528 et s.

[1281] Pour un exposé de cette doctrine, voy. Y. LEQUETTE, « Le renvoi de qualifications », *Mélanges HOLLEAUX*, p. 249.

[1282] Y. LEQUETTE cite, dans son étude, un arrêt inédit de la CA Paris, 19 juill. 1952, qu'il emprunte à l'ouvrage de FRANCESCAKIS sur la théorie du renvoi ; voy. également CA Paris, 3 mars 1994, *JCP* 1995. II. 22367, note H. MUIR WATT, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1994, p. 532, note ANCEL, *D.* 1994, somm. comm 355, obs. B. AUDIT ; *JDI* 1995, p. 607, note P. LEGIER, refusant le renvoi de qualifications, mais dans un domaine (contrat) où le renvoi de rattachements est traditionnellement exclu.

[1283] 8 mai 1880, *R.G.Z.* 2, 13, et 3 janv. 1882, *R.G.Z.* 7, 21.

[1284] RG, 23 janv. 1882, sur cette jurisprudence, voir N. PHILONENKO, *loc. cit.*, p. 259 et p. 513.

[1285] Y. LEQUETTE, *loc. cit.* , n°s 17 et s.

883. Si l'on accepte de coordonner la règle de conflit du for avec celle du droit étranger, il n'y a aucune raison de discriminer selon que c'est le critère de rattachement ou la catégorie de rattachement qui divergent d'un système à l'autre. De ce point de vue, le renvoi de qualifications est convertible en un renvoi de rattachements et l'arrêt *Forgo* reflétait déjà cette similitude. En effet, la question pouvait déjà être formulée soit comme une opposition entre le droit français et le droit bavarois sur le rattachement des successions mobilières internationales, rattachement à la loi nationale (ou loi du domicile légal) ou à la loi du domicile de fait ; soit comme une divergence sur la qualification de la dévolution successorale comme relevant du statut personnel ou du statut réel. Mais, en l'occurrence, comme le droit bavarois rattachait les deux questions à la loi française, l'une au titre de la résidence de Forgo, l'autre au titre de la situation des biens, le problème de qualifications n'avait pas d'incidence sur la désignation opérée par le droit bavarois. Il n'y avait donc pas de conflit de qualifications entre le droit français et le droit bavarois[1286].

884. Le problème est provoqué par une confusion entre les opérations de qualification internationale et de qualification matérielle et les différentes étapes au cours desquelles elles interviennent. La qualification internationale doit s'effectuer *lege fori* au stade antérieur à la désignation de la loi étrangère applicable. La qualification matérielle (ou qualification en sous-ordre) intervient après la désignation de la loi étrangère, pour la sélection de la règle matérielle étrangère applicable, et doit s'effectuer *lege causae*. Cependant, rien n'interdit, dans une troisième étape, d'interroger le droit international privé étranger sur la qualification internationale qu'il retient de la situation considérée, pour remettre en cause, le cas échéant, la compétence du droit étranger, par le jeu d'un renvoi de qualifications. Pendant longtemps hostile au renvoi de qualifications[1287], la doctrine française a majoritairement modifié sa position, depuis certains travaux[1288]. Par exemple la rupture des fiançailles est classée, en droit international privé français, dans la catégorie de la responsabilité civile extra-contractuelle. La loi applicable est en conséquence la loi du lieu de la rupture. En revanche, le droit international privé allemand y voit une question de statut personnel, qu'il soumet à la loi nationale. Si la rupture se produit en Allemagne entre deux Français, le droit français désignera le droit allemand qui effectuera un renvoi à la loi française, en raison de la divergence de qualifications entre les deux systèmes.

[1286] Voy. le deuxième arrêt *Forgo,* Cass., 22 fév. 1882, et les obs. de B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GAJDIP*, n° 7-8. 4.
[1287] Sauf D. Holleaux et autres, *Droit international privé, op. cit.,* n° 510.
[1288] Voy. Y. LEQUETTE, « Le renvoi de qualifications », *in Mélanges dédiés à Dominique HOLLEAUX,* Litec, 1990. p. 249 ; Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi, préc.,* n° 81 et s.

885. Cependant, il est beaucoup plus simple pour le juge du for d'identifier le rattachement édicté par le droit international privé étranger que de percevoir la finesse des qualifications étrangères. Il faut donc ne faire jouer le renvoi que dans des hypothèses où la qualification étrangère se dégage avec certitude.

B. LE STATUT JURISPRUDENTIEL DU RENVOI

886. Le statut du renvoi est mixte dans la jurisprudence française dans le sens où celui-ci est admis dans certaines matières mais reste restreint dans d'autres. Cette attitude de la jurisprudence peut s'expliquer par les hésitations de la doctrine que nous avons déjà présentées. Le raisonnement en termes de principe (1) et d'exceptions est plus aisé à mettre en oeuvre dès lors que les exceptions se trouvent clairement identifiées (2).

1. LE PRINCIPE

887. Les domaines de prédilection du renvoi ont pendant longtemps été le statut successoral et le statut personnel.

888. Pour les successions successorales mobilières, c'est la consécration jurisprudentielle de la compétence de la loi du dernier domicile du défunt, qui supprime l'hypothèse antérieurement fréquente du renvoi de la loi nationale à la loi du domicile[1289].

889. La matière des successions immobilières accepte le renvoi[1290] puisqu'« en matière de succession immobilière, le renvoi opéré par la loi de situation de l'immeuble ne peut être admis que s'il assure l'unité successorale et l'application d'une même loi aux meubles et aux immeubles »[1291]. Le mécanisme du renvoi produit donc cet effet collatéral d'unifier les masses que sépare la division des biens et de placer ainsi sous la même loi meubles et immeubles ; l'arrêt Riley précise les modalités de fonctionnement de cet expédient. En 1985, quelques années avant leurs décès respectifs, les époux Riley-Garcia de Acuna ont vendu à deux de leurs enfants des biens immobiliers qu'ils possédaient en Espagne. La succession de Mme Riley est ouverte en France, où les époux étaient domiciliés. Estimant que le prix convenu ne représente qu'une fraction trop modeste de la valeur des biens vendus à ses frères, le troisième fils intente une action en

[1289] En matière de succession mobilière, cette jurisprudence s'est maintenue jusqu'à la consécration du rattachement de la dévolution successorale mobilière à la loi du domicile de fait par l'arrêt Cass, civ., 19 juin 1939, *Lahedan* : *DP* 1939. 1. 97, note L.P. ; *S* 1940. 1. 49, note J.-P. NIBOYET ; sur le renvoi avant la jurisprudence *Labedan,* voy. Cass, req., 1er mars 1910, *Soulié,* préc, et 7 nov. 1933, *Rev. crit. dr. internat. privé,* 1934, p. 440, confirmant la solution de l'arrêt *Forgo.*

[1290] *Cass.,* 1re civ. 21 mars 2000, *Ballestrero*, renvoi de la loi italienne de situation des immeubles à la loi française, loi nationale du défunt ; Cass.,1re civ., 20 juin 2006, *Wildenstein,* Cass., 1re civ., 11 févr. 2009, *Riley.*

[1291] Cass., 1re civ., 11 févr. 2009, *Riley.*

simulation et demande le rapport de ce qu'il considère être une donation déguisée. Le Tribunal, puis la Cour de Pau lui donnent raison - par application de la loi française car la règle de conflit en matière de succession immobilière désigne la loi espagnole, loi du lieu de situation des biens, mais celle-ci préfère, « quels que soient la nature des biens et le pays où ils se trouvent »[1292], la loi nationale du défunt, ce qui en l'espèce conduit par renvoi à la loi française. Le problème était que cette conclusion ne restait exacte qu'en ce qui concernait la succession de M. Riley mais pas celle de Mme Riley puisque rien n'indiquait, dans cette affaire, que l'épouse était française (dans la vente litigieuse elle apparaissait comme ayant la nationalité cubaine). Par conséquent, il aurait fallu que la Cour d'appel s'assure que la nationalité de Madame Riley autorisait, suivant la règle de conflit espagnole, un renvoi vers la loi française.

890. On reprochait le manque de fondement légal de la décision. La Cour de cassation s'est seulement prononcée sur la violation de l'article 3 du Code civil, le manque de fondement légal étant ignoré puisque le mécanisme du renvoi ne débouchait pas, en l'espèce, sur l'application de la loi française ; la Cour de Pau ne pouvait pas, par conséquent, à travers le renvoi fait à la loi nationale, écarter l'application de la loi espagnole. Donc le renvoi est conditionnel et n'opère que s'il procure un résultat déterminé, que s'il assure l'« unité successorale » et l'« application d'une même loi aux meubles et aux immeubles ». Cette solution a limité les cas dans lesquels le renvoi est admis et on s'est demandé si l'arrêt ne rompait pas l'harmonie des règles de conflit française et étrangère, alors qu'en réalité, l'unité successorale recherchée par la Cour de cassation par l'encadrement du renvoi, contribue au contraire à raviver l'harmonie de ces règles de conflit, mise à mal par l'arrêt Wildenstein[1293].

891. On pourrait se demander si ce n'est pas la même chose que d'assurer « l'unité successorale » et « l'application d'une même loi aux meubles et aux immeubles ». Comme au cas présent, la Cour de cassation ne s'interrogeait que sur la mise en œuvre de la règle de conflit en matière immobilière. La seule référence à l'unité successorale aurait pu induire en erreur, cette unité pouvant s'entendre comme celle de la succession immobilière, sans pour autant que successions immobilière et mobilière soient assujetties à une même loi. Mais l'objectif visé par la cour était de parvenir à une unité totale et non partielle de la succession. D'où la nécessité d'ajouter la condition du renvoi qui doit assurer l'application d'une même loi aux meubles et aux immeubles. La Cour de cassation propose, ainsi, une méthodologie aux praticiens pour la mise en œuvre du renvoi en matière de succession immobilière puisque, par le jeu du renvoi, les

[1292] L'art. 9. 8 du C. civ. espagnol.
[1293] Cass., 1re civ., 20 juin 2006 : *JDI* 2007, p. 125, note H. GAUDEMET-TALLON.

immeubles doivent être régis par une seule loi et que cette loi doit être la même que celle qui gouverne la succession mobilière. Donc seule une unité totale permet l'admission du renvoi. La décision représente une excellente illustration de la thèse du renvoi correctif du rattachement et a le mérite de ne pas sacrifier l'harmonie entre règles de conflit française et étrangère (comme cela a été le cas de l'arrêt *Wildenstein* qui paraissait exclure la possibilité d'un renvoi au second degré en matière de succession internationale). En limitant les hypothèses dans lesquelles le renvoi au premier degré est admis, la Cour de cassation contribue à harmoniser les solutions découlant de la mise en oeuvre des règles de conflit française et étrangère, dès lors que ce type de renvoi est admis de façon généralisée à l'étranger.

892. Un Français décède domicilié en France, laissant deux immeubles, l'un en Belgique, l'autre en Italie, ce dernier État rattachant les successions internationales à la loi nationale du défunt. Sous l'empire des arrêts *Ballestrero* et *Wildenstein*, un notaire français pouvait, pour l'immeuble situé en Italie, procéder à la liquidation et au partage de la succession, en application de la loi française, compétente par renvoi du droit italien au droit français. Mais si un notaire italien avait eu à connaître de la dévolution de l'immeuble situé en Italie, celui-ci aurait appliqué la loi italienne par renvoi du droit français au droit italien, admis en vertu de l'article 13 d'une loi du 31 mai 1995. Les solutions du droit français et du droit italien n'étaient pas en harmonie. L'arrêt du 11 février 2009, en excluant le renvoi du droit italien au droit français, faute d'unité successorale, conduit, dans l'exemple envisagé, à l'harmonie des solutions : le notaire français applique le droit italien, le notaire italien aussi. Cette harmonie en matière de renvoi au premier degré, se retrouve également en matière de renvoi au second degré, restauré dans les successions internationales par la décision Riley.

893. Dans les conventions internationales on retrouve également le problème du renvoi ; par exemple, la Convention de la Haye du 15 juin 1955 pour régler les conflits de lois entre la loi nationale et la loi du domicile qui accepte le renvoi, n'a été signée que par cinq États et n'est jamais entrée en vigueur. Cependant, comme pour tout principe il existe des exceptions et la matière du renvoi n'en manque pas.

2. Les exceptions

894. Si la jurisprudence est attachée au mécanisme du renvoi, elle n'a pas souvent l'occasion d'en témoigner[1294]. Cela est dû au fait que le renvoi présente des restrictions qui dépendent de la matière concernée ou de la nature des règles de conflit.

895. Lorsqu'il s'agit des matières où l'on applique la loi d'autonomie[1295] le renvoi sera banni, comme c'est le cas des contrats, des régimes matrimoniaux[1296] ou de ceux concernant la forme des actes[1297]. Dans ces cas l'objectif prépondérant du respect des prévisions des parties est exclusif du renvoi, sauf si les parties l'ont explicitement envisagé.

896. La nature des règles de conflit peut également influencer l'acceptation ou non du renvoi, s'il s'agit de règles unilatérales[1298] ou alternatives[1299]. Ainsi, en matière de divorce, la question du renvoi ne se pose plus, du moins tant que subsistera la règle de conflit unilatérale de l'article 309 du Code civil (anciennement 310). L'alinéa 3 de cet article prévoit que si aucune loi étrangère ne veut s'appliquer, la loi française est applicable. Le renvoi n'est donc pas techniquement possible, puisque la règle du for anticipe elle-même la solution du conflit négatif de rattachements. C'est d'ailleurs l'un des fondements des méthodes unilatéralistes de ne pas permettre à un droit de déterminer le champ d'application international des règles des autres systèmes juridiques. Le renvoi ne sera, en effet, accepté que lorsque la règle de conflit est bilatérale et neutre, sauf s'il existe une exception à la règle comme celle prévue par l'article 311-17 du Code civil[1300].

897. On peut aussi vouloir exclure le renvoi dans les matières gouvernées par une règle de conflit tendue vers un objectif de proximité (en matière contractuelle à défaut de choix des parties ou en matière délictuelle). La question risque de ne plus avoir l'occasion de se poser avec l'influence des règlements Rome I, Rome II qui excluent expressément le renvoi et qui ont un champ d'application universel. On observe d'ailleurs que toutes les questions relevant du champ d'application d'une des Conventions de la Haye conclues depuis 1951 excluent le renvoi en

---

[1294] Pour une illustration récente, opérant un renvoi de la loi nationale canadienne à la loi de la résidence, en matière de capacité, voir Cass., 1re civ., 21 sept. 2005, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2006, p. 100, note H. MUIR WATT, critiquant l'utilisation en l'espèce de la règle canadienne de conflit interprovinciale comme d'une règle de conflit internationale.

[1295] Cass., 1re civ., 11 mars 1997, *Soc. Mobil, JDI* 1997, p. 789, note M. SANTA-CROCE ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1997, p. 702, note B. ANCEL.

[1296] Matière dans le cadre de laquelle la loi d'autonomie a été appliquée jusqu'à la mise en œuvre de la Convention de la Haye du 14 mars 1978.

[1297] A cause de la règle *locus regit actum* et de l'article 11 du Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

[1298] Par exemple les articles 310-1 ou 310-2 du C. civ. (actuellement art. 309).

[1299] Par exemple l'article 311-17 du C. civ.

[1300] Cass 1re civ. 6 juillet 1999, n° pourvoi 97-19453.

désignant comme loi applicable : « la loi interne de l'État signataire » et en excluant expressément les règles de conflit[1301].

898. Cependant, l'exclusion du renvoi est parfois contestable. Ainsi, après l'édiction des règles de conflit en matière de filiation en 1972, un arrêt de la Cour de Paris a cru devoir soustraire l'établissement de la filiation - régi par l'article 311-14 du Code civil - au domaine du renvoi. La solution a été justement critiquée car cet article prévoit une règle de conflit parfaitement classique, et rien ne devrait empêcher le renvoi[1302]. Un autre arrêt de la Cour de cassation, statuant sur une question de droit transitoire, a d'ailleurs admis que l'article 311-14 désigne non seulement le droit matériel étranger mais aussi ses règles de conflits dans le temps[1303].

CONCLUSION DE SECTION

899. L'analyse dédiée à la question du renvoi en droit international privé et à son influence sur l'application de la loi étrangère nous révèle un mécanisme qui détient un rôle fondamental dans la coordination des systèmes de conflit des différents États, dans le cadre de la méthode conflictuelle[1304]. Il « constitue une des modalités centrales du type de coordination entre les ordres juridiques recherché dans les différents cas par le législateur et assume nécessairement un contenu différent selon la méthode de coordination chaque fois en cause »[1305]. De ce fait, certaines codifications garantissent au renvoi, même sous des formes différentes, la souplesse nécessaire, en laissant ouvertes ou en distinguant de manière explicite les différentes solutions à suivre. Par exemple, l'article 4, paragraphe 1, EGBGB, introduit par la loi de réforme du droit international privé allemand du 25 juillet 1986, accepte le renvoi au premier degré à la loi allemande et se réfère en principe (pour le renvoi au second degré) au droit international privé du système juridique étranger désigné[1306]. De même, l'article 13 de la loi italienne du 31 mai 1995, n° 218, de réforme du droit international privé, accueille pour les différentes catégories d'hypothèses des

[1301] Convention de la Haye de 1996 sur la protection des enfants.
[1302] Paris, 11 mai 1976, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1977, p. 109, note I. FADLALLAH.
[1303] Voir Cass., 1re civ., 3 mars 1987, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1988, p. 695, note M. SIMON-DEPITRE ; pour une analyse de cet arrêt conforme dans le sens indiqué au texte, voir *GAJDIP,* n° 73, 6 et s.
[1304] P. PICONE, « Les Méthodes de coordination entre ordes juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 276, 1999, p. 44.
[1305] *Idem*, p.46.
[1306] Voy. T.S. SCHMIDT, *Die Sinnklausel der Rück-und Weiterverweisung in Internationalen Privatrecht nach Artikel 4 Absatz 1*, Satz 1 EGBGB, Francfort-sur-le-Main, 1998.

solutions distinctes[1307]. L'article 2559 alinéa 1 du nouveau code civil roumain[1308] accepte le renvoi au premier degré en prévoyant que la loi étrangère concerne les dispositions matérielles et les règles de conflit de lois, sous la réserve des dispositions contraires. Les dispositions contraires sont ainsi présentées à l'alinéa 3 qui souligne que la loi étrangère ne concerne pas les règles de conflit lorsque les parties ont choisi comme applicable la loi étrangère, lorsque la loi étrangère est applicable aux actes juridiques et aux obligations extracontractuelles et lorsque des cas spéciaux sont prévus par les conventions internationales, par le droit de l'Union européenne ou par la loi.

900. L'atout de ce mécanisme est qu'il tend à garantir l'objectif fondamental de cette méthode, qui consiste dans l'uniformisation des solutions (au moins parmi les ordres juridiques les plus concernés). Le renvoi agit donc de la manière la plus traditionnelle en ce qu'il tend à garantir ou du moins à favoriser l'application, à la place de la loi étrangère désignée en premier lieu, qui se considère en hypothèse comme « incompétente », d'une autre loi, qui entend de son point de vue régir le cas d'espèce[1309]. Il peut donc favoriser l'application de la *lex fori* - dans le cas du renvoi au premier degré ou du renvoi de la règle de conflit étrangère à une loi tierce qui n'accepte pas sa compétence, cas dans lequel on a proposé d'appliquer la *lex fori* - ou de la loi étrangère - dans certains cas du renvoi au deuxième degré ou du double renvoi.

901. Il s'agit d'un procédé qui prend en compte le raisonnement du système juridique étranger dont appartient la loi étrangère désignée en premier lieu par la règle de conflit du for. Le juge du for emploie, dans ce cas, la règle de conflit étrangère. En effet, le fonctionnement du le renvoi repose, pour le renvoi au premier degré, sur l'application de la règle de conflit de lois étrangère et, pour le renvoi au deuxième degré, à la fois, sur l'application de la règle de conflit de lois étrangère et sur la désignation par cette règle de conflit d'une autre loi étrangère. Est-ce que l'on peut considérer que, lorsqu'il suit la désignation opérée par la règle de conflit étrangère, le juge applique la loi étrangère ?

902. La réponse est simple et se trouve dans l'interrogation, rhétorique, par rapport à si l'on considère que le juge français applique la loi française lorsqu'il applique une règle de conflit de droit international privé. En d'autres mots, est-ce qu'appliquer la règle de conflit française signifie

---

[1307] Voir P. PICONE, « La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia », *La riforma italiana*, préc., p. 103 s., spéc. p. 122 s..

[1308] La loi 287/2009 sur le Nouveau C. civ., *M.Of.* nº 505/2011.

[1309] Voir FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, préc., p. 223 s. ; P. Picone, « La méthode de la référence », préc., p. 260 s. Vraiment étonnantes sont les remarques des auteurs qui critiquent la portée pratique du principe de l'uniformité, à cause des grandes différences existant entre les règles de conflit des différents pays, sans tenir compte de l'effet « uniformisateur » produit du moins potentiellement par le mécanisme du renvoi, voy., par exemple, Th.M. DE BOER, *Rec. cours La Haye*, vol. 257, 1996, p. 282 s.

que l'on applique la loi française ? En parlant de l'office du juge par rapport à l'application de la règle de conflit, H. Motulsky affirmait que le juge national est obligé d'appliquer cette règle pour la simple raison que celle-ci est du droit[1310]. Or si l'application de la règle de conflit est associée à l'application du droit, donc de la loi, de la même façon on devrait réfléchir par rapport au procédé du renvoi et considérer que lorsque le juge du for suit la désignation réalisée par la règle de conflit étrangère, il applique, de ce fait, la loi étrangère.

903. L'on pourrait, évidemment, rétorquer que l'application de la règle de conflit du for n'est pas la même chose qu'appliquer la règle de conflit étrangère, tenant compte du régime juridique de l'application de la loi étrangère en général. On pourrait même dire que dans ce cas il ne s'agit que d'une simple prise en considération de la loi étrangère. Cependant, concernant le contre argument du régime juridique de l'application de la loi étrangère, il faut s'interroger si le principe de l'application facultative rend la règle de conflit du for moins de droit qu'elle l'est en réalité ? La réponse est bien sur non car elle reste, nonobstant son régime impératif ou facultatif, une règle de droit. Or, ce même raisonnement devrait être utilisé dans le cas du renvoi. Le fait que le régime juridique de l'application de la loi étrangère dépend du régime juridique de la règle de conflit du for ne change pas la nature légale de la première et, de ce fait, lorsque l'on applique une règle de conflit étrangère, l'on applique du droit, et donc une loi.

904. S'agit-il, sinon, d'une simple prise en considération dans ce cas ? La thèse de E. Fohrer - Dedeurwaerder[1311] clarifie cet aspect en précisant que lorsqu'on parle d'application de la loi, la mise en œuvre de la règle permet d'énoncer une solution concrète au problème de droit posé, alors que lorsqu'on parle de prise en considération, la loi prise en compte joue seulement un rôle d'information. A notre avis, le renvoi entraîne application de la loi étrangère même lorsque la règle de conflit étrangère opère un renvoi à la *lex fori* (renvoi au premier degré). Ainsi, comme les étapes de désignation et de mise en oeuvre de la loi étrangère font partie de l'application de la loi étrangère, la simple application de la règle de conflit étrangère, opèrant un renvoi au système juridique du for ou à un autre système juridique, devrait être considéré comme une application de la loi étrangère. En d'autre mots, si c'était d'expliquer cette logique à travers la différence révélée par H. Muir Watt entre les notions de « loi étrangère » et de « droit étranger » [1312], l'application de

[1310] Pour H. MOTULSKY « le juge est tenu d'appliquer spontanément la loi parce qu'elle est la loi et non pas parce qu'elle est d'ordre public », *in* « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.,* 1964, *chron.* p. 243.
[1311] E. FOHRER - DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères, op. cit.*, p. 4 et s.
[1312] H. MUIR WATT, « Loi étrangère », *Rép. intern. D.* 2009 (actualisation 2014), n° 11.

la règle de conflit étrangère équivaudrait à l'application du droit étranger alors qu'application de la règle étrangère matérielle coïnciderait à l'application de la loi étrangère.

905. Ne pas considérer l'application de la règle de conflit étrangère comme de l'application de la loi étrangère provoquerait l'absence d'un élément du raisonnement. En effet, pour la construction de tout raisonnement l'on a besoin d'au moins deux prémisses (A et B) pour les mettre en rapport et tirer ainsi une conclusion (C). Or, dans notre cas, il importe peu la façon dont on les met en rapport (en utilisant, par exemple, une méthode déductive, inductive ou abductive) pour atteindre la conclusion, l'important étant, logiquement, l'existence même de ces deux présomptions. On peut ainsi considérer l'application de la règle de conflit du for comme étant la première prémisse du raisonnement. La conclusion réside, quant à elle, dans l'application de la *lex fori* ou d'une autre loi étrangère que celle désignée initialement par la règle de conflit du for. Mais il nous manque la deuxième prémisse (l'application de la règle de conflit étrangère et dont de la loi étrangère) qui est venue modifier les données du raisonnement. Si l'on ne reconnaît pas l'application de la règle de conflit en tant qu'application de la loi étrangère l'on ne peut pas justifier logiquement notre conclusion.

SECTION 2

QUESTIONS PREALABLES ET APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

906. Lorsqu'un cas concret de droit international privé présente un aspect qui relève d'une règle de conflit qui le soumet à une loi, alors qu'un autre aspect relève d'une autre règle de conflit et est soumis, par elle, à une autre loi, il suffirait d'appliquer, à chaque question de droit, la règle qui la concerne et de coordonner les solutions entre elles. Il s'agit d'une solution qui a déjà été utilisée dans la jurisprudence[1313], sa seule limite étant représentée par l'incohérence qui pourrait résulter d'un mélange entre règles appartenant à des systèmes juridiques différents dont la principale préoccupation reste l'emboîtement logique interne des règles juridiques, ignorant, souvent, la possibilité d'une éventuelle application de ces mêmes règles dans un contexte international. Le problème des questions préalables reflète ce problème du droit international privé car la réponse donnée, par une loi, à l'un des aspects du problème juridique dont le juge du for est saisi, dépend de la réponse qu'une autre loi donne à un autre aspect du même problème.

907. En pratique, lorsque la règle de conflit du for désigne une loi étrangère qui accepte sa compétence, les dispositions matérielles ainsi identifiées peuvent subordonner les modalités de leur application à la solution d'un autre conflit de lois. La question préalable est donc celle qui se pose en amont de la question principale et qui a une influence sur celle-ci. Par exemple, si la question principale concerne une succession, il faut, au préalable, s'assurer que ceux qui demandent à en bénéficier ont bien la qualité d'héritiers. Il s'agit, donc, d'un problème qui se pose au moment de l'application d'une loi étrangère et qui doit être résolu afin de pouvoir parvenir jusqu'à la fin de ce processus d'application, ainsi suspendu jusqu'à ce qu'une réponse soit trouvée pour la question préalable. Les questions préalables se greffent, en d'autres mots, sur un processus d'application d'une loi étrangère et suscitent une interrogation nouvelle pour le juge du fond : quelle logique devrait-il préférer afin d'apporter la réponse à la question préalable - celle du système juridique du for ou celle du système juridique dont fait partie la loi qui a soulevé la question préalable, c'est-à-dire la loi applicable à la question principale ? Il existe, donc, plusieurs manières de résoudre le problème de la question préalable, c'est-à-dire de déterminer la loi qui indiquera, par la suite, la solution. Cependant, il n'est pas toujours simple d'identifier une question préalable. En effet, si la réalité du problème que ce procédé tente de résoudre ne soulève

[1313] Voy., par exemple, Cass., 1re civ., 3 janvier 1980, *Bendeddouche,* préc. et et Cass., 1ère civ., 22 avril 1986, *Djenangi* : *JDI* 1986, p. 1025, note A. SINAY-CYTERMANN ; *JCP* 1987. II. 20878, note E. AGOSTINI ; *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1988, p. 302, note J.-M. BISCHOFF.

plus des interrogations, sa spécificité reste niée, le procédé étant souvent confondu avec la question de la qualification, de la substitution, des droits acquis ou du renvoi. De ce fait, avant même de déterminer la loi qui doit résoudre la question préalable (§2) il faut déjà l'identifier (§1).

§ 1. IDENTIFICATION DE LA QUESTION PREALABLE

908. Consacré par la doctrine allemande[1314], le problème des questions préalables a representé un certain intérêt pour la doctrine française dans les années cinquante et soixante[1315]. De nos jours, en revanche, la doctrine allemande présente une attitude constante en s'intéressant toujours aux questions préalables, alors que la doctrine française semble leur prêter moins d'attention[1316]. Les ouvrages généraux de droit international privé français ne leur accordent ainsi qu'une place assez modeste[1317] et certains préfèrent même remplacer leur appellation par celle de « questions interdépendantes » ou « questions enchaînées »[1318]. Une plus large utilisation de ce procédé peut ainsi avoir comme obstacles sa complexité (A) aussi que ses rapports sujets à confusion avec d'autres institutions ressemblantes (B).

A. LA COMPLEXITE DE LA QUESTION PREALABLE

909. Tout problème juridique, même le plus simple, peut entraîner des débats incidents. Si, en plus, il y a eu un changement de système juridique, le problème juridique qui en résulte peut donner naissance au problème des questions préalables.

[1314] Les auteurs allemands désignent le problème des questions préalables par la dénomination de « *Vorfrage* », voy., en ce sens, W. WENGLER, « Nouvelles réflexions sur les questions préalables » : *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1966, p. 165 ; A.N. MAKAROV, « Les cas d'application des règles de conflit étrangères », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1955, p. 431.

[1315] E. AGOSTINI : *L'application des règles de conflit étrangères et les conflits de systèmes en droit international privé*, préc., p. 123 ; P. LAGARDE : « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1960, p. 459 ; P. LOUIS-LUCAS : « Qualification et répartition », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1957, p. 458 ; Ph. FRANCESCAKIS : « Les questions préalables de statut personnel dans le droit de la nationalité », *RabelsZ*, 1958, p. 466 et *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1963, p. 866.

[1316] Voy. la communication de G. Mäsch in Actes du Colloque de Bayreuth du 29-30 juin 2012 : Leible S., Unberath H., *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?* Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2013.

[1317] Peu d'études françaises ont ainsi été dédiées aux questions préalables, pouvant citer ici, par exemple, P. LAGARDE « Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des conventions de droit international privé », *in Mélanges à von Overbeck*, éd. Université Fribourg, 1990, p. 511 et E. AGOSTINI, « Les questions préalables en droit international privé », *in Droit international et Droit communautaire,* Actes du Colloque de Paris des 5-6 avril 1990, 1991, p. 25.

[1318] P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2014, n° 260 et s. ; P. LAGARDE, V° « Questions préalables », *Rep. Intern*. 1998 ; S. CORNELOUP, « Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé », *Trav.com. dr. int. pr.*, 2010-2012, p. 189.

910. C'est dans la doctrine allemande que l'on retrouve les premières « traces » doctrinaires concernant les questions préalables, à travers les écrits de G. Melchior[1319] et de W. Wengler[1320]. W. Wengler[1321] envisageait, ainsi, la situation d'un juge saisi qui - conformément aux règles de conflit du for ou en vertu des règles de conflit d'un autre système juridique dont il accepte le renvoi – applique, à une question principale dont il est saisi le droit positif d'un système juridique S. Pourtant, une disposition de cette loi S soulève la question de l'existence d'un rapport juridique préalable. Le juge du for doit-il, dans ce cas, afin de déterminer la loi applicable à cette question préalable, recourir aux règles de conflit du système juridique du for ou bien aux règles de conflit du système juridique S ? Le juge du for doit donc se prononcer, à titre principal et d'après la loi successorale du système juridique S, sur les effets successoraux d'un mariage conclu entre deux personnes. Quelle loi doit-il appliquer à la question préalable relative à l'existence même de ce mariage, la loi désignée par les règles de conflit du système juridique du for ou bien la loi déterminée par les règles de conflit du système juridique S ? Wengler suggérait, sous réserve d'importantes exceptions, de préférer la seconde solution. Le raisonnement a été complété, par la suite, par B. Machado[1322] qui a soulevé, à son tour, la question de l'existence de l'obligation, autant pour le juge du système juridique du for que pour celui du système juridique S, de déterminer la loi applicable à la question préalable de la même manière que lorsque l'objet de cette question préalable était posée, à titre principal, dans le système juridique S.

911. Même si l'existence du problème que le procédé des questions préalables est censé résoudre a été niée par certains[1323], l'on ne peut pas éliminer la possibilité, pour le juge du for, de devoir se prononcer, afin d'être en mesure de trancher la question litigieuse principale, sur une question préalable qui est soumise à une règle de conflit différente de la question principale. Ainsi, lorsque le juge du for est saisi pour juger d'une dévolution successorale internationale, plusieurs problèmes préalables peuvent se poser comme, par exemple, le problème de la validité des liens de filiation entre le *de cujus* et son fils adoptif ou de la validité du lien conjugal, au cas où un enfant issu d'une filiation par le sang se présente pour recueillir les biens du *de cujus*. En effet,

---

[1319] G. MELCHIOR, *Die Grundlagen des deutchen internationalen Privatrechts*, Berlin si Leipzig, 1932, p. 166-178, p. 245-265.

[1320] W. WENGLER « Die Vorfrage … », *loc. cit.,* 1934, p. 148-251.

[1321] W. WENGLER, *loc..cit.*, 148 et s.

[1322] B. MACHADO, *Problemas na aplicaçao do direito estrangeiro*, B.F.D.C. 1960, p. 339-351.

[1323] W. GOLDSCHMIDT , *Suma del derecho internacional privado*, 2e éd., Buenos Aires 1961, n° 55, p. 74: « *el llamado problema de la cuestión previa es un mero pseudo problema* » ; voy., en ce sens, A. HERRERO Y RUBIO, *Derecho internacional privado*, 2e éd., I, Valladolid 1964, p. 492-493 ; A.A. EHRENZWEIG, *A treatise on the conflict of law*, St-Paul (Minnesota), 1962, p. 118, p. 340.

si la loi successorale accorde des parts, à la fois, au conjoint survivant et aux enfants, y compris adoptifs, encore faut-il vérifier, au préalable, que le survivant était bien marié au *de cujus* et que l'adoption est elle-même valable. De même, en matière contractuelle, le débiteur dont la responsabilité contractuelle est engagée devant le juge peut opposer un défaut de validité du contrat sur la base de son incapacité juridique.

912. Il est important de remarquer que si la décision du juge du for concernant la question préalable est déterminante pour la réponse à la question principale dont il est saisi, dans la plupart des États, elle n'a, en revanche, pas de force contraignante en dehors de la procédure où elle a été résolue. Cela veut dire que le jugement rendu par rapport à la validité de la filiation, lors d'un litige concernant une obligation d'aliments, ne va pas lier les autres tribunaux du même système juridique lorsqu'ils auront à statuer sur la validité de la même filiation dans un litige ayant comme objet, par exemple, la dévolution successorale. Les cas où la validité d'une filiation est examinée comme une question préalable doivent, donc, être distingués des cas où cette question se pose comme un problème principal à l'occasion, par exemple, d'une action en contestation de la paternité.

913. Les questions préalables présentent, en particulier, des complications dans le cadre des relations juridiques qui sont valables dans le système juridique du for, mais ne sont pas valables dans le système juridique de la loi étrangère applicable à la question principale ou vice-versa. La relation juridique peut ainsi être « boîteuse » à cause de différences dans le contenu des règles de conflit (par exemple, lorsque la validité d'un mariage est, dans le système juridique du for, considérée comme régie par une loi différente de la loi appliquée dans le système juridique de la *lex causae*) ou des différences dans les règles sur la reconnaissance des décisions étrangères (par exemple, la reconnaissance d'un jugement de divorce valable dans le pays du for peut être refusée dans le pays de la *lex causae* ou vice versa). Si les auteurs ont des approches différentes en ce qui concerne ce problème, l'existence de la difficulté met tout le monde d'accord[1324]. Cependant, même en admettant que les questions préalables résolvent ce type de problème controversé, leur spécificité reste niée par certains[1325], le procédé étant vu soit comme une question de qualification, soit de substitution, de droits acquis ou de renvoi.

[1324] A.A. EHRENZWEIG, *Rec. cours La Haye*, vol. 124, 1968, p. 245.
[1325] P. PICONE, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, Naples, 1971.

B. Les rapports entre les questions prealables et d'autres procedes ressemblants

914. Le nombre réduit d'études qui ont été menées en France sur le procédé des questions préalables a eu, sans aucun doute, une influence sur le faible degré de familiarisation que la doctrine présente envers lui. Or cela a entrainé des confusions entre ce procédé et d'autres, qui sont habituellement employés afin de coordonner les systèmes juridiques impliqués dans la résolution d'un problème juridique de droit international privé. les procédé des questions préalables est ainsi présentée comme une rubrique spéciale du problème des qualifications, ou est encore annexée par la théorie du renvoi, ou être confondue avec la substitution ou les droits acquis. Il est donc nécessaire de présenter les confusions qui reviennent le plus souvent dans la doctrine afin de délimiter clairement les contours des questions préalables.

915. Premièrement, les questions préalables et le renvoi représentent deux aspects appartenant à la question de savoir dans quelle mesure le juge peut et doit tenir compte d'une règle de conflit étrangère. Cependant, les questions préalables se séparent nettement du renvoi à trois niveaux distincts[1326]. Au niveau du type de conflit que les deux procédés tentent de résoudre, les questions préalables recouvrent un conflit positif alors que le renvoi demande un conflit négatif. Ensuite, au niveau du moment où les deux procédés interviennent, le renvoi se pose au stade de la désignation de la loi compétente, alors que celui des questions préalables se pose au niveau de son application. Enfin, dans le cas du renvoi, les deux règles de conflit en concours appartiennent à une qualification identique et embrassent toujours la totalité du litige[1327], alors que dans le cas des questions préalables ces règles n'appartiennent jamais à une même qualification et n'embrassent jamais qu'une partie du litige[1328]. De plus, dans le cas du renvoi, la règle de conflit étrangère vient directement contredire la règles de conflit du for, alors que dans le cas des questions préalables, elle vient seulement préciser la règle de conflit du for qui a désigné le droit étranger applicable au rapport principal[1329]. La différence essentielle entre les deux procédés consiste, ainsi, dans le fait que les questions préalables obligent un rattachement national à tenir compte de l'ensemble des qualifications et des rattachements étrangers, alors que le renvoi se contente de concilier deux rattachements contradictoires[1330].

[1326] E. Agostini, *L'application des règles de conflit étrangères…*, *op. cit.*, p. 34.
[1327] Sauf dans le cas du renvoi au deuxième degré.
[1328] F. Deby-Gerard, *Le rôle de la règle de conflit…*, *op. cit.*, 1973, n° 367, p. 598 ; R. Ago, « Convenzione della aja sul matrimonio e questioni pregiudiziali in una recente sentenza », *Rivista* 1963, p. 3-25, en spéc. p. 13.
[1329] H. Lewald, *Rec. cours La Haye*, vol. 69, 1939, p. 65-66.
[1330] W. Wengler, « Die Vorfrage… », *loc. cit.*, 1934, p. 197.

916. Deuxièmement, le procédé des questions préalables correspondrait aux formes que peut revêtir le problème de la qualification[1331]. C'est en partant de cette justification qu'une différence a été faite entre les questions préalables à l'identification de la règle de conflit applicable[1332] et les questions préalables à l'application de la loi étrangère compétent[1333]. En realité, la différence entre les questions préalables et la qualification réside dans le fait que si la qualification du rapport litigieux implique l'interprétation d'un concept de droit international privé du for conditionnant le fonctionnement d'une règle de conflit, le procédé des questions préalables présuppose l'interprétation d'un concept étranger[1334]. Lorsque le problème des questions préalables intervient le problème de la qualification est déjà dépassé, puisque la difficulté n'intervient qu'après la mise en œuvre de la règle de conflit désignant la loi applicable à la question principale. Par exemple, la cotestation d'une vocation successorale de certains héritiers, qui intervient dans le cadre d'une succession soumise à une loi étrangère par la règle de conflit du for, represente une question préalable qui se pose suite à l'identification de la loi étrangère applicable à la succession. Dans ce cas, c'est la loi étrangère appelée à régir la succession qui en règlera la dévolution mais si la loi étrangère et celle du for divergent dans la détermination de la loi applicable aux questions de filiation, il se peut que l'un des héritiers prétendus soit considéré comme le fils du *de cujus*, par la loi désignée par les règles de conflit du droit successoral, et comme un étranger, par le droit international privé du tribunal saisi. L'on observe, ainsi, que résoudre la question préalable implique l'interprétation d'un concept préjudiciel, le concept d'héritier, utilisé par une loi étrangère qui est déjà identifiée.

917. Un exemple de confusion entre la qualification et les questions préalables peut être observé dans l'arrêt rendu le 8 février 2012 par la Chambre sociale de la Cour de cassation concernant une situation de co-emploi. La Cour devait se prononcer, dans cette affaire, sur le caractère réel et sérieux d'un licencement et a raisonné, dans ce sens, en termes de question préalable, suspendant l'appréciation du licenciement à la validité de la relation de travail. De la validité du co-emploi dépendait toute une série de questions allant de la compétence juridictionnelle au caractère réel et sérieux du licenciement, en passant, bien sûr, par la loi

---

[1331] Voy., en ce sens, E. AGOSTINI : *L'application des règles de conflit étrangères…,* préc., p. 34.

[1332] Qui correspondent à la localisation du rapport litigieux dans les catégories conflictuelles du tribunal saisi pour en déduire le point de rattachement et la loi, applicables.

[1333] Elles se situent à un niveau chronologiquement postérieur, celui de la mise-en-œuvre d'une loi étrangère qui est déjà identifiée ; ce sont les « qualifications en sous-ordre » dégagées par E. BARTIN, *in Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, t. III, Paris, 1930, p. 457-458, p. 366-375.

[1334] Voy., en ce sens, A. NUBBAUM, *Grundzüge des internationalen Privatrechts unter besonderer Berücksichtigung des amerikanischen Rechts*, Munich et Berlin 1952, § II, p. 104.

applicable au contrat de travail. Or, cette affaire posait bien davantage un problème de qualification : avait-on affaire, en l'espèce, à un co-emploi ?[1335]

918. En droit de l'Union européenne, l'arrêt *West Tanker* [1336] de la Cour de justice de l'Union européenne a révélé également l'usage inadapté qui pouvait être fait du procédé des questions préalables. La Cour de justice a abordé dans cet arrêt la question de la validité de la clause d'arbitrage comme une sorte de question préalable à la question substantielle qui était celle de la responsabilité de l'exploitant de navire. En faisant entrer la question de la validité de la clause d'arbitrage dans le champ des questions préalables, elle a estimé que la question pouvait être soumise au Règlement Bruxelles I comme la question principale. Or, la doctrine considère qu'il est très discutable que la question de la validité de la clause d'arbitrage soit traitée comme une question préalable, ce qu'elle n'est sans doute pas[1337].

919. Troisièmement, les questions préalables ont également été confondues avec le procédé de la substitution[1338]. Celui-ci implique, cependant, une question principale qui est toujours soumise à la loi matérielle du for et cela même dans le cas de la *lex aliena substitution* car, même dans ce cas, le juge du for juge la sustitution comme l'aurait fait le juge étranger (on accorde, donc, à la loi étrangère le même rôle qu'à la *lex fori*) et vérifie seulement si elle ne contrevient par à l'ordre public du for saisi. Si l'on considère que la question principale qui est toujours soumise à la loi matérielle du for, aucun conflit de systèmes ne peut se poser, sa survenance supposant que le rapport principal soit soumis à une loi étrangère[1339]. Il s'agit, par exemple, de déterminer si l'enfant adultérin légitimé conformément au droit cubain est un héritier au sens du droit successoral espagnol[1340] ; de savoir si l'ancienne légitimation adoptive française confère la qualité d'héritier au sens de la loi monégasque[1341] ; de savoir si la séparation de corps par consentement mutuel du droit italien équivalait à la séparation de corps française aux fins de conversion

---

[1335] Voy. F. JAULT-SESEKE, note sous Cass., soc., 8 février 2012, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2012, p. 576.

[1336] CJCE, *West Tanker*, 10 février 2009, C-185/07, Rec., p. I-00663.

[1337] Voy. H. MUIR WATT, note sous CJCE, 10 février 2009, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2009, p. 373.

[1338] Voy. *supra* n°s 768-783.

[1339] F. CORREIA, *Da questao previa, Estudos Juridicos*-III (*Direito internacional privado*), 1970, p. 248 ; MELCHIOR, *Die Grundlagen des deutchen internationalen Privatrechts*, *op. cit.*, p 163, p. 246. Il existe, en même temps, des auteurs qui ne font pas la différence entre les questions préalables et la substitution, voy., par exemple, M. LOPEZ, « La cuestión incidental en derecho internacional privado », *REDI* 1956, p. 25-146. Certains auteurs ne font, pourtant, pas cette confusion, voy., par exemple, J. FOYER, *Filiation illégitime et changement de la loi applicable*, *op. cit.*, n° 366, p. 255-256.

[1340] Trib. suprême espagnol, 10 oct. 1960, Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi, 1960, n° 3081, p. 1975 ; P. GARCIA, « Rassegna di Giurisprudenza spagnol », *Dir. int*, 1963, p. 179-198, en spéc. p. 181-183 ; P. RIDRUEJO, « Un caso de cuestión previa en la jurisprudencia española : la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960 », *Temis* 1961, p. 103-110.

[1341] Ap. Monaco 11 mai 1964, *Beniamino*, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1965, p. 101, note Ph. FRANCESCAKIS ; cassée par la Cour de Revision Judiciaire de Monaco, 6 mai 1965, Rev. 1965, p. 708, note Ph. FRANCESCAKIS.

automatique en divorce[1342] ; de découvrir si le mariage « potentiellement polygame » de l'ancien droit mormon pouvait se comparer au « *christian marriage* » reconnu par le droit anglais[1343], etc. Dans tous les litiges de cet ordre, la clef du problème réside dans une comparaison menée *in concreto*[1344], ce qui explique qu'aucune solution générale n'ait pu se dessiner[1345]. Ainsi dans l'arrêt Ponnoucanamale[1346], on n'avait pas reconnu à l'intéressé la qualité d'héritier au sens du droit français car son père avait été adopté par le *de cujus* en présence d'enfants légitimes, ce qui était contraire à l'ordre public français de l'époque[1347]. En revanche, l'adoption d'Alexandra Wassiliera par les époux Bioncourt pouvait fonder, en France, un droit successoral, car les différences existant entre la loi tsariste et le droit français antérieur à la loi de 1923 n'étaient pas telles que la substitution du second à la première ait été rendue inéluctable[1348]. Le fondement de la décision est alors simple : « c'est seulement par l'exception de l'ordre public qu'une telle substitution serait convenable, si les divergences intéressaient les assises mêmes et les bases fondamentales de notre ordre social »[1349].

920. Quatrièmement, les questions préalables ont été également confondues avec les droits acquis. La théorie des droits acquis suppose qu'un droit originairement constitué selon une loi donnée doit être reconnu, afin d'assurer sa stabilité et sa prévisibilité[1350], par tous les États quels que soient les changements de localisation ultérieurs du critère de rattachement. Elle permet, ainsi, au juge du for de ne pas tenir compte de la désignation opérée par ses règles de conflit et de

---

[1342] Cass., civ., 6 juil. 1922, *Ferrari* : S. 1923. I. 12, note A. LYON-CAEN. Une analyse de cette décision : M. RIGAUX, *La théorie des qualifications en droit international privé*, *op. cit.,* n° 303, p. 463-465.

[1343] Court of probate and divorce anglaise, *Hyde c/ Hyde*, 1866, (L.R.) 1 P. § D. 130.

[1344] J. MAURY, *Rec. cours La Haye*, vol. 57, 1936, p. 556 : la question posée ainsi à la Cour de cassation (dans l'affaire *Ponnoucannamalle*) était justement celle de savoir si l'enfant adopté en vertu du droit hindus pouvait être considéré comme adopté en vertu de l'article 357 du C. civ. français ; L. RAAPE, *Rec. cours La Haye*, vol. 50, 1934, p. 511 considère ainsi que l'adoption ne vaut pas toujours adoption.

[1345] Ph. FRANCESCAKIS, *op. cit.,* n° 221, considère que cette jurisprudence apparait comme entachée de curieuses contradictions.

[1346] Cass., civ., req. 21 avril 1931, *Ponnoucanamale* : *S.,* 1931. 1. 377, note J.-P. NIBOYET.

[1347] Ultérieurement cette situation n'a plus été possible parce que le président de la république pouvait autoriser une adoption en présence d'enfants légitimes ; art. 345-1 C. civ., Loi du 11 juil. 1966 ; comm. *D.* 1967, chron.77. Cet article a été modifié par la Loi n°96-604 du 5 juillet 1996 qui a réformé la matière de l'adoption.

[1348] L'enfant qui avait 12 ans avait été adopté en Rusie en 1912 par les époux, qui avaient à ce moment là 49 et respectivement 45 alors qu'avant la loi de 19 juin 1923, les adoptants devaient avoir au moins 50 ans et l'adopté devait être majeur ; concernant ce cas Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *L'adoption en droit international privé*, *J.-Cl.dr.int.*, Fasc. 548-B, n° 113.

[1349] CA Paris, 10 juil. 1946, *Bioncourt* : *Gaz. Pal.* 1946. 2. 141 ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1947, p. 142, concl. FRECHE, et note H. BATIFFOL ; *J.C.P.* 1947. II. 3392, note R. SAVATIER. Cette solution mérite d'être acceptée puisque c'est la seule possible ; L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé, Étude de droit international privé de la famille*, *op. cit.*, n° l46, p. 226, devine cette solution en se référant à l'arrêt *Ponnoucannamalle* et en affirmant que la Chambre des Requêtes n'ayant plus d'arguments pour fonder la compétence de la loi française a utilisé son moyen habituel de résolution de ce genre de problèmes: l'ordre public.

[1350] Cass., 1re civ., 28 novembre 2006.

préférer l'application d'une loi autre que celle indiquée comme compétente par celles-ci. Dans le cas des questions préalables, en revanche, si l'on arrive à reconnaître un effet ultérieur à une situation juridique préalable qui n'est pas reconnue d'elle-même dans l'État du for, cela ne signifie pas que cette situation soit reconnue comme un droit autonome, comme dans le cas des « droit acquis » : ce qui sera reconnu c'est la situation juridique principale, pour la constitution de laquelle la situation juridique préalable entre comme un pur fait constitutif.

§ 2. DETERMINATION DE LA LOI QUI REGIT LA QUESTION PREALABLE

921. Deux approches fondamentales concernant les questions préalables en droit international privé tentent de répondre à la question de savoir à quelle loi une question préalable doit-elle être soumise, et, plus précisément, quelles sont les règles de conflit qui désignent cette loi. Pour répondre à cette question l'on a, traditionnellement, le choix entre le droit international privé du for et le droit international privé de l'État dont la loi matérielle régit la question principale, deux lois étant, donc, susceptibles de régir la question préalable : la loi désignée par la règle de conflit du for applicable à la question préalable elle-même (rattachement autonome) ou la loi désignée par la règle de conflit du système juridique dont la loi a été déclarée applicable pour régler la question principale[1351] (rattachement dépendant).

922. A ces deux approches traditionnelles s'ajoute une troisième qui propose une solution moins dogmatique et plus pragmatique dans certaines circonstances. La doctrine moderne parle ainsi du rattachement des questions préalables variable en fonction du but de la règle de conflit[1352] ou énonce seulement les exemples et la solution sans forcement la nommer[1353]. Il faut également prendre en compte les conséquences de l'absence de réponse au phénomène des questions préalables par les instruments européens, absence qui risque de compromettre les progrès réalisés en termes d'unification[1354]. Nous allons donc présenter dans un premier temps les solutions classiques (A) pour découvrir ensuite les solutions modernes (B) du problème des questions préalables.

[1351] D. GUTMANN, *Droit international privé*, 5e édition, Dalloz, 2007, p. 83.

[1352] P. LAGARDE: V° « Questions préalables », *Rep. Intern. D*, 1998. Voy. également G.A.L. DROZ, « Regards sur le droit international privé comparé », *Rec. cours La Haye*, vol. 229, 1991, n° 394 et s. ; S. SANA-CHAILLE DE NERE, « Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Les questions préalables », *in Colloque Paris Descartes* du 14 Mars 2014.

[1353] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 45.

[1354] Voy. *Rapport sur le coût de la non-Europe - Un Code européen du droit international privé*, par B. BALLESTER, unité Valeur Ajoutée Européenne, disponible sur http://www.europarl.europa.eu/committe es/en/studies.html.

A. Les solutions classiques

923. La complexité des questions préalables est traduite par, d'un côté, les nombreuses solutions qui s'offrent, théoriquement, au juge du for, ainsi que, d'un autre côté, par la présence des intérêts divergents. Il est, ainsi, possible[1355] de résoudre une question préalable non pas à travers deux mais à travers quatre solutions logiques. On peut, en théorie, recourir à la loi matérielle du for ou à la loi matérielle étrangère, aux règles de conflit du for ou aux règles de conflit étrangères. Les questions préalables posent, cependant, un conflit de lois et, de ce fait, les deux premières propositions ont été écartées de notre analyse mais nous avons fait le choix de les rappeler puisque certains auteurs sont favorables a une telle solution[1356] malgré sa coloration profondément unilatéraliste.

924. Les deux autres options qui sont restées en jeu impliquent l'utilisation des règles de conflit et ont donné, de ce fait, comme proposition de solution du problème des questions préalables, deux théories : du rattachement indépendant et du rattachement dépendant. La théorie du rattachement indépendant implique le rattachement de la question préalable par référence aux règles de conflit du for. Celles-ci désignent, indépendamment de la question principale, le droit applicable à la question préalable. Il est, donc, possible que la question préalable soit régie par un droit différent de celui qui est applicable à la question principale. La théorie du rattachement dépendant, généralement nommée « l'approche de la *lex causae* » ou la « théorie des questions préalables », implique, en revanche, l'application à la question préalable de la loi désignée par la règle de conflit de lois applicable à la question principale.

925. Quant aux divers intérêts en jeu en cas de solution à préférer pour résoudre une question préalable, accepter d'appliquer les règles de conflit du droit compétent pour régir le rapport principal, c'est vouloir respecter ce droit, mais c'est aussi introduire une très grave discordance au sein des solutions admises par le for. Si, par exemple, une femme a été, lorsque son mari était vivant, sa femme légitime, deviendra-t-elle soudain, après la mort du mari, sa concubine, parce qu'un autre statut de conclusion du mariage, celui indiqué par l'État du statut successoral, décide maintenant différemment du statut appliqué jusqu'à présent ? C'est un résultat impossible. D'un

---

[1355] E. VITTA, *Rec. cours La Haye*, vol. 162, 1979, p. 461-464 parlait, ainsi, de « multiplicité des solutions » possibles. Melchior, en retours, *in Die Grundlagen des deutchen internationalen Privatrechts*, *op. cit.*, § 163, p. 246, voyait seulement les deux solutions traditionnelles.

[1356] E. MEZGER, « Les conventions de La Haye sur la loi applicable et la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligation alimentaire envers les enfants », *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, Paris, 1958-1959, p. 123-149, en spéc. p. 132-134 ; J.-M. BISCHOFF, « La convention de La Haye en matière d'obligations alimentaires », *JDI* 1964, p. 759-788, en spéc. p. 767-769 ; l'art. 27 Cod Nat. français avant la réforme du 9 janvier 1973.

autre côté, appliquer les règles de conflit du for en vue de préserver l'harmonie interne des solutions peut violer la loi étrangère déclarée compétente pour régir la question principale, en adoptant une solution illogique et paradoxale.

926. Nous sommes donc écartelés entre deux harmonies concurrentes[1357], celle internationale soutenue par la solution *causae*, et celle interne, soutenue par la solution *fori*[1358]. Comment choisir entre les deux ? Laquelle devrons-nous protéger? Pour répondre à ces questions, il faut, donc, savoir si les questions préalables doivent faire l'objet d'un rattachement indépendant ou d'un rattachement subordonné à celui des questions principales. Nous allons donc observer, dans un premier temps, les rapports qui se nouent entre la question préalable et celle principale (1), pour présenter, par la suite, les avantages et les inconvénients des deux solutions classiques utilisées dans cette matière (2).

1. Les rapports entre la question prealable et celle principale

927. Afin de comprendre les solutions envisagées pour résoudre le problème des questions préalables, il est nécessaire d'examiner les rapports particuliers qui se nouent entre la question préalable et celle principale[1359]. Ces rapports seront analysés autant au niveau du sens des termes employés, qu'au niveau du fonctionnement du mécanisme du procédé des questions préalables.

928. Du point de vue des termes employés, les relations du préalable et du principal tournent autour de la difficulté qu'on a à définir ce qui est question principale et ce qui est question préalable. La question préalable est, logiquement, première car c'est elle qui commande la question principale à la manière dont une cause précède ses propres effets, si bien que, « préalable » du seul fait qu'elle doit être préalablement résolue, elle devrait absorber la question principale[1360]. Si l'on s'en tient au déroulement procédural du litige, on voit, en revanche, que la question préalable ne peut surgir qu'après la question principale qui la pose[1361], et, de préliminaire

---

[1357] F. CORREIA, *Da questao previa. Estudos Jurídicos III*, p. 258: « *E entre os dois polos da harmonía internacional e da harmonia interna (material) que pende o fiat da decisao do nosso problema* ».

[1358] K. WOLFF, *Rec. cours La Haye,* vol. 036, 1931, p. 209, affirmait que l'on avait à faire à un cercle vicieux : si l'on préfère la solution fori pour faire respecter l'harmonie interne, l'harmonie internationale sera détruite ; en retour, si l'on préfère la solution causae l'harmonie internationale sera obtenue avec le prix de celle interne.

[1359] E. VITTA, *Rec. cours La Haye*, vol. 162, 1979, p. 465.

[1360] Dans ce sens F. DEBY-GERARD considérait qu'il n'existe pas de différence de nature entre les rapports juridiques qui font l'objet d'un question préalable ou d'une question principale, mais qu'il existe purement et simplement une situation chronologique et logique de la question préalable en rapport avec celle principale, *in Le rôle de la règle de conflit…*, *op. cit.*, 1973, n° 370, p. 302. En revanche, P. LAGARDE dans son article, « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *loc. cit.*, 1960, p. 461, affirmait que la question préalable ne se pose que grâce à la question principale et pour la question principale.

[1361] A.H. ROBERTSON, *Caracterisation in the Conflict of Laws*, Cambridge Mass, Harvard University Press, 1940, p. 143: « *Preliminary question appropriately draws attention to the fact that this question must be decided before the ultimate*

elle devient subséquente : la question principale est alors préalable à la question préalable elle-même, et en bonne logique, elle devrait l'absorber[1362]. Il s'agit donc, d'une contradiction terminologique concernant le terme de « question préalable »[1363].

929. Pour résoudre cette contradiction deux théories ont été proposées, à savoir, celle du P. Louis-Lucas et celle de la règle *accessorium sequitur principale.* P. Louis-Lucas[1364] avait, ainsi, proposé de distinguer les questions préalables suivant qu'elles constituent la source ou la condition de la question principale. Pour ce faire, il est nécessaire d'analyser *in concreto* les cas d'espèce afin de distinguer la question préalable de la question principale. La règle de l'*accessorium sequitur principale*[1365], met, quant à elle, en lumière les degrés de l'interdépendance des deux questions de droit qui caractérise ce procédé. Le préalable peut, alors, se trouver uni avec le principal dans un rapport de secondarité ou dans un lien de dépendance, mais l'inverse est aussi possible, et on peut concevoir des cas où le premier a le pas vis-à-vis du second. De ce fait, le recours à l'idée d'accessoire présente l'inconvénient de son incapacité de fournir un critère de solution. Malheureusement, aucune de ces deux théories n'offre de critère objectif pour une solution objective, car chacune s'occupe de donner davantage une explication de la situation plutôt qu'une réponse[1366].

930. Le fonctionnement du mécanisme des questions préalables impose deux façons de voir l'interdépendance des deux questions. Ainsi, d'un côté il y a l'idée que le problème des questions préalables « se réduit à une question de conflits et d'absorption d'une règle de conflit par une autre »[1367]. L'autonomie de la question préalable serait donc absolument nulle et cela, même si les deux questions sont conceptuellement distinctes[1368], existant un phénomène d'absorption de la question préalable par la question principale[1369]. Cette idée est reflétée dans la théorie du rattachement dépendant ou de la *lex causae*. D'un autre côté, il y a également l'idée qui considère la question préalable comme ayant un rôle dans la solution à donner à la question principale, sans

---

solution of the main question is possible: the question is preliminary in that sense. On the other hand, if one considers the order in which the questions arise, it is subsequent to the main question... In this sense, therefore, the question is not preliminary but subsequent. It appears then, that the question is both preliminary and subsequent ».

[1362] A. NUSSBAUM, « Principles …», *loc. cit.*, p. 40.

[1363] E. AGOSTINI, *L'application des règles de conflit étrangères… op. cit.,* p. 36.

[1364] P. LOUIS-LUCAS, « Qualification et répartition », *loc. cit.*, p. 164 et s.

[1365] E. AGOSTINI, *L'application des règles de conflit étrangères… op. cit.,* p. 37.

[1366] *Ibidem*.

[1367] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4e éd., 1994, LGDJ, n° 10, p. 22.

[1368] Car l'utilisation de la *lex fori* pour résoudre la question préalable exclue la *lex causae* pour la résolution de la question principale.

[1369] F. DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit…*, *op. cit.*, 1973, n° 397, p. 322, considérait que « c'est alors la question préalable qui, par la nature des choses attrait à elle la question principale ».

pour autant qu'elle soit traitée comme dépendante de la question principale. De ce point de vue, la question préalable devrait être résolue comme elle l'aurait été si elle avait fait l'objet principal d'un litige devant le juge du for. Cette idée est reflétée par l'approche du rattachement autonome.

931. Si, en théorie, le for devrait simplement décider quelle solution adopter entre ces deux proposées, en réalité les choses sont plus nuancées du fait de nombreuses difficultés révélées par les conflits de lois. Par exemple, lorsque le for ne connaît pas ou connaît peu la question préalable, il est difficile de décider quelle approche préférer pour rendre une solution cohérente en la matière. Si le rapport préalable ne fait l'objet d'aucune réglementation dans le droit du tribunal saisi, on distingue entre les questions préalables de droit national et les questions préalables de droit étranger[1370]. Dans ce cas, le droit international privé du for ne contient aucune disposition susceptible de disputer la compétence aux règles de conflit de la loi étrangère applicable au rapport principal, qui devraient donc être appliquées sous réserve de l'ordre public. L'on considère[1371], cependant, que l'ignorance, par le for, d'une institution déterminée n'implique pas qu'il doive nécessairement se refuser à en connaître au niveau des conflits de lois. Par exemple, même si le droit français interne ignore l'institution du *trust*, il existe, pourtant, en droit international privé français, sinon un corps de règles de conflit relatives à cette question, du moins une tendance très nette à appliquer une loi étrangère qui consacre ce procédé.

2. Les avantages et les desavantages des solutions classiques

932. Comme nous l'avons pu constater précédemment, les deux solutions classiques qui ont été proposées afin de résoudre le problème des questions préalables consistent soit dans une approche dépendante, soit dans une approche autonome. Le for devrait, ainsi, choisir entre ces deux possibilités mais quels arguments feront pencher l'option dans un sens ou dans l'autre ? Il est donc nécessaire d'analyser les points forts et les points faibles de chaque possibilité classique qui s'offre au for afin de donner une réponse à un problème litigieux présentant une question préalable.

933. L'approche dépendante propose de résoudre la question préalable de la même manière que si elle était résolue dans le système juridique de la loi applicable à la question principale. Par exemple, dans une affaire de succession internationale, la loi applicable selon le Règlement du 4 juillet 2012 est, à défaut de choix, la loi de la dernière résidence habituelle du défunt[1372]. Si une

[1370] E. AGOSTINI, *L'application des règles de conflit étrangères… op. cit.*
[1371] E. AGOSTINI, *L'application des règles de conflit étrangères… op. cit.,* p. 38.
[1372] Article 21.1 du Règlement du 4 juillet 2012.

question préalable de filiation se pose, un rattachement dépendant consisterait à soumettre cette question de filiation à la loi désignée par le système conflictuel de l'État de résidence du *de cujus*. Dès lors, si la question préalable de filiation se posait non plus à propos d'une affaire de succession mais au sujet d'une demande d'aliments, elle serait soumise, cette fois-ci, à la loi désignée par les règles de conflit de l'État de la résidence habituelle du créancier d'aliments[1373].

934. Les arguments avancés au soutien de cette théorie[1374] tiennent, pour l'essentiel, à l'idée de respect de la logique interne du droit applicable à la question principale. C'est à l'ordre juridique compétent pour traiter la question principale qu'il appartient de régler la question préalable, car cette dernière est un présupposé, une condition posée par lui, à l'application de sa propre loi. Il doit donc apprécier, selon son propre système conflictuel, la condition en question[1375]. L'approche de la *lex causae* vise, ainsi, une harmonie internationale améliorée entre le traitement de la question préalable et le traitement de la question principale. Le droit étranger applicable à la question principale doit être appliqué loyalement, c'est-à-dire comme il l'aurait été dans son propre pays, chose qui favorise ainsi l'uniformité des décisions[1376] car les tribunaux de l'État du for sont obligés d'arriver aux mêmes conclusions que les tribunaux de l'État de la *lex causae*[1377].

935. La théorie fait, malheureusement, dépendre le règlement d'une question donnée de son caractère principal ou préalable. Ainsi, la filiation pourrait être soumise, tantôt à la règle de conflit du for (lorsque la filiation est la question principale), tantôt à la règle de conflit du système juridique devant régler la question principale (lorsque la filiation est la question préalable). De plus, l'approche dépendante des questions préalables provoque une grave rupture dans l'harmonie des solutions admises par le for. Ainsi, la qualification *lege causae* des concepts préjudiciels utilisés par la loi étrangère se déduit du sens même des règles de conflit du for et la dénaturation de la loi étrangère compétente est généralement sanctionnée par les divers systèmes juridiques mondiaux[1378]. La nécessité de respecter la loi étrangère déclarée compétente impose donc de recourir à ses dispositions matérielles ou à une loi tierce, pour opérer les qualifications en sous-ordre[1379] que sa mise en œuvre nécessite. La solution *lege causae* des questions préalables implique

---

[1373] Article 3 du Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

[1374] Voir W. WENGLER: « Die Vorfrage… », *loc. cit.,* 1934, p. 148 et s., et « Nouvelles réflexions sur les questions préalables » : *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1966, p. 165 ; P. LAGARDE, « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *loc. cit.*, 1960, p. 450 ; E. AGOSTINI, « Les questions préalables en droit international privé », *in Droit international et Droit communautaire*, Actes du Colloque de Paris des 5-6 avril 1990, 1991, p. 25.

[1375] Voy. par exemple, D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n°504 et s.

[1376] T.S. SCHMIDT, *Rec. cours La Haye,* vol. 233, 1992, p. 368 ; E. VITTA, *Rec. cours La Haye*, vol. 162, 1979, p. 69.

[1377] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 223.

[1378] Voy. G. MARTY, V° « Cassation », *RDC*, 2e éd. I, n° 29-31.

[1379] E. BARTIN, *Principes…*, t. I, *op. cit.,* p. 87, p. 234.

éventuellement une considération des règles de conflit étrangères, mais elle ne peut en aucun cas entraîner une véritable application[1380] de celles-ci.

936. Dans certains cas, l'interprétation *lege causae* d'un concept préjudiciel est susceptible de heurter gravement les conceptions fondamentales du tribunal saisi. C'est pour cela que la Cour de cassation française a rejeté, après avoir paru l'admettre[1381], la théorie des questions préalables, dans l'arrêt *Djenangi* du 22 avril 1986[1382], où elle a affirmé que « s'il appartient à la loi successorale de désigner les personnes appelées à la succession et de dire notamment si le conjoint figure parmi elles et pour quelle part, il ne lui appartient pas de dire si une personne a la qualité de conjoint ni de définir selon quelle loi doit s'apprécier cette qualité ».

937. L'approche autonome, généralement appelée « l'approche de la *lex fori* »[1383], implique, en revanche, l'idée que la *lex fori*, y compris les règles de conflit du pays du for, sont décisives pour répondre à la question préalable ; la réponse à la question préalable devrait, selon cette approche, être la même que si cette question avait été examinée dans le système juridique du for comme une question principale dans une procédure séparée. Le rattachement ne dépend plus de la question principale et la question qui se présente sous la forme d'une question préalable est traitée par le for de la même manière quel que soit l'objet de la question principale[1384]. Par exemple, si la question préalable de filiation se pose dans une affaire d'aliments, elle sera toujours traitée par la loi désignée par la règle de conflit du for.

938. Le principal avantage de cette solution tient à la stabilité qui est assurée à la question préalable. En effet, en soumettant une question préalable de filiation à la loi désignée par la règle de conflit du for, on s'assure que, quelle que soit la question principale, le statut de la personne ne varie pas. L'approche de la *lex fori* recherche ainsi la préservation de la cohérence interne entre le traitement d'une question juridique quand elle se pose en tant que question préalable et son traitement lorsqu'elle se pose dans d'autres contextes[1385]. L'État du for peut considérer la filiation comme valide ou pas valide, mais la réponse doit être la même quel que soit l'objet du litige en l'espèce (par exemple, si la filiation est valable en France, elle sera considérée comme valable dans

---

[1380] C'est ce qui explique qu'un certain nombre d'adversaires du renvoi soient favorables au rattachement causae des questions préalables.

[1381] Cass., civ., 21 avril 1931, *Ponnoucanamale*, préc.

[1382] *JDI* 1986, p. 1025, note A. SINAY-CYTERMANN; *JCP* 1987. II. 20878, note E. AGOSTINI ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1988, p. 302, note J.-M. BISCHOFF. La solution découlait déjà, mais de façon moins claire, de l'arrêt *Bendeddouche* du 3 mars 1980, préc.

[1383] En Allemagne cette solution est nommée *Selbstandliche Ankniipfung*, voy. T.S. SCHMIDT, *Rec. cours La Haye,* vol. 233, 1992, p. 320-321.

[1384] Elle est, du reste, traitée comme si elle se présentait comme une question principale.

[1385] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 223.

toute circonstance, y compris lorsque l'on tranche un litige concernant la dévolution successorale soumise à la loi d'un État étranger)[1386].

939. Le choix entre les deux approches n'est, naturellement, pertinent que si elles conduisent à des réponses différentes à la question[1387] principale. De ce point de vue, la condition préalable fondamentale de cette situation est que la question principale soit régie par la loi étrangère, à savoir, la *lex causae* et la *lex fori* ne doivent pas appartenir au même système juridique[1388]. De même, la question préalable doit être une question de droit et non un simple fait[1389]. Enfin, la question préalable ne doit pas, en vertu du droit international privé du for, être soumise à la même règle de conflit que la question principale, étant sans importance que les deux règles de conflit désignent la compétence du même système juridique[1390]. Cette dernière condition peut parfois être problématique parce que la délimitation des questions soumises à diverses règles de conflit n'est pas toujours claire. M. Bogdan soutient ce point de vue en donnant comme exemple[1391] très pértinent le cas d'un contrat de vente qui est soumis à un système juridique étranger contenant des dispositions spéciales pour la vente entre commerçants. Or, dans ce cas, la question de savoir si les parties en l'espèce sont des commerçants ne peut pas être considérée comme une question préalable si elle est considérée comme un problème appartenant à cette loi qui régit la vente et est ainsi soumise à la même règle de conflit qui concerne le reste du contrat de vente. Si elle est, au contraire, considérée comme un problème distinct pour lequel s'applique une règle de conflit séparée (par exemple une règle conduisant à l'application de la loi du système juridique du siège de la partie concernée ou de sa résidence habituelle), il peut se poser une question préalable dans un litige contractuel, où il peut être discuté si le statut de commerçant doit être décidé comme s'il se posait de façon indépendante dans des procédures distinctes (l'approche de la *lex fori*) ou conformément à la loi applicable au contrat, y compris ses règles de conflit[1392] (l'approche de la *lex causae*). Si cette condition avait été vérifiée dans le cadre de l'arrêt

---

[1386] F. SCHWIND, *Rec. cours La Haye*, vol. 187, 1984, p. 69, parle d'« harmonie internationale » et d'« harmonie intérieure » ; A. BUCHER, *Rec. cours La Haye*, vol. 341, 2009, p. 245, emploie les notions d' »harmonie internationale des solutions » et d'« harmonie matérielle », alors que E. VITTA, *Rec. cours La Haye*, vol. 162, 1979, p. 69, parle de « solution conjointe » et de « solution disjointe ».

[1387] Voy. T.S. SCHMIDT, *Rec. cours La Haye,* vol. 233, 1992, p. 317.

[1388] E. JAYME, *Rec. cours La Haye*, vol. 251, 1995, p. 101.

[1389] M. BOGDAN, « Dead or Alive ? - The Status of Missing Disaster Victims in Swedish Substantive and Private International Law », *in Liber Memorialis Petar Sarcevic*, Sellier, Munich, 2006, p. 25-33.

[1390] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 222.

[1391] *Idem.*, p. 223.

[1392] La solution *lege causae* en ce qui concerne les questions préalables, qui prend en compte les règles de conflit du système juridique de la *lex causae*, semble ainsi similaire à la solution du renvoi, voy., en ce sens, E. VITTA, *Rec. cours La Haye*, vol. 162, 1979, p. 70. Cette ressemblance reste cependant superficielle, voy. H. LEWALD, *Rec. cours La Haye,* vol. 69, 1939, p. 65-66 ; G.S. MARIDAKIS, *Rec. cours La Haye*, vol. 105, 1962, p. 446.

du 8 février 2012 concernant la situation de co-emploi par la Chambre sociale de la Cour de cassation, cela aurait pu lui éviter la confusion crée entre les questions préalables et le problème de la qualification[1393].

940. La plupart des systèmes juridiques n'indiquent pas, en règle générale[1394], laquelle des deux approches concernant les questions préalables devrait être utilisée. Il est, bien sûr, possible d'édicter des règles législatives concernant le traitement de certaines questions préalables spécifiques et, de ce point de vue, l'article 12 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages, opte pour l'approche de la *lex fori*, en prévoyant que les règles de la Convention sont applicables même si la reconnaissance de la validité d'un mariage est traitée comme une question préalable dans le cadre d'un litige ayant comme objet une autre question[1395].

941. Laquelle des deux méthodes de résolution des questions préalable préférer ? C'est une question qui est réglée en fonction de la politique de chaque système juridique qui peut accorder une préférence pour l'octroi de l'harmonie internationale ou interne. Les systèmes juridiques accordent donc leur préférence pour l'une ou l'autre des deux solutions en fonction de leur politique favorisant l'harmonie internationale ou l'harmonie interne. Par exemple, si les juridictions allemandes ont préféré la théorie du rattachement dépendant[1396], les juridictions françaises ont opté pour la théorie du rattachement autonome des questions préalables[1397], alors même que certains auteurs français soient en faveur de l'approche *lege causae*[1398]. Les doctrines allemande[1399], de la *Common law*[1400] ou scandinave[1401] sont également divisées sur ce point[1402].

[1393] Voy. *supra* n°s 916-918.

[1394] Une exception à cette règle peut être trouvée dans le texte de l'article 50 de la loi anglaise du droit de la famille de 1986 qui prévoit que la non-reconnaissance, dans un État étranger, d'une annulation de divorce ou de mariage prononcée par un tribunal anglais ou reconnu en Angleterre n'empêche pas un nouveau mariage en Angleterre. Voy., en ce sens, DICEY, MORRIS, COLLINS, *The Conflict of Laws*, p. 50.

[1395] Sauf si cette autre question, dans le cadre de la désignation opérée par les règles de conflit du for, est régie par la loi d'un État non-contractant.

[1396] Voy, par exemple, les décisions de la Cour fédérale allémande : BGH NJW 1973, p. 948 ; BGH NJW 1975, 114 (concernant une question préalable relative à la paternité soumise au droit régissant l'obligation d'aliments) ; BGH NJW 1984, 1299 (en matière de reconnaissance de paternité) ou encore BGH NJW 1986, 3022 (en matière de nom patronymique).

[1397] Cass., 1ère civ., 22 avril 1986, *Djenangi*, préc.

[1398] P. LAGARDE, « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *loc. cit.*, 1960, p. 459-484.

[1399] T.S. SCHMIDT, *Rec. cours La Haye,* vol. 233, 1992, p. 353.

[1400] *Ibid.,* p. 363-365.

[1401] *Ib.,* p. 366-367 et 383.

[1402] T.S. SCHMIDT, *Rec. cours La Haye,* vol. 233, 1992, p. 350-354. La Cour suprême suédoise a rendu dans un intervalle d'environ un an, deux jugements qui ont traité le problème de la questions préalables de deux façons opposées. Dans le premier cas, la détermination de la loi applicable à la question préalable (la validité d'un divorce dans un litige concernant l'obligation d'entretien) a été décidée de la même manière que si elle était examinée

Cette situation démontre la nécessité de trouver d'autres solutions plus pragmatiques au problème des questions préalables et, de ce point de vue, les solutions modernes pourraient en apporter la réponse.

B. LES SOLUTIONS MODERNES

942. C'est la cohérence des ordres juridiques, et non les objectifs poursuivis par telle ou telle règle de conflit de lois, qui était pursuivie par les deux approches classiques analysées, à travers la recherche d'une réponse globale, abstraite, au rattachement des questions préalables. Il semblerait que les solutions modernes prennent, en revanche, en compte justement les objectifs poursuivis par la règle de conflit de lois. Il s'agit, ainsi, d'une résolution fonctionnelle des questions préalables qui a été proposée par P. Lagarde et G. A. L. Droz[1403]. Cette solution fait varier le rattachement des questions préalables en fonction des matières concernées et des exigences auxquelles les règles de conflit doivent répondre.

943. A côté de la solution proposée par P. Lagarde et G. A. L. Droz, des solutions issues des conventions internationales et du droit de l'Union européenne semblent également montrer l'intérêt croissant par rapport aux questions préalables. Nous allons, donc, analyser dans un premier temps la solution du rattachement variable des questions préalables (1) pour envisager ensuite les solutions proposées au niveau des conventions internationales et du droit de l'Union européenne en matière de questions préalables (2).

1. LA SOLUTION DU RATTACHEMENT VARIABLE DES QUESTIONS PREALABLES

944. Cette solution fait varier le rattachement des questions préalables en fonction des matières concernées et des exigences auxquelles peuvent avoir à répondre les règles de conflit[1404]. Il est, ainsi, possible de retenir des rattachements variables lorsque la règle de conflit doit répondre, par exemple, à une exigence de souveraineté ou de proximité[1405]. S'il s'agit, par exemple, d'une règle de conflit crée afin de determiner la nationalité d'un sujet de droit et qui répond, donc, à une exigence de souveraineté - « le droit international laisse à chaque État le soin de régler l'attribution

---

indépendamment, *Nytt Juridiskt Arkiv*, 1986, p. 615 ; dans le second cas, la question préalable a été considérée comme étant régie par la loi applicable à la question principale, *Nytt Juridiskt Arkiv*, 1987, p. 885.

[1403] P. LAGARDE, V° « Questions préalables », *Rep. Intern. D.*, 1998. Voy. également G.A.L. DROZ, « Regards sur le droit international privé comparé », *Rec. cours La Haye*, vol. 229, 1991-IV, n° 394 et s.

[1404] *Ibid.*

[1405] *Ibid.*

de sa propre nationalité »[1406]. Par conséquent, « les questions préalables de droit privé que pose le droit de la nationalité doivent toujours être tranchées à l'aide des règles de conflit l'État dont la nationalité est en cause »[1407].

945. Il faut cependant faire la remarque que la nationalité peut également être déterminée à travers la théorie moderne de la reconnaissance. L'on considère[1408] que si le for doit décider de la citoyenneté étrangère d'une personne et que cette citoyenneté dépend d'un certain statut personnel, comme le mariage, la paternité ou la filiation, la validité de ce statut doit être jugée en conformité avec l'opinion de l'État étranger en question[1409]. Il serait certainement erroné de considérer une personne comme étant le ressortissant d'un État étranger si elle n'est pas considérée comme telle par l'État en question, ou de nier l'existence de sa nationalité étrangère alors que l'État étranger la considère comme son citoyen. Afin d'éviter ce genre de problèmes, il faut répondre aux questions relatives à la nationalité étrangère par la présentation des documents délivrés par l'État étranger en question (comme un passeport ou un certificat de naturalisation) plutôt que par des tentatives d'application directe des règles étrangères sur l'acquisition ou la perte de la citoyenneté.

946. Dans le cas d'une règle de conflit qui doit répondre à l'idée de proximité, en matière d'inexécution des obligations contractuelles pour raison de force majeure, par exemple, il ne serait pas raisonnable d'employer la définition française de cette cause d'exonération si le contrat lui-même est soumis à une loi étrangère. Il faut dans un tel cas recourir aux règles étrangères, y compris si besoin aux règles de conflit[1410], car il existe un lien de dépendance évident entre les obligations découlant d'un contrat et les raisons qui excusent leur inexécution.

947. La solution du rattachement variable des questions préalables n'est, pourtant, pas la seule à être proposée par la doctrine moderne. Les conventions internationales et surtout le droit de l'Union européenne, à travers ses instruments, représentent des sources d'inspiration pour des solutions en la matière des questions préalables.

[1406] CIJ, 6 avril 1955, *Nottebohm,* cité par J. MAURY dans « L'arrêt Nottebohm et la condition de nationalité effective », *Festgabe fur MAKAROV*, p. 515-534, spéc. p. 517 ; l'art. 1 de la Convention de la Haye de 9 avril 1930.

[1407] A. MAKAROV, « Règles générales du droit de la nationalité », *Rec. cours La Haye*, vol. 74, 1949, 275-377, en spéc. p. 339-351. Le seul à avoir préconisé le recours aux règles de conflit du for est E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, II Munich et Berlin 1912, p. 833 et s. cité par A. MAKAROV, *Rec. cours La Haye*, vol. 74, 1949, p. 340.

[1408] M. BOGDAN, *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 60.

[1409] Voir B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 215 ; G. KEGEL, K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, préc., p. 382 ; F. RIGAUX, *Rec. cours La Haye*, vol. 213, 1989, p. 165 ; T.S. SCHMIDT, *Rec. cours La Haye,* vol. 233, 1992, p. 382.

[1410] Cour d'arbitrage de Sofia, sentence n° 21/56, *JDI* 1967, p. 175, obs. Al. KOJOUHAROFF.

2. Les solutions issues des conventions internationales et du droit de l'Union europeenne

948. Les règles conventionnelles et européennes présentent une attitude très méfiante envers le procédé des questions préalables. Il est ainsi considéré que la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur les obligations alimentaires avait adopté l'approche du rattachement dépendent dans le sens où les questions préalables relèvent de la loi applicable à la demande d'aliments[1411]. On peut, cependant, s'interroger sur la vraie nature de cette approche du moment où la solution du problème des questions préalables, prévue par la Convention, impliquait sa recherche directement dans la *lex causae* elle-même, à l'exclusion des règles de conflit du système de la *lex causae*[1412]. C'est la même solution qui a été adoptée par le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007[1413], ainsi que par le Règlement du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires[1414]. Or, décider que c'est la *lex causae* elle même qui donnera la solution au problème des questions préalables, ce n'est pas résoudre ce problème à travers la définition de l'approche du rattachement dépendant. Cette approche implique, en effet, l'utilisation des règles de conflit de la *lex causae* prévues pour résoudre le problème considéré comme préalable dans un litige avec des nuances internationales. Eliminer purement et simplement l'utilisation de ces règles de conflit et les remplacer par la règle matérielle de la *lex causae* revient à traiter un problème de droit international privé comme un simple problème interne.

949. Le Règlement Rome n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps[1415], prévoit, en revanche, dans son Considérant n° 10, que « des questions préalables, telles

---

[1411] Voy. P. LAGARDE, note sous Paris 30 mai 1972, *Rev. crit. dr. internat. privé,* 1972, p. 666, et « Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des conventions de droit international privé », *Mélanges von Overbeck ;* E. MEZGER, « Les conventions de La Haye sur la loi applicable et sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants », *Trav. Com. fr. dr. int. pr*, 1958-1959, p. 133 s. ; J.-M. BISCHOFF, *JDI* 1964, p. 769 ; A. E. VON OVERBECK, *Rec. cours La Haye*, vol. 132, 1971, p. 62, p. 511 ; M. SIMON-Depître, « Les aliments en droit international privé, » *Trav. Com. fr. dr. int. pr*, 1973-1975, p. 39.

[1412] Sur les effets néfastes de cette absorption de la question préalable par la question principale, voy. Y. LEQUETTE : « De l'utilitarisme en droit international privé conventionnel de la famille », *Mélanges Yvon Lousouarn*, Litec, 1990, p. 245.

[1413] En, ce sens, également B. ANCEL, H. MUIR WATT : « Aliments sans frontière », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2010, p. 457.

[1414] Règlement CE n°4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

[1415] Règlement Rome III qui remplace l'article 309 (ancien 310) du C. civ. concernant la détermination de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

que la capacité juridique et la validité du mariage, ainsi que les questions telles que les effets patrimoniaux du divorce ou de la séparation de corps, le nom, la responsabilité parentale, les obligations alimentaires ou autres mesures accessoires éventuelles devraient être réglées selon les règles de conflit de lois applicables dans l'État membre participant concerné. » Il s'agit là d'une application, à l'échelle européenne, de la théorie du rattachement autonome[1416]. Pouvoir divorcer suppose, ainsi, que l'ordre juridique considère les intéressés comme mariés. En suivant la proposition du Considérant n° 10, peu importe que le règlement désigne comme applicable au divorce le droit français ou un droit étranger, la question préalable de la validité de l'union sera, en France, réglée selon la loi désignée par la règle française de conflit de lois relative à la condition de formation du mariage discutée. La seule limite envisageable consisterait à faire intervenir le correctif de l'ordre public international français[1417].

950. Les projets d'uniformisation des règles de conflit de lois relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ne semblent pas davantage fixer des règles face aux questions préalables. Les Règlements Rome I et Rome II ne se prononcent non plus sur ce problème. Or, le manque de coordination des solutions en matière de questions préalables de ces divers instruments risque de provoquer un déséquilibre lors de leur mise en œuvre, chose qui compromet les progrès réalisés au niveau européen en termes d'uniformisation[1418]. Ainsi, l'uniformisation européenne de la partie générale du droit international privée implique également une solution unique en ce qui concerne les questions préalables, au regard des exigences de l'espace de sécurité, de liberté. Ne pas résoudre ce problème risquerait de gêner l'uniformisation du droit international privé de l'Union européenne ou la garantie des libertés de circulation et les exigences de la citoyenneté européenne.

951. Cependant, il faut réaliser qu'une solution unique et cohérente impliquera, au niveau européen, comme cela a été le cas au niveau interne, un choix pour maintenir la cohérence des ordres juridiques, en privilégiant soit l'ordre juridique de la *lex causae* (rattachement dépendant), soit l'ordre juridique du for et la permanence des statuts personnels (rattachement autonome). De ce fait, l'on a proposé comme solutions, d'un côté, une règle de conflit commune en matière de

[1416] Voy. P. LAGARDE, « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *loc. cit.*, 1960, p. 459.

[1417] Naguère envisagée, l'idée que le mariage homosexuel ne puisse pas franchir le préalable de la qualification mariage ne paraît plus être soutenue: sur cette idée, voy. H. FULCHIRON, « Le droit français et les mariages homosexuels étrangers », *D.* 2006, p. 1253.

[1418] Voy. *Rapport sur le coût de la non-Europe – Un Code européen du droit international privé*, par Blanca Ballester, unité Valeur Ajoutée Européenne, disponible sur: http://www.europarl.eur opa.eu/committees/ en/studies.html.

statut personnel[1419] et, d'un autre côté, l'utilisation de la méthode de la reconnaissance. Si la règle de conflit commune en matière de statut personnel représente une nouvelle solution aux questions préalables mais qui ne peut pas aboutir sans un choix unique, au niveau européen, de l'approche du rattachement autonome, la méthode de la reconnaissance mène à leur dissolution. En effet, l'idée de l'utilisation de la théorie de la reconnaissance pourrait prévenir l'avènement, lors d'un litige international, du problème des questions préalables. Elles pourraient ainsi être évitées en matière d'état des personnes[1420] et peut-être aussi dans le cadre successoral[1421], si un principe de reconnaissance des situations personnelles était adopté au sein de l'ordre juridique européen. Un tel principe imposerait que ces situations personnelles ne soient plus appréciées, dans les différents for, à la lumière d'une loi étatique, mais prises en considération, en tant que telles, dès lors - on le suppose tout au moins - qu'elles auraient été cristallisées quelque part[1422]. Par exemple, l'une des propositions du Livre vert sur les actes d'état civil[1423] consiste dans l'appréciation des droits d'un conjoint survivant, non pas en fonction de la loi applicable à la validité de son mariage, mais en fonction de la validité de ce mariage sur la foi de documents publics étrangers.

952. L'on observe cependant que la méthode de la reconnaissance trouve ses limites dans le fait qu'elle est applicable au cas par cas, dans des situations spécifiques d'une matière pour lesquelles elle est prévue expressément et ponctuellement. De ce fait, l'on ne peut pas l'employer d'une façon généralisée.

953. La méthode de la règle de conflit unifiée, peut être, en revanche, utilisée d'une façon plus généralisée car elle peut concerner une matière entière comme celle de l'état des personnes. Dans ce cas l'on peut envisager d'employer les deux méthodes en fonctions de la difficulté de la

---

[1419] Le Livre vert de la Commission sur l'état civil prévoit à son point 4.3 c) « moins de démarches administratives pour les citoyens : promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes de l'état civil ».).

[1420] Voy. le Livre vert préc. de la Commission européenne sur la circulation des documents publics et sur l'état civil. Point 4.3 b).

[1421] Voy. les dispositions sur le certificat successoral dans le Règlement n°650/2°12 du 4 juillet 2012. Le Considérant n° 14 prévoit que la validité d'une libéralité ne relève pas du domaine du Règlement mais il n'indique pas quelle est la loi qui devrait être consultée au sujet de cette validité. Voy., en ce sens, A. DEVERS, M. FARGE, « Le nouveau droit international privé du divorce - À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce », *JCP* n° 26, 2012. 778.

[1422] Parmi les nombreuses publications récentes portant sur la reconnaissance, voir, en particulier, « La reconnaissance des situations en droit international privé », P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé: Actes du colloque international de La Haye* du 18 janvier 2013, Pedone, 2013. Pour une critique de cette approche méthodologique, voir M. BUSCHBAUM : « La reconnaissance de situations juridiques fondées sur les actes d'état civil ? Réflexions critiques sur l'abandon de la méthode résultant des règles de conflit de lois », *D.*, 2011, p. 1094.

[1423] Livre vert, *préc.,* Point 4.3 b).

question à traiter. Plus une question est difficile à traiter, plus elle nécessite un traitement spécifique et, de ce fait, l'utilisation de la méthode de la reconnaissance pourrait représenter une solution. Quoi qu'il en soit, le problème des questions préalables représente un vrai défi pour la construction d'un espace européen véritablement intégré.

CONCLUSION DE SECTION

954. Il existe donc des solutions différentes pour traiter les questions préalables, qu'il s'agisse de l'approche dépendante, autonome, du rattachement contingent, de la règle de conflit unifiée ou de la théorie de la reconnaissance.

955. Le droit positif - interne, conventionnel et européen - s'oriente-t-il nettement vers l'une d'entre elles? L'impression générale est que la matière est partagée entre ces différentes solutions, ce qui crée, évidemment, une insécurité juridique et provoque également le problème du *forum shopping* qui risque de porter atteinte à l'uniformisation du droit international privé de l'Union européenne ou à la garantie de la liberté de circulation et les exigences de la citoyenneté européenne.

956. En général, l'approche de la *lex fori* est préférée, au moins comme un principe directeur général qui doit céder la place à chaque fois que l'approche de la *lex causae* est censée conduire à un résultat plus raisonnable[1424]. De ce point de vue, le problème des questions préalables a un statut hybride du point de vue de l'application de la loi étrangère qui fait que la préférence pour la solution du rattachement *fori* n'implique pas le refus de l'application d'une loi étrangère. En effet, si le problème des questions préalables se pose au niveau de l'application d'une loi étrangère, il donne naissance à un nouveau conflit de lois, ce qui nous projette à nouveau au moment de la désignation de la loi compétente. L'approche du rattachement *fori* peut ainsi designer, pour résoudre la question préalable, la compétence de la *lex fori* matérielle mais aussi d'une loi étrangère. Cette approche ne va donc pas à l'encontre de l'application d'une loi étrangère, mais tient compte de l'opinion du législateur du for quant à la résolution de la question préalable soulevée par l'application à la question principale de la loi étrangère.

957. La préférence pour l'approche *fori* peut s'expliquer par le fait que l'approche de la *lex causae* peut conduire à des résultats absurdes[1425] comme, par exemple, celui d'un même mariage

[1424] Voy B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 215-216 ; C.M.V. CLARKSON, J. HILL, *The conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 481 ; G. KEGEL, K. SCHUNG, *Internationales Privatrecht*, p. 378-381.
[1425] Voy R. DE NOVA, *Rec. cours La Haye*, vol. 118, 1966, p. 569.

considéré comme valable en ce qui concerne le droit de succession du mari tout en étant considéré non valable en ce qui concerne le droit de succession de l'épouse, à condition que les deux successions soient régies par des systèmes juridiques différents (en raison de leurs citoyennetés différentes). Cela veut dire que même un mariage célébré par un fonctionnaire compétent du système juridique du for n'aura pas d'effets lorsque la question principale, par exemple une question de succession, est régie par la loi d'un système juridique étranger qui ne reconnaît pas ce mariage ou ce divorce[1426]. Ce n'est, donc, pas à la règle de conflit du for sur la succession de gérer également la question de la validité des mariages, même lorsque cette validité est examinée comme une question préalable dans un différend à propos d'une succession.

958. De même, il faut également tenir compte du fait que les questions préalables peuvent avoir leurs propres questions préalables. Supposons que dans une action concernant l'obligation d'aliments, les règles de conflit du for désignent la loi d'un État A, qui prévoit la possibilité pour l'enfant de réclamer des aliments de son père. Cela donne lieu à la question préalable de savoir si l'homme contre lequel est orientée est le père et la réponse à cette question est supposée dépendre de la présomption *pater est*, pour laquelle le for a une règle de conflit différente, désignant la loi de l'État B. Cette loi indique que la présomption dépend de la validité du mariage entre l'homme en question et la mère de l'enfant, qui est donc une question préalable par rapport à la question de la paternité. La validité du mariage en question peut, en vertu de la règle de conflit du for, dépendre de la loi de l'État C. La loi de l'État C peut considérer le mariage non valable si le précédent mariage de l'un des conjoints n'a pas été valablement dissous, ce qui peut, aux yeux du for, dépendre de la loi de l'État D, etc. Or, une utilisation cohérente de l'approche *lex causae* dans une telle situation deviendra extrêmement compliquée, exigeant, entre autre, la prise en compte de l'approche des questions préalables en vigueur dans les États B et C.

959. On ne peut pas, cependant, exclure le fait que, parfois, une certaine règle de conflit doit, compte tenu de son but, être comprise comme signifiant que c'est l'approche de la *lex causae* des questions préalables qui correspond le mieux aux intentions du législateur du for[1427]. Au fond, le droit international privé ne peut pas réaliser l'impossible et rendre des solutions parfaitement homogènes pour des situations liées à plusieurs systèmes juridiques[1428] hétérogènes.

[1426] P. LAGARDE, « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *loc. cit.*, 1960, p. 479-483.

[1427] Voy. A.A. EHRENZWEIG, *Rec. cours La Haye*, vol. 124, 1968, p. 244-245.

[1428] Voy. A. BUCHER, *Rec. cours La Haye*, vol. 341, 2009, p. 248 : « On constatera à cette occasion que la résolution du conflit de lois ne peut réaliser l'impossible, à savoir l'homogénéité parfaite d'une situation juridique qui dispose d'un potentiel d'hétérogénéité du fait de ses liens avec plusieurs ordres juridiques. »

CONCLUSION DE CHAPITRE

960. En début de chapitre l'on s'interrogeait sur les problèmes concrets que peuvent surgir et sur leur influence sur l'application de la loi étrangère, lorsqu'on se retrouve face à des rattachements appartenant à des systèmes juridiques différents, comme dans le cas du renvoi ou des questions préalables.

961. En garantissant l'objectif fondamental de la méthode conflictuelle, qui consiste dans la réalisation (au moins parmi les ordres juridiques concernés par le problème juridique) de l'uniformisation des solutions, le renvoi résout le problème d'un conflit négatif provoqué par la non acceptation, par la loi étrangère, de la compétence qui lui a été proposée par la règle de conflit du for. Le renvoi va donc provoquer l'application, à la place de la loi étrangère désignée en premier lieu et à l'aide des règles de conflit étrangères, d'une autre loi qui entend de son point de vue régir le cas d'espèce[1429]. Le renvoi tient donc compte du refus du système juridique étranger de régir un rapport juridique et emploie ses règles de conflit pour designer la loi que le législateur étranger voit comme applicable dans le cas de l'espèce. Or, l'attitude traduit le respect que l'on a, en employant le renvoi, du raisonnement du législateur étranger.

962. De même, le procédé des questions préalables pose la difficulté d'un problème préalable soulevé lors de l'application d'une loi étrangère et que l'on essaye de résoudre à travers les différentes solutions proposées. Or, l'existence même du problème préalable est due à la prise en compte par le juge du for du fait qu'entre les deux systèmes, il existe une différence de traitement de ce même problème préalable. Sinon, le problème ne se posait pas.

963. Dans tous les cas, les deux procédés ne favorisent pas une loi en particulier et ils peuvent ainsi avoir comme résultat soit une application de la *lex fori* soit une application de la loi étrangère, mais, en revanche, ils tiennent compte de la différence qui existe entre les systèmes juridiques concernés par le problème juridique dont le juge du for est saisi et ils tentent de coordonner ainsi les solutions pour rendre une réponse acceptable dans le cas d'espèce.

[1429] Voy. Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, *op. cit.*, p. 223 s. ; P. PICONE, « La méthode de la référence », préc., p. 260 s. Vraiment étonnantes sont les remarques des auteurs qui critiquent la portée pratique du principe de l'uniformité, à cause des grandes différences existant entre les règles de conflit des différents États, sans tenir absolument compte de l'effet « uniformisateur » produit du moins potentiellement par le mécanisme du renvoi (voy. par exemple Th.M. DE BOER, *Rec. cours La Haye*, vol. 257, 1996, p. 282 s.).

964. L'application de la loi étrangère peut être affectée par des déséquilibres ponctuels causés par un élément du contenu de cette loi comme un concept ou un rattachement. Ainsi, lorsque cet élément est mis en relation avec l'élément correspondant du système juridique du for qui ne correspond pas parfaitement à son sens, cela peut provoquer un court-circuit dans le raisonnement du système juridique du for. De ce fait, des procédés de droit international privé ont été prévus pour pallier ces inconvénients. Si le juge du for se retrouve, par exemple, dans l'hypothèse des rattachements différents il pourra utiliser, en fonction de la particularité du cas d'espèce, les règles prévues pour le renvoi ou pour les question préalables. Si, en revanche, il est confronté aux concepts différents des deux lois, de la *lex fori* et de la loi étrangère, il cherchera la solution dans les règles concernant la qualification et les questions d'adaptation, substitution, équivalence ou transposition.

965. Il fallait donc s'interroger sur les problèmes concrets que peuvent surgir et leurs conséquences sur l'application de la loi étrangère, lorsqu'on se retrouve face à des rattachements ou des concepts appartenant à des systèmes juridiques différents et que le juge du for doit, malgré tout, corréler afin résoudre le problème juridique de droit international privé dont il est saisi.

966. D'un côté, les différences entre les concepts de la *lex fori* et ceux appartenant à la loi étrangère posent deux problèmes tenant à savoir en fonction de quelle loi les interpréter et comment les coordonner pour ne pas rompre la logique derrière chacun d'entre eux.

967. S'agissant de la loi en fonction de laquelle il serait plus approprié d'interpréter un concept étranger qui n'a pas le même sens que son correspondant dans le système juridique du for, il faut remarquer qu'en règle générale, lors de l'étape de la qualification, le juge donne préférence aux règles d'interprétation appartenant au système du for ou au système étranger en fonction de la finalité suivie. Ainsi, si la qualification a comme but le choix de la loi applicable au rapport juridique de droit international privé, ce sont les règles d'interprétation de la *lex fori* qui sont préférées. En revanche, si la qualification a comme but le choix des règles matérielles applicables, ce sont les règles d'interprétation *lege causae* qui sont préférées.

968. De ce point de vue l'on observe que si la qualification *lege fori* semble être une solution évidente, elle peut être cependant contestée dans le sens où les termes définissant le champ d'application des règles de conflit n'ont pas toujours le même sens en droit international privé et en droit matériel interne. La qualification *lege causae* s'explique, quant à elle, par l'idée logique

que nul autre système juridique n'est en mesure de rendre une meilleure qualification concernant un concept juridique que le système d'origine de ce concept-ci.

969. Comment coordonner des concepts différents appartenant à des systèmes juridiques différents ? Cette question cache, en effet, le problème de la continuité d'un rapport litigieux qui est partagé entre plusieurs systèmes juridiques. Or la réponse à cette question peut être trouvée par le juge du for à travers les procédés juridiques comme l'équivalence, la substitution, l'adaptation ou la transposition. Les interactions entre ces différents procédés semblent cependant assez difficiles à clarifier. Ainsi, pour pouvoir procéder à une substitution d'une règle matérielle, le juge du for doit vérifier, au préalable, si la condition de l'équivalence des concepts juridiques en cause, du for et de la loi étrangère, est remplie. Dans ce cas l'adaptation peut être employée si la combinaison des lois matérielles des systèmes intéressés parviennent à un résultat trop éloigné de celui qu'aurait produit chacune des lois, appliquée seule et intégralement. L'équivalence peut sinon également intervenir seule, lorsqu'elle se pose en rapport avec une règle de conflit du for. Cette toile d'araignée semble être utilisée la plupart du temps afin de permettre au juge de revenir à l'application de la lex fori, étant très rares les cas où elle entraine l'application d'un autre loi étrangère.

970. D'un autre côté, les rattachements différents prévus pour un même rapport juridique dans les systèmes juridiques impliqués dans un cas d'espèce causent des problèmes que l'on tente de résoudre à travers des procédés comme le renvoi ou les questions préalables. Le renvoi résout ainsi le problème d'un conflit négatif provoqué par la non acceptation, par la loi étrangère, de la compétence qui lui a été proposée par la règle de conflit du for. Dans ce cas la loi étrangère désignée en premier lieu est ainsi remplacée à l'aide des règles de conflit étrangères, par une autre loi. L'on tient donc compte du refus du système juridique étranger de régir un rapport juridique et on emploie ses règles de conflit afin de designer la loi que le législateur étranger voit comme applicable dans le cas de l'espèce. Il s'agit d'une forme de respect que l'on a, en employant le renvoi, du raisonnement du législateur étranger. Le procédé des questions préalables implique, à son tour, la résolution d'un problème préalable soulevé lors de l'application d'une loi étrangère. Le juge du for prend ainsi en compte le fait qu'entre les deux systèmes il existe une différence de traitement de ce même problème préalable car sinon, le problème ne se posait pas. L'on peut ainsi observer que les deux procédés ne favorisent pas une loi en particulier car ils peuvent avoir comme résultat soit une application de la *lex fori* soit une application de la loi étrangère, mais, en

revanche, ils tiennent compte des différences qui existe entre les systèmes juridiques concernés et ils tentent de coordonner les solutions pour rendre une réponse adaptée au cas d'espèce.

971. A leur tour, les déséquilibres d'ensemble viennent, cependant, affecter l'application de la loi étrangère.

TITRE II

LES DESEQUILIBRES CONCERNANT LES SYSTEMES JURIDIQUES DANS LEUR ENSEMBLE

972. Appliquer une loi étrangère est un processus compliqué construit en niveaux qui imposent, chacun à son tour, une justification de cette application. Cela s'explique, évidemment, par l'attachement du système juridique du for à sa propre loi mais aussi par les risques de déséquilibres issus d'une combinaison maladroite entre la *lex fori* et la loi étrangère. Il a été, donc, nécessaire de formuler des principes quant au fondement et au mécanisme de l'application de la loi étrangère, qui justifient et organisent ce processus. Ces principes, présentés dans la première partie de la thèse, constituent le noyau du processus de l'application de la loi étrangère. Une interrogation logique s'est cependant posée par rapport à l'existence d'une influence de certains éléments extérieurs, qui façonnerait également le processus de l'application de la loi étrangère. Pour répondre à cette question il fallait partir de l'observation que la résolution d'un problème juridique de droit international privé, prévue par la règle de conflit, implique la combinaison des lois conçues dans des environnements différents. Or, la combinaison de plusieurs systèmes juridiques engendre souvent des déséquilibres qui, en fonctions des éléments qui les provoquent, peuvent être ponctuels ou d'ensemble.

973. L'influence des déséquilibres ponctuels sur l'application de la loi étrangère a été analysée dans le titre précèdent, le présent titre étant dédié aux conséquences des déséquilibres des systèmes juridiques dans leur ensemble sur une telle application. De quels déséquilibres d'ensemble s'agit-il ? Les déséquilibres de coordination entre la *lex fori* et la loi étrangère applicable sont provoqués par des éléments qui concernent le système juridique dans son intégralité et qui se traduisent dans la multiplicité des lois étrangères en concurrence ou l'intolérance du système juridique du for à la loi étrangère applicable. La classification de ces deux types d'éléments a été crée à partir de deux type d'observations.

974. D'un côté, il peut arriver qu'un système juridique présente de déséquilibres provoqués par une multiplicité fortuite des lois susceptibles à s'appliquer au problème juridique dont le juge du for est saisi. Ainsi, il peut arriver qu'un système juridique ne soit pas toujours parfaitement homogène : des lois peuvent coexister ou se succéder du fait des complications menant à des confits interterritoriaux, interpersonnels ou du changement de souveraineté du droit étranger. La multiplicité peut, dans ce cas, procéder du caractère hétéroclite du système juridique étranger. De même, la règle de conflit du for ou la loi étrangère désignée par celle-ci peuvent subir un

changement impliquant une succession dans le temps de lois applicables à une même situation de droit international privé. Cette situation traduit la question du conflit transitoire qui se produit dans le cadre de la législation d'un même système juridique, entre le moment de la naissance d'un rapport juridique et celui de son appréciation en justice. Le facteur de rattachement peut également changer du fait du déplacement, dans l'espace, du point de rattachement à la loi compétente, rendant applicable une autre loi que celle initialement compétente. Il s'agit, dans ce cas, du conflit appelé mobile car opposant les lois des deux systèmes juridiques distincts dont l'une n'a pas été abrogée par l'autre mais qui sont simultanément en vigueur, chacune d'entre elles l'étant sur le territoire de l'État dont elle émane. Les types de conflits ainsi décrits décrivent, en règle générale, une multiplicité de lois procédant de l'influence des facteurs espace et temps sur le conflit de lois.

975. Tous ces cas énumérés présentent une multiplicité des lois susceptibles à s'appliquer que l'on a appelée *fortuite* car elle survient d'une manière exceptionnelle, représentant une situation liée à des éléments qui ne se retrouvent pas dans le cheminement classique de la résolution d'un problème de droit international privé.

976. D'un autre côté, les principes « de justice universelle considérés (…) comme doués de valeur internationale absolue »[1430] du système juridique du for peuvent être en contradiction avec leurs homologues présents dans le système juridique auquel appartient la loi étrangère rendue compétente par la règle de conflit du for, situation entrainant un problème qui touche à l'ordre public de droit international du for. De même, le système juridique du for sanctionne le recours à une loi étrangère par l'exception de fraude à la loi lorsque, par une modification de la situation juridique - normalement un déplacement de l'élément de rattachement retenu par la règle de conflit du for -, l'intéressé peut effectivement se prévaloir de la régularité formelle de la situation créée. Les deux situations décrivent, en règle générale, l'intolérance d'un système juridique aux règles prévues par un système juridique étranger, qu'elles soient contraires à ses principes fondamentaux ou qu'elles soient devenues compétentes par des méthodes frauduleuses. Il est, par conséquent, évident qu'une bonne coordination des systèmes juridiques en conflit mettrait fin aux déséquilibres d'ensemble. Dans cette optique les règles concernant les conflits mobile ou

[1430] Définition de l'ordre public retenue dans la jurisprudence française de droit international privé dans l'arrêt de la Cass., 1re civ., 25 mai 1948, nº pourvoi 37.414, *Bull. civ.* 1948. I. nº 163, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1949, p. 89. Ces principes de justice universelle comprennent l'ensemble des droits ayant pour objectif la protection de la personne humaine et de sa dignité, les principes essentiels du droit français, qui ont émergé récemment dans la jurisprudence de la Cour de cassation ainsi que les droits fondamentaux. Les principes qui se rattachent aux fondements politiques, familiaux et sociaux de la société française déclenchent également l'exception d'ordre public et ne sont pas moins intangibles.

transitoire ou celles concernant l'ordre public ou la fraude à la loi représentent des solutions qui, malgré leur imperfection, apportent un certain équilibre dans la matière.

977. Une fois ces déséquilibres dégagés, la question à laquelle le présent titre répondra est celle de savoir de quelle façon ceux-ci influencent l'application de la loi étrangère. Est-ce qu'ils favorisent ou, au contraire, empêchent l'application de la loi étrangère ? Pour ce faire il est nécessaire d'analyser la question en fonction des catégories de déséquilibres d'ensemble dégagées, à savoir, les déséquilibrés provoqués par la multiplicité des lois étrangères ou par l'intolérance du système juridique du for à l'application de loi étrangère. L'ordre dans laquelle ces aspects seront discutés tient compte de la matérialité ou l'immatérialité de leur source. Ainsi, la multiplicité fortuite des lois susceptibles de s'appliquer à un rapport juridique de droit international privé a comme source une pluralité matérielle, concrète, de lois qui provoque des déséquilibres de coordination entre les systèmes juridiques intéressés. En revanche, l'intolérance du système juridique du for à l'application de la loi étrangère a comme source l'immatérialité de l'attitude du système du for envers les principes d'ordre public d'un système juridique étranger ou l'application frauduleuse de l'une des lois de ce dernier.

978. Nous allons analyser donc, dans un premier temps, les déséquilibres provoqués dans le système juridique du for par la multiplicité fortuite des lois susceptibles de s'appliquer (Chapitre 1) pour passer, dans un deuxième temps, à l'observation des déséquilibres provoqués par l'intolérance du système juridique du for à l'application de loi étrangère (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

LES DESEQUILIBRES PROVOQUES PAR LA MULTIPLICITE FORTUITE DES LOIS SUSCEPTIBLES DE S'APPLIQUER

979. Il existe des situations exceptionnelles dans lesquelles appliquer une loi étrangère se révèle particulièrement difficile, en raison de la multiplicité fortuite des lois susceptibles de s'appliquer au rapport juridique avec un élément d'extranéité. Cette multiplicité pourrait être comparée à un *forum shopping* ou *law shopping*, situations souvent rencontrées en droit international privé. Le *forum shopping* exprime la possibilité qu'offre à un demandeur la diversité des règles de compétence internationale de saisir les tribunaux de l'État appelés à rendre la décision la plus favorable à ses intérêts[1431]. Le *law shopping*, de son côté, représente le choix du régime légal le plus favorable par les plaignants.

980. Les deux méthodes se distinguent, cependant, de la situation de la multiplicité de lois susceptibles de s'appliquer dont le présent chapitre fait référence et qui peut s'exprimer de plusieurs façons. Elle peut être due à la coexistence, dans le cadre d'un même ordre juridique étranger, de plusieurs types de conflits (interterritoriaux, interpersonnels ou provoqués par un changement de souveraineté). Ensuite, la multiplicité procédant du changement de la règle de conflit du for ou de la loi étrangère désignée par celle-ci est due à une succession dans le temps de lois applicables à une même situation de droit international privé. Enfin, la multiplicité procédant du changement du facteur de rattachement est due à une complication temporelle provenant d'un déplacement dans l'espace du point de rattachement à la loi compétente, rendant applicable un autre droit que celui qui était initialement compétent.

981. L'analyse réalisée dans ce chapitre se rapporte ainsi à la compréhension de l'influence exercée sur l'application de la loi étrangère des catégories de multiplicité des lois susceptibles de s'appliquer au problème juridique dont le juge du for est saisi.

982. Si la première catégorie de multiplicité est considérée comme un conflit interne de droit étranger, les deux autres catégories impliquent un conflit de lois dans le temps qui se greffe sur un conflit de lois dans l'espace, provoquant ainsi une succession dans le temps de lois applicables à une même situation de droit international privé. Cette différence justifie les deux sections du chapitre, la première prenant en compte le conflit interne du système juridique étranger, alors que la deuxième section porte sur les conflits de lois dans le temps et dans l'espace. Nous allons donc

[1431] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.,* p. 419.

analyser, dans un premier temps, la multiplicité procédant du caractère composite de la loi étrangère applicable (Section 1), pour révéler ensuite la multiplicité procédant de l'influence des facteurs espace et temps sur le conflit de lois (Section 2).

SECTION 1

MULTIPLICITE PROCEDANT DU CARACTERE COMPOSITE DU SYSTEME JURIDIQUE ETRANGER

983. Afin de résoudre un problème juridique avec élément d'extranéité, la règle de conflit du for peut désigner la compétence d'une loi étrangère appartenant à un ordre juridique qui peut rendre compliqué le processus d'application de ladite loi en raison de sa spécificité. En effet, un système juridique n'est pas toujours homogène et peut présenter une organisation interne composite dans le sens où il peut être formé « d'éléments divers et peu homogènes »[1432]. Celui-ci est ainsi susceptible de présenter une multiplicité de règles de droit qui peuvent, d'un côté, appartenir à des entités étatique ou non-étatiques, qui donnent lieu à des complications menant à des confits interterritoriaux et interpersonnels, ou, d'un autre côté, sont dues à un changement de souveraineté du droit étranger. Par conséquent, dans le cadre d'un même système juridique étranger, plusieurs types de conflits - interterritoriaux, interpersonnels ou provoqués par un changement de souveraineté - peuvent coexister.

984. Les conflits interterritoriaux ou interpersonnels du système juridique étranger ne constituent pas un problème de droit international privé mais un problème de détermination du champ de compétence, *ratione materiae* et *ratione loci,* de la loi nationale. Par exemple, la configuration politico-juridique communautaire et multiconfessionnelle du Liban a des conséquences sur la matière du statut personnel dans le sens où il est soumis aux dix-sept lois appartenant aux dix-sept communautés religieuses présentes sur son territoire. Cela veut dire que, lorsqu'il est saisi d'un problème juridique impliquant le statut personnel d'un Libanais, le juge libanais devra suivre les règles nationales concernant l'appartenance de l'intéressé à la communauté religieuse dont la loi sera appliquée en l'espèce. Cela reste donc un aspect concernant la détermination du champ de compétence d'une loi nationale.

985. Cependant, lorsque la règle de conflit du système juridique du for rend applicable la loi appartenant à un système juridique étranger posant un conflit interne de lois, la situation risque de se compliquer. En effet, l'on se retrouve, dans ce cas, dans une hypothèse où un problème, qui est normalement résolu par le juge étranger, doit être réglé par le juge du for au moment de l'application de la loi étrangère, afin de déterminer la loi la plus apte à s'appliquer, parmi les lois potentiellement applicables.

[1432] http ://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/composite/17749.

986. Les conflits issus d'un changement de souveraineté du système étranger n'ont pas une origine interne, comme dans le cas des confits interterritoriaux et interpersonnels, mais sont le résultat d'une situation de droit international qui consiste dans l'exercice, sur un territoire, des compétences successives d'États différents. Les conflits issus d'un changement de souveraineté ne sont pas de conflit de lois de droit international privé, qui impliquent, de leur coté, la condition d'un exercice simultané, sur des territoires distincts, de compétences étatiques indépendantes les unes des autres. Cependant, l'application éventuelle de la loi étrangère appartenant au système juridique étranger confronté à ce type de conflit, peut être influencée car il peut être difficile, dans ce cas, de déterminer laquelle loi appliquer parmi celles appartenant aux souverainetés qui se sont ainsi succédées.

987. Comment ces conflits influencent-ils concrètement l'application de la loi étrangère ? Pour répondre à cette question il faut étudier les conséquences sur l'application de la loi étrangère des conflits internes du système juridique étranger (§1) et les solutions proposées pour résoudre de tels conflits (§2).

§ 1. LES CONSEQUENCES SUR L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE DES CONFLITS INTERNES DU SYSTEME JURIDIQUE ETRANGER

988. Les conflits interterritoriaux, interpersonnels ou causés par un changement de souveraineté peuvent rendre difficile la détermination d'une loi étrangère. En effet, confronté à l'hypothèse où la règle de conflit du for rend compétente une loi étrangère appartenant à un système juridique posant ce type de conflits, le juge du for peut se retrouver dans la difficulté de devoir résoudre une situation qui est naturellement l'apanage du juge étranger. Si la solution envisagée, dans ce cas, passe naturellement par une application fidèle des règles nationales qui auraient été utilisées par le juge étranger, en réalité les choses sont beaucoup plus compliquées et tiennent à la spécificité de ce type de conflits. Il est, donc, nécessaire de s'interroger sur la façon spécifique dont les conflits interterritoriaux, interpersonnels ou causés par un changement de souveraineté influencent l'application de la loi étrangère.

989. Il faut, d'ores et déjà, observer que les trois types de conflits présentent un élément commun qui réside dans la notion de « territoire ». Un des éléments constitutifs de l'État, au même titre que la souveraineté et la population et représentant un support de la souveraineté étatique, le « territoire » peut être défini comme un espace géographique qualifié par une

appartenance juridique (territoire national), une spécificité naturelle (territoire montagneux) ou culturelle (territoire linguistique)[1433].

990. Il existe différentes appréciations quant aux rapports entre la notion du territoire et l'État[1434]. Le territoire peut ainsi constituer le cadre au sein duquel l'État peut exercer sa puissance[1435], mais peut également être dissocié de l'État, même si tous deux sont immanquablement liés par un rapport d'appartenance : l'État est le propriétaire de son territoire et à ce titre exerce en son sein le *dominium* de façon exclusive[1436]. L'État peut être cependant concurrencé dans l'exercice de sa souveraineté, car le territoire peut servir également de support à d'autres collectivités. Le même territoire peut ainsi être partagé entre l'État et d'autres collectivités extra-étatiques.

991. Le territoire influence directement les conflits interterritoriaux ou causés par un changement de souveraineté, car les deux éléments caractérisant les rapports entre l'État et le territoire (la possession et la délimitation - cette dernière impliquant la notion de « frontière ») ont un rôle implicite dans le jeu de ces conflits.

992. Les conflits interpersonnels, quant à eux, sont liés à la coexistence, sur le même territoire, de groupes sociaux régis par des droits différents. Le territoire a ici le rôle de catalyseur des différents droits applicables à des groupes sociaux ayant acquis une certaine autonomie. En même temps, si les conflits interterritoriaux et interpersonnels sont strictement internes, les conflits suscités par un changement de souveraineté ont comme prémisse une situation de droit international impliquant l'exercice sur un territoire étatique de compétences successives d'États différents.

993. Pour analyser les implications de ces conflits sur l'application de la loi étrangère nous avons tenu compte des différences ainsi révélés, ayant opté pour une structure organisée sur

---

[1433] P. GEORGE, F. VERGER, *Dictionnaire de la géographie*, Paris, Presses universitaires de France, 2009.

[1434] Pour une vue d'ensemble, voy. notamment l'article de J. A. BARBERIS, « Les liens juridiques entre l'État et son territoire : perspectives théoriques et évolution du droit international », *Ann. fr. dr. int.* 1999, p. 132 s. et A. SATCHIVI, *Le déclin de l'État en droit international public*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001, p. 27 s.

[1435] Le territoire constitue ainsi la limite du pouvoir de l'État et un titre de compétence car sur son territoire l'État dispose de sa souveraineté à titre exclusif, voy., en ce sens, R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, t. 1, 1920, p. 4 : « La territorialité n'est pas une partie spéciale du contenu de la puissance étatique, mais uniquement une condition et une qualité de cette puissance ». Voy. également G. SCELLE, *Précis du droit des gens. Principes et systématique*, t. 1, CNRS, rééd., 1984, p. 76 : « La délimitation du territoire, du point de vue juridique, est donc une délimitation des compétences des sujets du droit public » ; L. MICHOUD, *Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 2, LGDJ, 1998, n° 201 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La règle de droit, le problème de l'État*, t. 1, E. Boccard, 3e éd., 1927, p. 97.

[1436] La théorie du territoire-objet, voy., en ce sens, J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, *op. cit.* 2014, p. 401-402 ; J. A. BARBERIS, « Les liens juridiques entre l'État et son territoire [...] », *op.cit.,* p. 136 ; pour une critique de cette théorie, voy. P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 7e éd., 2002, p. 413-414, n° 269.

l'antithèse conflits de droit interne - conflits de droit international qui permet une meilleure compréhension de leurs spécificités causant des perturbations dans le processus de l'application de la loi étrangère par le juge du for. Il convient, donc, d'analyser les conséquences de ce type de conflits sur l'application de la loi étrangère en procédant par une analyse des conflits rattachés au droit interne (A) pour passer ensuite aux conflits rattachés au droit international (B).

A. LES CONFLITS RATTACHES AU DROIT INTERNE

994. Des complications surgissent lorsque le droit privé d'un État étranger n'est pas uniforme, mais que différentes règles sont en vigueur pour les différentes parties du territoire ou pour les divers groupes de la population.

995. Les conflits strictement internes, qu'il s'agisse des conflits interterritoriaux ou de conflits interpersonnels, influencent l'application de la loi étrangère en raison de la difficulté du choix à opérer quant à la désignation et/ou à la détermination de celle-ci. En effet, la loi étrangère désignée comme compétente par la règle de conflit risque de ne pas apparaître facilement au juge du fait de ce type de complications.

996. S'agissant des conflits interterritoriaux, la Constitution de certains États comme les États-Unis, le Mexique, la Belgique ou le Canada, peut conférer à des subdivisions territoriales certaines compétences législatives de droit privé, provoquant ainsi ce type de conflits. Cela suscite un problème qui ressemble à celui du droit international privé, à la seule différence que ce dernier ne dispose pas, comme c'est le cas pour les conflits interterritoriaux, d'une source de droit qui s'impose au respect des États nationaux et d'une juridiction qui leur soit commune[1437]. La différence se creuse davantage lorsque la Constitution fédérale contient, comme c'est le cas aux États Unis, des règles de conflit régissant les conflits interfédéraux, à l'exclusion des rapports internationaux[1438].

997. Les conflits interpersonnels, quant à eux, se posent à l'intérieur de certains ordres juridiques nationaux et sont liés à la coexistence, sur le même territoire, de groupes sociaux régis par des droits différents[1439]. Un premier exemple en ce sens peut être observé au Liban où le statut

---

[1437] M. FALLON, F. RIGAUX, *Droit international privé*, 3e éd., Larcier, 2005, p. 221.

[1438] La Constitution des États Unis fait la différence entre les actes publics émanant des autres États de l'Union (*sister States*) et les actes similaires accomplis par des autorités étrangères et conclut que la reconnaissance réciproque applicable pour les premiers de doit pas s'appliquer pour les derniers, voy., en ce sens, M. FALLON, F. RIGAUX, *Droit international privé*, 3e éd., Larcier, 2005, p. 221.

[1439] Voy., en ce sens, M. FALLON, F. RIGAUX, *Droit international privé*, 3e éd., Larcier, 2005, p. 222, qui parlent de diverses formes de conflits interpersonnels comme, par exemple, les conflits interconfessionnels, principalement dans le domaine du mariage et de la filiation, ou les conflits interraciaux, comme c'est le cas des certains conflits de coutumes en Afrique.

personnel doit se conformer aux groupes sociologiques et religieux que sont les communautés (*Aṭ-Ṭawâif*)[1440]. Il résulte dix sept statuts personnels présentant des lois différentes, établies par les dix-sept communautés religieuses. Cela veut dire que dans une même cause, touchant à l'état des personnes ou de la famille – que cela concerne un mariage, un divorce, une filiation, une succession – et pour les mêmes motifs, les ressortissants libanais sont jugés différemment et, parfois, même de manière contradictoire[1441]. Le système de statut personnel libanais se distingue par une double autonomie : judiciaire et législative. L'autonomie judiciaire se manifeste par l'existence de tribunaux confessionnels pour chaque communauté : tribunaux spirituels pour les chrétiens catholiques, orthodoxes et évangéliques; tribunaux charaïques pour les sunnites, jacfarites pour les chiites et matdhabiyya pour les druzes; tribunaux rabbiniques pour les israélites. L'autonomie législative se manifeste par la multiplicité des lois sur le statut personnel : chaque communauté a ses propres codes et aucune dérogation n'est possible, au risque de renier sa propre communauté. Chaque communauté a donc des spécificités qui la distinguent des autres communautés : la communauté druze musulmane est monogame et ne reconnaît pas la polygamie, la répudiation étant également illégale ; les sunnites et les chiites reconnaissent la polygamie et autorisent la répudiation ; les tribunaux maronites refusent toute possibilité de divorce ou de séparation des époux, alors que dans la communauté arménienne orthodoxe le mariage est dissout par le consentement des deux époux.

998. Il est évident que les conflits au niveau des différents statuts personnels sont fréquents. Les conflits de statuts familiaux qui naissent à l'occasion des mariages ou des successions, sont résolus sans toucher à la substance des droits religieux. Par exemple, l'État contrôle et sanctionne les effets de la fraude à la suite d'un changement d'appartenance religieuse, car il arrive souvent que des personnes abandonnent leur confession afin de profiter des règles plus permissives d'une autre confession. Cette situation ne facilite pas l'uniformisation des différents statuts personnels libanais, encore moins leur unification. Il y a eu cependant des projets d'unification du statut personnel comme, par exemple, ceux de 1936 et de 1998. L'Arrêté n° 60 L.R (Lois et

---

[1440] Selon Ch. JAFFRELOT dans sa définition du « communautarisme » désigne « des groupes culturels partageant la même langue, la même religion et/ou les mêmes traits raciaux », Ch. JAFFRELOT, « L'État face aux communautés », *Cultures et Conflits : L'État face aux communautés*, n° 15-16, Automne-Hiver 1994. Voy. notamment la définition d'E. PICARD : « Une communauté (…) est plus une adhésion à une fois c'est un cadre social, politique, voire économique », E. PICARD, « Le Liban dix ans après la guerre », *Maghreb-Machrek monde arabe*, n° 169, juillet-septembre, 2000 ; *Liban État de discorde, les fondations aux guerres*, Flammarion, 2000. Voy. également B. BASILE, *Statut personnel et compétence judiciaire des communautés confessionnelles au Liban (étude juridique comparée)*, Kaslik, Université St. Esprit, 1993.

[1441] F. TOBICH, *Les statuts personnels dans les pays arabes. De l'éclatement à l'harmonisation*, Éd. Presses universitaires d'Aix-Marseille coll. Droit et religions, 2008, p 163.

Règlements) du 13 mars 1936, avait ainsi institué une communauté de droit commun échappant aux statuts personnels religieux. En effet, selon l'article 25: « le mariage contracté en pays étranger entre syriens ou libanais et entre syriens ou libanais et étrangers est valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays. Si la forme ainsi que les effets du mariage tels qu'ils résultent de la loi sous l'empire de laquelle le mariage a été contracté, ne sont pas admis par le statut personnel de l'époux, le mariage sera en Syrie et au Liban régi par la loi civile ». Cette communauté de droit commun n'a, cependant, jamais été mise en application au Liban. De même, le projet de 1998 prévoyait des conditions strictes pour le divorce, ainsi que des dispositions pour assurer la pérennité de l'union et donner du sérieux au régime matrimonial civil. Le projet interdisait, par exemple, la polygamie[1442] ; il prévoyait l'égalité des époux devant le divorce (article 25) ; la religion n'était plus un critère déterminant en cas d'héritage entre les deux conjoints (article 111) ; le mariage contracté entre une musulmane et un non musulman était légal ; l'adoption était reconnue dans la Partie 5 du projet. Le projet de 1998 n'a pu avoir, malheureusement, un écho favorable auprès de la majorité de la population[1443].

999. Une forme particulière de mariage religieux a également donné naissance en Italie, par le passé, à des conflits interpersonnels. Le Concordat du Latran du 11 février 1929 avait institué en Italie deux réglementations parallèles selon que les Italiens contractaient un mariage canonique ou un mariage civil, ce qui entraînait diverses conséquences, notamment la reconnaissance d'une compétence exclusive aux autorités ecclésiastiques pour la dissolution d'un mariage concordataire. L'entrée en vigueur de la loi n° 898 du 1er décembre 1970 sur le divorce et la jurisprudence qui s'en est ensuivie ainsi que l'accord de modification du Concordat du Latran conclu le 18 février 1984, ont bouleversé les rapports entre les deux ordres juridiques. Après l'entrée en vigueur de la loi sur le divorce, il a été jugé que les tribunaux civils, qui n'avaient pas le pouvoir d'annuler un mariage concordataire célébré en Italie, pouvaient cependant le dissoudre par le divorce[1444]. Alors que les sentences canoniques de nullité étaient soumises à l'exequatur de la cour d'appel en vertu de l'article 34, alinéa 6, du Concordat du Latran, la jurisprudence a progressivement soumis ces sentences au contrôle exercé sur les décisions étrangères[1445]. Pareille évolution a été entérinée par l'article 8, alinéa 2, de l'accord modificatif du 18 février 1984. En outre, selon l'interprétation

[1442] L'article 9 prévoit qu'« il n'est pas permis de contracter un mariage entre deux personnes si l'une d'elle était mariée. Ce contrat est nul ».
[1443] F. TOBICH, *Les statuts personnels dans les pays arabes. De l'éclatement à l'harmonisation, op. cit.*, p. 171.
[1444] Cour constitutionnelle italienne, 11 décembre 1973, n° 175, *Giur. cost.*, 1973, p. 2238.
[1445] Cass. italienne, 1er octobre 1982, n. 5026, *Diritto di Famiglia e delle persone*, 1984, p. 14 ; 5 juillet 1984, n° 3944, *ibid.,* 1984, p. 931.

dominante, l'État italien a cessé de reconnaître la compétence exclusive des juridictions canoniques pour l'annulation d'un mariage concordataire. Il en résulte que, quelle que soit la forme du mariage célébré par des Italiens en Italie, les effets de l'union sont, du point de vue de l'ordre juridique civil, réglés par le droit étatique. Depuis l'entrée en vigueur de l'accord modificatif du 18 février 1984, il n'est plus permis de considérer que le droit matrimonial italien soumet à deux régimes distincts le mariage civil et le mariage concordataire[1446].

1000. L'on observe ainsi que les confits interterritoriaux et interpersonnels sont, tout comme le conflit dans le temps, strictement internes. De ce point de vue, les conflits suscités par un changement de souveraineté représentent, en revanche, une autre hypothèse.

B. Les conflits rattaches au droit international

1001. Les conflits rattachés au droit international comprennent les conflits suscités par un changement de souveraineté. Si ce type de conflit ne se confond pas avec le conflit de lois de droit international privé, du fait de l'origine de la situation[1447], cela ne veut pas dire qu'il ne peut pas influencer l'application de la loi étrangère. Afin de comprendre de quelle façon les conflits de souveraineté peuvent troubler le processus d'application de la loi étrangère, il est, d'abord, nécessaire, d'en apercevoir les nuances.

1002. Les conflits de souveraineté semblent semer le doute quant à leur portée. En effet, la doctrine française abordait les conflits suscités par un changement de souveraineté qu'à travers la perspective du conflit d'annexion, alors que cette expression ne vise qu'une hypothèse très particulière du changement de souveraineté : l'État A transfère à l'État B les droits qu'il exerçait sur une partie de son territoire, les deux continuant à subsister après ce qu'il convient d'appeler plutôt un « changement territorial ». Il existe, donc, d'autres types de changements de souveraineté, comme la formation d'un État nouveau par l'obtention de l'indépendance (par exemple l'obtention de l'indépendance par l'Algérie), par l'unification des territoires détachés de

[1446] F. RIGAUX note l'intérêt, pour la théorie du droit international privé, de l'assimilation à des décisions étrangères des sentences canoniques prononcées en Italie conformément au Concordat du Latran, *in* « L'arride 34 du Concordat du Latran et le droit international », *Mélanges Wdgnon*, 1976, p. 395-414 et, sur l'interprétation de l'accord du 18 février 1984, R. COPPOLA, « Osservazioni sui l'accordo di modificazioni del Concordato lateranense », *Diritto di Famiglia e delle persone*, 1984, p. 697-708 ; J.-L. VAN BOXSTAEL, « Observations sur le pouvoir des époux de disposer d'un mariage religieux célébré à l'étranger », *R.T.D.Fam.*, 1996, p. 29-42. Des accords avec le Saint-Siège ont également été conclus par l'Espagne, Malte et le Portugal. Il y est fait référence par le Règlement Bruxelles II bis (art. 63) et, pour Malte, par le Règlement 2116/2004 du 2 décembre 2004 (*J.O.C.E.* 2004, L 367).

[1447] Le conflit suscité par un changement de souveraineté a pour origine une situation de droit international qui consiste dans l'exercice, sur un territoire, des compétences successives d'États différents, alors que le conflit de lois de droit international privé est provoqué par l'exercice simultané, sur des territoires distincts, de compétences étatiques indépendantes les unes des autres, voy, en ce sens, M. FALLON, F. RIGAUX, *Droit international privé*, 3e éd., Larcier, 2005, p. 223.

plusieurs États (l'exemple de la Pologne après 1919), par la disparition d'un État (Danzig et les États Baltes ; l'État austro-hongrois après 1919) ou encore par la sécession (Suède et Norvège en 1905), etc. Si l'application de la loi étrangère n'est pas affectée par tous les types de changements de souveraineté, car certains changements peuvent être réalisés d'une manière volontaire (volonté des populations se trouvant sur leur territoire), elle sera, en revanche, affectée par un changement involontaire de souveraineté[1448] dont la reconnaissance, par la communauté internationale, n'est pas unanime ou a une attitude changeante. C'est seulement dans ces cas que le juge du for peut se retrouver dans l'embarras d'avoir des difficultés à choisir la loi qui présente la légitimité nécessaire pour être appliquée. Il est ainsi connu qu'à la suite du Pacte Briand-Kellogg de 1928 l'annexion, par la force, des États n'a plus été prise comme un mode légitime de résolution des conflits entre États. Pour qu'une telle annexion produise effets, une reconnaissance de la part de la communauté internationale est donc nécessaire. Cependant, une telle reconnaissance peut parfois poser problème comme, par exemple, l'annexion, en 1940, des trois États baltes, par l'Union soviétique (ou, selon l'interprétation soviétique, de leur association libre à l'URSS en tant que Républiques soviétiques socialistes). Sauf les États-Unis, la majorité des autres États a reconnu la nouvelle situation au moins *de facto*. Avec le temps, l'effectivité ou le principe *ex factis jus oritur*[1449] l'a emporté sur le principe *ex injuria jus non oritur*[1450]. Néanmoins, après quarante et un an de pouvoir effectif soviétique, ces trois États ont accédé à leur indépendance en 1991, ne se considérant ni comme États nouveaux ni comme successeurs de l'URSS.

1003. E. Bartin considérait les conflits d'annexion comme de « véritables conflits internationaux de lois »[1451] alors que P. Roubier y voyait un pur conflit dans le temps[1452]. La majorité des auteurs s'est ralliée à une opinion plus nuancée : le conflit d'annexion présente des caractères propres qui le distinguent des conflits de lois classiques[1453]. Si nombre d'auteurs traitent le changement de souveraineté comme un simple incident du conflit mobile[1454], l'influence exercée sur les litiges de droit privé par les changements de souveraineté est sans analogie avec le conflit mobile[1455], sauf

---

[1448] V.-D. DEGAN, « Disparition de l'État », *Rec. cours La Haye*, vol. 279, 1999, p. 281.
[1449] Trad. « Le droit est né du fait ».
[1450] Trad. « Le droit ne naît pas de l'illégalité ou de l'injustice ».
[1451] E. BARTIN, *Principes…*, t. I, *op. cit.*, p. 31.
[1452] P. ROUBIER, *Le droit transitoire, conflits de lois dans le temps*, Dalloz-Sirey, rééd. 2008, n° 4. B., p. 15 et p. 572.
[1453] Voy. A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé,* éd. J. Allier, 1923, I, n° 41, p. 121 ; H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, *op. cit.*, 1959, n° 317.
[1454] Voy. H. LEWALD, *Rec. cours La Haye*, vol. 69, 1939, p. 94, note I ; G. BALLADORE-PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, *op. cit.*, n° 24, p. 90. Mais comp. F.A. MANN, « The time element in the conflict of laws », *BYIL*, 1954, p. 217, qui exclut cette catégorie de problèmes de son étude.
[1455] F. RIGAUX, *Rec. cours La Haye*, vol. 117, 1966, p. 364.

dans les hypothèses où la modification territoriale se conjugue avec un véritable conflit mobile international[1456].

1004. Dans le conflit d'annexion, la perspective de l'État annexant diffère considérablement de celle de l'État qui subsiste après avoir subi une perte de territoire et la situation internationale nouvelle fait naître d'autres problèmes encore dans le droit international privé des États tiers. Pour l'État annexant, l'annexion engendre un conflit interterritorial aussi longtemps que les sources de droit entrées en vigueur sous la précédente souveraineté conservent force obligatoire[1457], et un conflit transitoire après qu'il y a substitué son propre droit[1458]. Ces conflits ont un caractère interne parce que, en dépit de son origine étrangère, le droit de l'État amputé, demeuré en vigueur sur la nouvelle partie du territoire étatique, est traité par l'État annexant comme une branche de son propre droit[1459]. L'État annexé doit considérer, en revanche, comme « étrangères » les règles juridiques qu'il a lui même introduites, avant l'annexion, dans le territoire annexé par la suite, au moins dans la mesure où elles régissent des faits postérieurs au changement de souveraineté[1460]. Le cas du droit local en Alsace et en Moselle reflète bien cette situation, étant un régime juridique qui conserve, dans les anciens territoires cédés puis repris, les dispositions mises en place par les autorités allemandes lorsqu'elles sont estimées plus favorables aux habitants ainsi que des dispositions préexistantes qui ont été, entre-temps, transformées ou supprimées par la législation française[1461].

[1456] *Idem*, p. 365.

[1457] M. FALLON, F. RIGAUX, *Droit international privé*, 3e éd., Larcier, 2005, p. 223, qui observent qu'aussi longtemps que l'État annexant n'a pas introduit son droit privé dans son nouveau territoire, le changement de souveraineté provoque un conflit interterritorial. Les auteurs donnent, en ce sens l'exemple de la Belgique dont le territoire était régi, jusqu'au 1er janvier 1927, date à laquelle les lois civiles et commerciales en vigueur en cet État, ainsi que les arrêtés et règlements pris en vertu de ces lois, ont été rendus obligatoires dans toute l'étendue des territoires rattachés à la Belgique par les articles 33, 34 et 35 du Traité de Versailles du 28 juin 1919 (Arrêté royal du 28 avril 1926, art. 1er), par deux systèmes de droit privé, les lois allemandes ayant été maintenues en vigueur dans les territoires annexés.

[1458] Après l'unification du droit privé par l'État annexant, il subsiste un conflit transitoire, le territoire annexé ayant été régi, successivement, par deux systèmes juridiques, voy., en ce sens, M. FALLON, F. RIGAUX, *Droit international privé*, 3e éd., Larcier, 2005, p. 223.

[1459] Voy., en ce sens, en Belgique : Cass., 10 mai 1962, *Rinck c. Époux Zander-Rinck, Pas.* (1962), 1,1014.

[1460] Par exemple, après l'indépendance du Congo, à partir du 30 juin 1960, la plupart des dispositions législatives et réglementaires, entrées en vigueur durant la période coloniale, ont continué à régir l'État - désormais souverain - non plus au titre de droit belge colonial, mais comme droit congolais proprement dit, voy., en ce sens, Ph. FRANCESCAKIS, « Problèmes du droit international privé de l'Afrique noire indépendante », *Rec. cours La Haye*, vol. 112, 1964, p. 269-361. Dans cet exemple, la Belgique occupe la position de l'État qui a perdu une partie de son territoire. Voy. Cass., 8 octobre 1964, *De Vos c/ Société congolaise d'alimentation Fridapeky Pas,* 1965, 1, p. 127 ; voy. également M. FALLON, F. RIGAUX, *Droit international privé*, 3e éd., Larcier, 2005, p. 224.

[1461] Il peut ainsi concerner la réglementation professionnelle, les établissements de crédit, l'établissement des jours fériés, la législation en matière de remboursement des dépenses de santé, l'aide sociale aux plus démunis, l'organisation de la justice et des tribunaux, les procédures de faillite civile, le livre foncier, le droit de la chasse et le droit des associations. Il touche également le régime des cultes en dérogeant à la loi de 1905 sur la laïcité et confère aux communes des pouvoirs plus étendus que dans le reste de la France. Il a été créé en 1919 après la fin de la

1005. En règle générale, l'on observe une impuissance de la règle du for à désigner la règle matérielle pertinente en matière de conflits interterritoriaux ou interpersonnels. Quand le système juridique étranger déclaré compétent n'est pas unifié mais reconnu, il est nécessaire de déterminer à quelle partie de cet système sera empruntée la règle matérielle applicable. Si, par exemple, en matière familiale un juge doit appliquer, en vertu de sa propre règle de conflit , la loi nationale d'un citoyen américain, il constate qu'il n'existe pas de « droit américain », au sens d'un droit fédéral en matière d'état et de capacité des personnes. La Constitution américaine a confié, en ce domaine, la compétence législative aux « États fédéraux » et le juge saisi n'atteint pas la source de droit applicable lorsque sa règle de conflit donne compétence au système américain dans son ensemble.

1006. En conclusion, lorsque le facteur de rattachement utilisé est représenté par la nationalité, il semblerait que le conflit interterritorial se répercute avec le plus d'acuité sur le système de droit international privé du tribunal saisi. Lorsque, en revanche, d'autres facteurs de rattachement (la résidence habituelle, la situation d'un bien, le lieu de conclusion d'un contrat) sont employés par la règle de conflit, ceux-ci opèrent immédiatement un rattachement territorial apte à désigner le droit « local » applicable. Le conflit interpersonnel de droit étranger s'impose, quant à lui, au tribunal saisi quel que soit le facteur de rattachement utilisé[1462]. L'on observe, ainsi, que les complications suscitées par les conflits internes, qu'il soient interterritoriaux, interpersonnels ou provoqués par un changement de souveraineté, peuvent perturber l'application de la loi étrangère car le juge du for risque de ne pas toujours atteindre la loi désignée par la règle de conflit. Des solutions se sont donc imposées afin de résoudre ces types de conflit.

Première Guerre mondiale et il concerne les départements français du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, regroupés depuis sous le nom générique d'Alsace-Moselle. Ce droit comporte, par exemple, des lois françaises d'avant 1870 maintenues par l'administration allemande mais abrogées par les autorités françaises avant leur retour en 1918 ; des lois allemandes adoptées par l'Empire allemand entre 1871 et 1918 ; des dispositions propres à l'Alsace-Moselle adoptées par les organes locaux de l'époque ; des lois françaises intervenues après 1918 mais applicables aux trois départements seulement. À la suite de l'Occupation nazie et de l'annexion *de facto* des trois départements, le droit local avait été supprimé. L'ordonnance du 15 septembre 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle l'a rétabli.

[1462] Par exemple, l'application de la loi de la résidence au statut matrimonial d'une personne domiciliée dans un État qui soumet ce statut à diverses règles confessionnelles, requiert logiquement une identification préalable du système confessionnel compétent. Or, le même raisonement est utilisé lors de la mise en œuvre d'une règle de conflit rattachant cette matière à la loi nationale, voy., en ce sens, M. FALLON, F. RIGAUX, *Droit international privé*, 3e éd., Larcier, 2005, p. 224.

§ 2. Les solutions aux conflits internes et l'application de la loi etrangere

1007. Les types de conflits envisagés plus haut suscitent des problèmes quant à application de la loi étrangère car le juge peut très vite se retrouver mis face à des situations tellement compliquées qu'il serait tenté d'envisager l'intervention de la *lex fori*. Une analyse des solutions jurisprudentielles est, dès lors, nécessaire, surtout qu'en pratique il existe une réelle difficulté pour le juge de se retrouver parmi des propositions parfois très confuses et parfaitement contraires. Les solutions apportées par la jurisprudence en matière de conflits interterritoriaux ou interpersonnels prennent en compte le rattachement utilisé par la règle de conflit pour designer la compétence de la loi étrangère et l'existence éventuelle des règles de conflit régissant les conflits internes. Malgré leurs différences, ces solutions complètent le tableau général des possibilités qui s'offrent au juge lors d'un différend avec un élément d'extranéité, convergeant vers une existence en tandem (A). Les solutions en matière de conflits suscités par un changement de souveraineté imposent les discussions sur les questions de la reconnaissance et de la jurisprudence non uniforme (B).

A. Des solutions en tandem

1008. Les conflits interterritoriaux ou interpersonnels présentent des solutions qui se différencient en fonction du type de rattachement utilisé par la règle de conflit du for pour designer la compétence de la loi étrangère et de l'existence ou non de règles régissant les conflits internes.

1009. En fonction de la situation existante dans le système juridique étranger l'on peut ainsi avoir deux prémisses dont la jurisprudence a tenu compte lors de l'adoption des solutions en la matière. Une première situation prise en compte est celle dans laquelle la règle de conflit a désigné, en vertu d'un critère territorial, le droit d'un État comprenant plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles de droit matériel. Ensuite, l'on a également pris en compte la situation du système de droit étranger désigné en vertu du critère de la nationalité ou suscitant un conflit interpersonnel et contenant des différentes règles internes dans les diverses parties de l'État étranger. Nous allons, donc, procéder, dans un premier temps, à l'analyse de la solution impliquant la désignation immédiate du droit matériel étranger (1) pour passer, dans un second temps, à celle de l'utilisation d'une règle spécialement prévue pour résoudre le conflit interne (2).

1. DESIGNATION IMMEDIATE DU DROIT MATERIEL ETRANGER

1010. Plutôt que de soulever le conflit interterritorial de droit étranger, il est possible d'appliquer directement la loi étrangère matérielle de l'unité territoriale où se concrétise le facteur de rattachement de la règle de conflit qui avait désigné le droit d'un État comprenant plusieurs unités territoriales, dont chacune a ses propres règles de droit matériel[1463]. Dans ce sens, plusieurs textes supranationaux désignent directement, et de façon générale, le droit local applicable, en assimilant à « un État » ou à « un pays » les unités territoriales qui composent l'État plurilégislatif. Il n'est, donc, pas tenu compte des règles posées par ledit État pour régler les conflits internes qui s'élèvent en son sein[1464]. Il s'agit d'une solution qui se retrouve assez souvent prévue dans plusieurs conventions et codes de droit international privé comme, par exemple, l'article 12 de la Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière[1465], l'alinéa 2 de l'article 1er de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, l'article 12 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits, l'article 17 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, l'article 17 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages, l'article 23 de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, l'article 47 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des mineurs, l'article 17, § 1er du Code de droit international privé belge[1466].

1011. En droit de l'Union européenne, l'article 19 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles reprenait la même solution en utilisant une formulation qui assimilait « chaque unité territoriale » à « un pays ». Le règlement Rome I[1467] à repris la formulation dans son article 22 qui prévoit, dans son alinéa 1er, que dans le cas des

---

[1463] Voy., en ce sens, M. FALLON, F. RIGAUX, *Droit international privé*, 3e éd., Larcier, 2005, p. 224.

[1464] V. PARISOT, « Conflits internes de lois », *Rép. intern. D.* 2015, nº 86 parle, ainsi, de « méthode de désignation directe » ou de « clause générale de localisation ».

[1465] C'est ainsi que la responsabilité découlant de l'accident s'étant produit en 1988, sur la route de Zagreb à Belgrade, est régie par la loi croate du lieu de l'accident et non par la loi fédérale yougoslave, dès lors du moins qu'il peut être démontré que la loi croate dispose, en la matière, de son propre système de droit (Civ. 1re, 5 déc. 1995, no 93-17.410, *Bull. civ.* I, no 447 ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996, p. 100, note FAUVARQUE-COSSON) ; voy., en ce sens, V. PARISOT, « Conflits internes de lois », *Rép. intern. D.* 2015, nº 86.

[1466] Qui assimile au « droit d'un État chacun des « systèmes de droit » que comprend l'État dont le droit est désigné, voy., en ce sens, M. FALLON, F. RIGAUX, *Droit international privé*, 3e éd., Larcier, 2005, p. 224.

[1467] Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles, préc.

systèmes non unifiés, « lorsqu'un État comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière d'obligations contractuelles, chaque unité territoriale est considérée comme un pays aux fins de la détermination de la loi applicable selon le présent règlement. » L'alinéa second du même article prévoit, à son tour, le cas de la non application du règlement lorsque le conflit de lois reste purement interne : « Un État membre dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière d'obligations contractuelles ne sera pas tenu d'appliquer le présent règlement aux conflits de lois concernant uniquement ces unités territoriales. »

1012. La même solution se retrouve dans l'article 25, alinéas 1 et 2, du règlement Rome II[1468], les textes étant similaires comme formulation et la référence aux obligations contractuelles ou non contractuelles représentant la seule différence. Le règlement Rome III[1469] prévoit également cette solution dans son article 14 qui affirme que « lorsqu'un État comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a son propre système de droit ou son propre ensemble de règles ayant trait aux questions régies par le présent règlement :

- toute référence è la loi de cet État est interprétée, aux fins de la détermination de la loi applicable selon le présent règlement, comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée;
- toute référence à la résidence habituelle dans cet État est interprétée comme visant la résidence habituelle dans une unité territoriale; »

1013. Il existe, cependant, des situations dans lesquelles cette solution ne peut pas être employée de sorte que le recours à des alternatives doit être envisagé.

2. UTILISATION D'UNE REGLE SPECIALEMENT PREVUE POUR RESOUDRE LE CONFLIT INTERNE

1014. Il peut arriver que le facteur de rattachement de la règle de conflit soit impuissant à localiser la situation à l'intérieur d'un système juridique étranger si celui-ci a été désigné en vertu du critère de la nationalité ou s'il suscite un conflit interpersonnel[1470]. C'est un problème délicat parce qu'il n'y a pas, dans le système juridique étranger, de réglementation uniforme pour la solution des conflits internes car les règles qui régissent ces conflits internes sont elles-mêmes différentes dans les diverses parties de l'État étranger. C'est l'exemple de la Pologne avant

[1468] Règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, préc.
[1469] Règlement Rome III mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, préc.
[1470] M. FALLON, F. RIGAUX, *Droit international privé*, 3e éd., Larcier, 2005, p. 224.

l'unification des règles concernant la résolution des conflits internes par une loi de 1928, ou des États-Unis, puisque la règlementation des conflits internes relève, en principe, de la compétence des États membres où les règles de conflit peuvent être différentes.

1015. Si les règles concernant la résolution de conflits internes sont, donc, les mêmes dans toutes les parties de l'État, le problème n'existe pas ; si, en revanche, les règles concernant la résolution des conflits internes sont différentes dans les différentes parties de l'État, deux méthodes s'offrent au juge du for pour déterminer lui-même la solution la plus convenable : soit de respecter la solution donnée par le législateur du for au cas où une telle solution existe, soit de faire application du droit du for déterminant seulement les principes au moyen desquels il fera son choix entre les différentes règles prévues pour résoudre le conflit, en vigueur dans l'État étranger. Dans le cas où le système étranger non unifié n'a pas prévu de solution suffisamment explicite pour resoudre le conflit interterritorial ou interpersonnel, il a été proposé d'appliquer la partie de ce droit avec laquelle la situation a les liens les plus étroits[1471]. Cette double solution a été prévue, par exemple, dans l'avant-dernier alinéa de l'article 1er de la Convention du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires aussi que dans l'article 11 de la Convention du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption[1472].

1016. D'autres conventions ont modifié la terminologie sans toucher à la solution, comme c'est le cas de l'article 16 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires qui vise aussi le conflit interpersonnel de droit étranger. En même temps, on trouve une dérogation à la première solution dans la Convention de La Haye du 1er août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort dans son article 19, paragraphe 3, b) : la référence à la loi de l'État de la nationalité vise la loi de l'unité de cet État dans laquelle le défunt avait sa résidence habituelle. Ainsi, au lieu de retenir la règle de conflit interne du système pluri-

[1471] À la différence de la précédente, cette règle-ci fait partie intégrante de l'ordre juridique du for, voy. notamment P. ARMINJON, « Les systèmes juridiques complexes et les conflits de lois et de juridictions auxquels ils donnent lieu », *Rec. cours La Haye*, vol. 74, 1949, p. 73 ; R. DE NOVA, « Les systèmes juridiques complexes en droit international privé », *Rev. crit. dr. internat. privé,* 1955, p. 1-16 ; F. RIGAUX, *La théorie des qualifications en droit international privé*, *op. cit.*, nos 220-223.

[1472] La première convention prévoit, ainsi, que « si la loi nationale consiste en un système non unifié, la loi applicable est déterminée par les règles en vigueur dans ce système ». A défaut de telles règles, il faut, aux termes de la première de ces deux conventions, déterminer la loi applicable « par le lien le plus effectif qu'avait le testateur avec l'une des législations composant ce système » ; suivant la deuxième convention, il faut rechercher « la loi ou (les) autorités du système avec lequel l'intéressé a les liens les plus étroits ».

législatif compétent, la solution consiste à appliquer une règle subsidiaire, qui utilise un facteur territorial de manière à se retrouver dans la première hypothèse[1473].

1017. La référence au système avec lequel la situation a les liens les plus étroits a disparu de certaines conventions[1474], puis a été réintroduite dans des conventions plus récentes[1475].

1018. Les codifications nationales présentent également des solutions variées. L'article 2.560 du Nouveau Code civil roumain prévoit ainsi que « si la loi étrangère désignée est celle d'un État dans lequel plusieurs systèmes législatifs coexistent, le droit de cet État détermine les dispositions légales applicables ; à défaut, s'applique le système législatif au sein de cet État qui présente les liens les plus étroits avec le rapport juridique. » La même solution se retrouve dans les législations de l'Autriche (le paragraphe 5, (3) LDIP), de l'Allemagne (l'article 4, alinéa 3, EGBGB) et de l'Italie (l'article 18 LDIP), qui prévoient, en règle générale, qu'en cas de lacune du système étranger il faut appliquer « l'ordre juridique partiel avec lequel existe le rapport le plus fort » (ou le plus étroit)[1476]. Le Code de droit international privé belge désigne également les règles de conflit interne de lois du droit étranger et, à défaut de telles règles, par la référence au système avec lequel la situation a les liens les plus étroits (art. 17, § 2).

1019. Dans le droit de l'Union européenne, le règlement Rome III[1477] adopte une solution légèrement différente dans son article 14. c) dans le sens où il prévoit que « toute référence à la nationalité vise l'unité territoriale désignée par la loi de cet État ou, en l'absence de règles applicables, l'unité territoriale choisie par les parties, ou en l'absence de choix, l'unité territoriale avec laquelle l'époux ou les époux présente(nt) les liens les plus étroits. » La nouveauté est ainsi représentée par l'introduction de l'alternative offerte par le principe de l'autonomie de la volonté. L'on observe également que, s'agissant d'un rattachement alternatif, la solution de l'autonomie de la volonté a priorité face aux rattachement du lien le plus étroit pour des raisons évidentes liées à l'économie de la justice. De plus, le règlement Rome III prévoit un article spécifique pour le cas des conflits interpersonnels, à savoir, l'article 15. Celui-ci a le texte suivant: « Pour un État qui a deux ou plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles applicables à différentes catégories de

---

[1473] M. FALLON, F. RIGAUX, *Droit international privé*, 3e éd., Larcier, 2005, p. 225.

[1474] Dans le sens d'une suppression, voy. les articles 16 à 19 de la Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux et les articles 17 à 20 de la Convention du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages.

[1475] Dans le sens d'une réinsertion, voy. l'article 19 de la Convention de La Haye du 1er août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort, ou l'article 47 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 en matière d'autorité parentale et de mesures de protection des enfants.

[1476] M. FALLON, F. RIGAUX, *Droit international privé*, 3e éd., Larcier, 2005, p. 225.

[1477] Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

personnes et ayant trait aux questions régies par le présent règlement, toute référence à la loi d'un tel État est interprétée comme visant le système de droit déterminé par les règles en vigueur dans cet État. En l'absence de telles règles, le système de droit ou l'ensemble de règles avec lequel l'époux ou les époux présente(nt) les liens les plus étroits s'applique. » La solution est donc ressemblante seulement en deux points à celle concernant les conflits interterritoriaux, le rattachement fondé sur l'autonomie de la volonté étant exclu dans ce cas. Le texte du règlement Rome III semble, donc, répondre, en matière de conflits interterritoriaux et interpersonnels, aux besoins de précision dont souffraient les textes plus anciens. C'est une évolution qui malheureusement, ne se retrouve pas en matière de conflits suscités par un changement de souveraineté.

B. LES SOLUTIONS EN MATIERE DE CONFLITS SUSCITES PAR UN CHANGEMENT DE SOUVERAINETE

1020. Lorsque la règle de conflit désigne la compétence d'un ordre juridique étranger, elle vise seulement les règles qui relèvent de la notion de « loi », le problème étant celui de définir quelles règles méritent à cet égard d'être appelées « loi ». En effet, pour appartenir à cette catégorie, les règles doivent normalement être confirmées par un appareil organisé ayant un contrôle relativement stable et efficace du territoire étranger en question, chose qui peut se révéler compliquée lorsque l'on se pose la question de la légitimité du gouvernement au pouvoir dans cet ordre juridique étranger[1478]. Le sens du terme « loi » d'un État étranger doit donc être déterminé lorsqu'il existe sur son territoire deux législations en vigueur: l'une émanant d'un législateur légitime, reconnu par l'État du for, bien que n'exerçant aucun pouvoir effectif sur le terrain ; l'autre émanant d'un gouvernement étranger non reconnu par l'État du for mais qui est effectivement en vigueur sur le territoire de l'État étranger en question. Il est donc nécessaire d'analyser les diverses propositions de résolution de ce type de conflit, à savoir, les solutions liées à la théorie de la reconnaissance (1) et celles jurisprudentielles manquant d'uniformité (2)

1. DES SOLUTIONS LIEES A LA THEORIE DE LA RECONNAISSANCE

1021. Le juge du for peut difficilement obtenir une image claire de la situation dans un État étranger lointain, lorsqu'une guerre civile ou une guerre avec un autre État rend, par exemple,

[1478] La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers peut poser un problème similaire car il peut parfois être contestée si la décision étrangère a été rendue par un tribunal créé ou du moins accepté comme tel par une entité qui peut être considéré comme un État.

incertaine l'identification du véritable et légitime gouvernement[1479] ; lorsqu'une partie d'un État tombe sous le pouvoir d'un gouvernement rebelle et on ne peut pas ignorer que la population (même loyale) de la partie de l'État sous le pouvoir rebelle est forcée à respecter à respecter les ordres du régime rebelle[1480] ; ou même lorsque la loi compétente indiquée par la règle de conflit a été introduite et mise en vigueur, sur le territoire d'un État annexé, par le législateur de l'État annexant[1481]. Dans de telles situations, le juge du for ne peut ni refuser de juger le différend ni suspendre la procédure jusqu'à ce que la situation dans le pays étranger devienne suffisamment claire, ni voir la situation comme entraînant un vide juridique. Le juge pourrait se fonder dans ce cas sur les informations fournies par le Ministère des Affaires étrangères de l'État du for ou un autre organisme similaire, s'exposant cependant au danger de suivre aveuglément la politique officielle du gouvernement de son État exprimée par la reconnaissance ou non de l'État ou du gouvernement étranger en question au lieu de se former sa propre opinion.

1022. Certains États adhèrent ouvertement à la « doctrine de la reconnaissance » qui impose au juge du for d'être lié par la position officielle de son gouvernement envers l'entité étrangère dont les lois ou les décisions judiciaires doivent être appliquées ou reconnues. Une application de cette doctrine se retrouve dans l'exemple du Royaume-Uni où elle a joué un rôle important dans l'affaire *Carl Zeiss Stiftung c/ Rayner et Keeler Ltd.* de 1967[1482]. Dans cette affaire, la Chambre des Lords a jugé que, bien que la République démocratique allemande n'ait pas été reconnue par le gouvernement de Sa Majesté, ses actes pourraient et devraient être reconnus par les tribunaux anglais en tant que des actes accomplis par un organe subsidiaire du vrai État souverain - l'Union soviétique reconnue - mis en place pour agir en son nom. Ces constructions artificielles respectant formellement la doctrine de reconnaissance ne sont plus nécessaires de nos jours car le gouvernement britannique, au lieu de délivrer des certificats indiquant si un régime étranger est

[1479] Ainsi, ce problème a été posé dans nombre d'États, après la première guerre mondiale au sujet de l'application des lois soviétiques et des lois tsaristes.

[1480] L'exemple de la situation en Libye en 2011.

[1481] La tentative d'annexion du territoire koweitien par les autorités irakiennes.

[1482] High court de la Chambre des Lords, 17 déc. 1967, *Carl Zeiss Stiftung c/ Rayner et Keeler Ltd.* (n° 2) 1967, 1 AC 853 ; jusqu'en 1980, les tribunaux britanniques ne reconnaissaient pas officiellement un droit ou un acte d'un gouvernement étranger que si celui-ci ou un organe subsidiaire créé par un tel gouvernement étranger pour agir en son nom avaient été reconnus par le gouvernement du Royaume Uni. Dans l'affaire *Carl Zeiss Stiftung c/ Rayner et Keeler Ltd.* une personne morale constituée en vertu des lois de l'Allemagne de l'Est (La République démocratique allemande) avait intenté une action devant les tribunaux anglais pour empêcher l'utilisation, par les défendeurs, de la marque « Carl Zeiss ». Les défendeurs ont demandé que l'action soit rejetée en se basant sur l'argument que les représentants du demandeur, même s'ils avaient le droit de représenter sous le droit allemand, ne pouvaient pas être considérés comme des représentants légitimes en Angleterre, vu qu'on les avait mis en place par un décret du gouvernement de la République démocratique allemande, république qui n'était pas encore été reconnue à l'époque. Les défendeurs ont fait valoir que les tribunaux anglais devraient ignorer les décrets de cette entité non reconnue et considérer comme nul leur statut en vertu de la loi anglaise.

reconnu ou pas, se limite à aider le juges en fournissant des informations sur la situation dans le pays en question[1483].

1023. Bien que n'étant jamais devenue populaire sur le continent européen, la doctrine de la reconnaissance a laissé certaines traces qui peuvent parfois être trouvées dans la pratique judiciaire plus ancienne[1484]. La politique de l'État du for d'accorder ou de refuser *de jure ou de facto* la reconnaissance des États ou des régimes étrangers peut, le plus souvent, être supposée correspondre à une évaluation réaliste de la situation dans le pays étranger, mais ce n'est pas toujours le cas. En raison de diverses raisons politiques plus ou moins légitimes, l'État du for peut choisir de reconnaître les entités politiques ou les gouvernements qui sont de simples fictions ou, inversement, décider de ne pas reconnaître les entités politiques ou des gouvernements, en dépit de leur existence factuelle incontestée. Par exemple, certains États ont continué à reconnaitre officiellement les républiques baltes d'Estonie, de Lettonie et la Lituanie en tant qu'États souverains indépendants même pendant plus de quatre décennies d'annexion soviétique, bien que leurs gouvernements en exil n'aient plus eu le contrôle de ce qui se passait dans leurs territoires respectifs.

1024. La politique de reconnaissance de l'État du for ne devrait donc pas être décisive pour l'application de la loi étrangère ou la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers dans les litiges civils. C'est, au contraire, le contrôle du gouvernement étranger, effectif et stable du territoire étranger et de la population, qui devrait être le seul élément décisif[1485]. L'application des lois adoptées par une entité étrangère ou la reconnaissance ou l'exécution des décisions prises par elle, n'ont jamais été considérées comme impliquant une quelconque reconnaissance au sens du droit international public. Par conséquent, un tribunal appliquant la loi d'un État ou d'un gouvernement non reconnu, ou qui reconnaît ou exécute une décision émanant d'une telle entité, n'entrerait guère en contradiction avec la politique de reconnaissance du gouvernement de son pays. Plus important encore, l'application de la loi étrangère n'est pas un service rendu à l'État étranger, car le droit international privé se préoccupe de la vie quotidienne des personnes physiques et morales impliquant des questions de droit de la famille, des succession, des contrats,

---

[1483] DICEY, MORRIS, COLLINS, *The Conflict of Laws*, p. 997-998.

[1484] CA Svea (Suède), *in Nytt Juridiskt Arkiv*, 1929, p. 471.

[1485] B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 245-246 ; E. JAYME, *Rec. cours La Haye*, vol. 251, 1995, p. 623 ; G. KEGEL and K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, p. 21 ; K. LIPSTEIN, *Rec. cours La Haye*, vol. 135, 1972, p. 187-188 ; G. PARRA-ARANGURREN, *Rec. cours La Haye*, vol. 210, 1988, p. 71-72 ; J. VERHOEVEN, « Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un État, d'un gouvernement ou d'une situation », *Rec. cours La Haye*, vol. 192, 1985, p. 180.

délits, propriété, etc. Ainsi, la reconnaissance des mariages célébrés en République populaire démocratique de Corée par des fonctionnaires coréens conformément à la loi coréenne ne devrait pas dépendre de la « sympathie » que l'État du for à pour le régime en place, mais plutôt du contrôle des autorités coréennes, stable et efficace, du territoire et de ses habitants. De même, il n'y a aucune raison de refuser d'appliquer la loi coréenne en matière de contrats, entreprises ou d'autres matières de droit privé, à condition que celle-ci soit applicable en vertu des règles de conflit de l'État du for.

2. Des solutions jurisprudentielles manquant d'uniformite

1025. Les solutions envisagées par la jurisprudence ne sont pas uniformes en la matière. Une première solution envisagée consiste, ainsi, dans l'application de la loi étrangère effectivement en vigueur, mais émanant d'un législateur illégitime. Mais cela peut paraître choquant, surtout dans les États dont les tribunaux ont le droit et le devoir de refuser l'application d'une règle de droit émanant de leurs propres autorités lorsque celles-ci n'avaient pas le pouvoir d'édicter une pareille règle.

1026. Une autre solution réside dans l'application de la loi émanant du législateur légitime. En effet, cette loi a perdu sa souveraineté sur son territoire et son application pourrait paraitre injuste pour le citoyen qui ne peut pas échapper à l'autorité des lois édictées par le législateur considéré illégitime par l'État du for.

1027. Une troisième solution, qui nous semble la plus pragmatique et à laquelle nous adhérons, existe dans la jurisprudence américaine et s'est imposée par rapport à l'application des lois des États du sud pendant la guerre civile de 1865. Cette solution pourra être appliquée avec succès à nos problèmes déjà énumérés : lorsque les raisons humanitaires exigent que l'on tienne compte du fait que les habitants d'un territoire ne pouvaient se soustraire au respect des lois émanant d'un législateur illégitime, il faut appliquer ces lois à la place de celles provenant du législateur légitime. C'est un principe qui a été également appliqué dans la jurisprudence belge après 1945 en ce qui concerne les parties de la Belgique qui avaient été annexées par l'Allemagne et dans lesquelles la législation allemande avait été introduite ; il est aussi à la base des quelques dispositions législatives françaises et belges qui ont réglé, après la fin de l'occupation allemande, les effets de l'introduction des lois allemandes (considérées comme contraires au droit des gens, mais dont on ne pouvait pas ignorer la force effective pendant les années d'Occupation).

CONCLUSION DE SECTION

1028. La multitude des lois susceptibles de s'appliquer du fait des complications issus des conflits interterritoriaux, interpersonnels ou suscités par un changement de souveraineté, represente un obstacle à l'application de la loi étrangère désignée comme compétente par la règle de conflit du juge saisi. Cela s'explique par des solutions souvent confuses qui n'incitent pas le juge du for à suivre le processus d'application jusqu'à la fin. Cependant, le droit de l'Union européenne semble ouvrir, dans le Règlement Rome III[1486], une nouvelle voie vers une clarification et une adaptation des solutions concernant les conflits interterritoriaux ou interpersonnels. Le règlement consacre, ainsi, des réponses nuancées en prévoyant, par exemple, que les règles applicables aux conflits internes de l'État en question ne sont pas consultées lorsque le règlement utilise le critère de la résidence habituelle. En présence d'époux français ayant leur résidence habituelle en Californie et n'ayant pas choisi la loi applicable à leur divorce, l'article 8 a) désigne, donc, directement le droit californien.

1029. Plus délicate est l'hypothèse dans laquelle le règlement retient le critère de la nationalité. Donner compétence à la loi nationale américaine commune[1487] conduit, en effet, à une impasse si les époux sont ressortissants d'un État qui comporte plusieurs unités territoriales dans lesquelles le droit du divorce est différent. Pour en sortir, le règlement prescrit de rechercher « l'unité territoriale désignée par la loi de cet État ». Parce que la loi de cet État ne permettra que rarement de régler la difficulté, l'article 14 prévoit des solutions subsidiaires et hiérarchisées : choix de l'unité territoriale par les parties ou, à défaut, recherche de l'unité territoriale avec laquelle l'époux ou les époux présente(nt) les liens les plus étroits.

1030. Lorsque le juge français se trouve en présence d'un conflit interpersonnel, l'État dont la loi est désignée connaissant des droits du divorce distincts, applicables à différentes catégories de personnes en fonction de leur appartenance religieuse (conflits interconfessionnels) ou ethnique, il faut se référer aux solutions en vigueur dans l'État concerné. S'il n'en existe pas, le juge devra rechercher au sein des différents statuts coexistants celui avec lequel l'époux ou les époux présente(nt) les liens les plus étroits. Au vu des propositions du règlement et des solutions adoptées en droit international privé pour résoudre ce type de conflits, des solutions simplifiées seront nécessaires, *de lege ferenda,* pouvant même aller jusqu'à la conclusion des conventions internationales offrant des règles de conflit de lois uniformisées.

[1486] Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *JO L* 343 du 29.12.2010, p. 10-16.
[1487] L'art. 8 c du règlement.

1031. Le caractère composite du système juridique peut donc influencer l'application de la loi étrangère d'une façon négative, lorsque les solutions prévues dans le droit international privé sont floues où mal adaptées, mais aussi d'une façon positive, car une multiplicité de lois applicables pourrait représenter de plus grandes chances que justice soit rendue en application d'une loi ayant des liens plus forts avec le cas d'espèce que la *lex fori*, souvent préférée par le juge du for dans ces cas. Le caractère composite du système juridique étranger n'est cependant pas le seul à provoquer une multiplicité de lois susceptibles à s'appliquer pour résoudre un problème juridique de droit international privé. L'influence des facteurs espace et temps sur un rapport de droit international privé peut avoir le même résultat.

SECTION 2

MULTIPLICITE PROCEDANT DE L'INFLUENCE DES FACTEURS ESPACE ET TEMPS SUR LE CONFLIT DE LOIS

1032. « La relativité a éliminé l'illusion Newtonienne d'un espace et d'un temps absolus; la théorie quantique a supprimé le rêve d'un processus de mesure contrôlable. Le chaos élimine l'utopie Laplacienne d'une prédicabilité déterministe »[1488]. Le temps et l'espace sont deux vecteurs fondamentaux dans la représentation humaine du monde, deux vecteurs qui gardent même de nos jours une part de mystère. Leur influence est quasi-présente dans tous les domaines de l'activité humaine, le droit ne faisant guère exception. Le droit international privé est, ainsi, confronté à des problèmes lorsqu'il tente d'apporter des solutions à des situations juridiques influencées par ces deux vecteurs. En effet, les situations juridiques se développent, en général, dans le temps; de ce fait, il existe toujours une possibilité réelle de changement de législation, ce qui a une incidence sur la loi applicable - *lex fori* ou loi étrangère - à la question litigieuse.

1033. Le changement de législation dans un même ordre juridique, donne lieu au problème du conflit de lois dans le temps. S'agissant des règles de droit issues, en général, d'un pouvoir législatif exercé dans les limites d'un certain territoire, le facteur spatial n'y joue, en principe, aucun rôle[1489]. Cependant, les deux problèmes peuvent se combiner lorsque le facteur temps interfère dans le conflit de lois dans l'espace, posant la question du conflit transitoire[1490]. Il est facilement imaginable à quel point cela peut compliquer l'application d'une loi étrangère rendue compétente par la règle de conflit du for[1491].

1034. Ainsi, dans les conflits de droit transitoire, le changement de législation peut être envisagé à deux niveaux : celui de la règle de conflit et celui de la règle matérielle. Ce changement se produit dans le cadre de la législation d'un même système juridique entre le moment de la naissance d'un rapport juridique et celui de son appréciation en justice.

1035. L'application de la loi étrangère peut également être perturbée par un conflit de lois dans le temps, provoqué par la modification du facteur de rattachement indiqué par la règle de conflit.

[1488] J. GLEICK, *La Théorie du Chaos*, rééd. Flammarion, 2008, p. 37.

[1489] Des parallèles ont été établis, notamment par SAVIGNY, entre le conflit dans le temps et le conflit dans l'espace. Dans les deux cas, il existe des normes en vigueur dans l'ordre juridique du for (loi nouvelle, loi interne), et d'autres qui ne le sont pas (loi ancienne, lois étrangères) ; dans les deux cas, on admet la possibilité d'écarter la norme en vigueur au profit d'une autre; dans les deux cas, il existe un système de règles qui permet le choix (art 2 C. civ., art. 3 C. civ.).

[1490] La différence fondamentale reste que dans le conflit de lois dans le temps les deux règles émanent du même législateur, tandis que le conflit de lois dans l'espace met en présence des règles édictées par des législateurs différents.

[1491] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 308.

A côté du facteur temps, les différences entre des systèmes juridiques concernant le choix de l'élément de rattachement (la nationalité, le domicile, le lieu de situation des meubles) qui sera pris en compte lors de la résolution d'un problème de droit international privé, peuvent également influencer le conflit de lois. Le conflit mobile oppose ainsi les lois des deux systèmes juridiques distincts dont l'une n'a pas été abrogée par l'autre mais qui sont simultanément en vigueur, chacune d'entre elles l'étant sur le territoire de l'État dont elle émane. Cette situation peut conduire le juge du for à hésiter entre la compétence de la loi telle qu'elle résulte de l'élément localisateur avant sa modification et la compétence de la loi telle qu'elle résulte de l'élément localisateur après sa modification. Le conflit mobile se différencie donc du conflit dans le temps du droit interne, dont se rapproche en revanche le conflit de lois transitoire. Dans ce cas, c'est le rapport lui-même qui s'est déplacé, à travers la volonté des parties, de sorte que sa localisation actuelle n'est plus identique à sa localisation initiale. Il y a donc une différence évidente entre les deux types de conflits. Pourtant, ils demeurent voisins : d'une part, le problème posé est chaque fois le même - c'est-à-dire organiser les relations dans le temps de deux lois; d'autre part, l'éventail des solutions concevables est identique : rétroactivité de la loi « nouvelle », application immédiate de cette loi, ou survie de la loi « ancienne ».

1036. Ces conflits affectent bien évidemment l'application de la loi étrangère désignée comme compétente par la règle de conflit du for. Comment coordonner alors les relations dans le temps de lois susceptibles d'être appliquées au rapport juridique de droit international privé et de quelle façon cela pourrait-il influencer l'application de la loi étrangère? Pour répondre à cette question nous allons traiter, dans un premier temps, les conséquences sur l'application de la loi étrangère d'un conflit de droit transitoire (§1), pour analyser, dans un second temps, les conséquences sur l'application de la loi étrangère d'un conflit mobile (§2).

§ 1. Les consequences du conflit de droit transitoire sur l'application de la loi etrangere

1037. L'application de la loi étrangère peut être mise en difficulté lorsque le rapport juridique de droit international privé est affecté d'un changement de législation entre le moment de sa naissance et son appréciation en justice, situation qui donne naissance, en droit international privé, à un conflit de droit transitoire.

1038. Le changement de législation peut être provoqué par un changement de la règle de conflit ou de la règle matérielle. S'il s'agit de la modification de la règle de conflit, le conflit est parfois

qualifié de « conflit transitoire international » pour souligner que le conflit dans le temps affecte la règle de conflit. S'il s'agit d'un changement de la règle matérielle, le conflit est appelé « conflit international transitoire », car l'incidence du facteur temporel se manifeste ici une fois résolu le conflit dans l'espace[1492]. Par changement de la règle de conflit, l'on comprend autant le changement de la règle de conflit du for que le changement de la règle de conflit étrangère. Cependant, le changement de la règle de conflit du for ne relève pas de l'application de la loi étrangère. La mise en œuvre de la règle de conflit du for et la désignation implicite de la loi étrangère intéresse certes notre sujet car elle représente, à côté de la qualification et de l'application de la loi étrangère, une étape dans la mécanique de l'intégration d'une norme étrangère dans le système juridique du for. Le changement de cette règle de conflit relève davantage des aspects de droit interne que du droit international privé. En effet, la seule conséquence qu'un changement de la règle de conflit du for pourrait avoir sur l'application de la loi étrangère serait le remplacement de cette loi par une autre. Or, nous ne nous intéressons pas à la façon dont le législateur décide quelle sera la loi compétente dans un certain cas, mais comment la volonté du législateur est mise en place une fois que son choix est fait à travers la règle de conflit. Notre sujet a donc besoin d'une règle de conflit qui désigne une loi étrangère, condition *sine qua non* de notre raisonnement. Si la règle de conflit désignant une loi compétente n'existe plus, le juge ne peut plus mettre en place le raisonnement juridique de l'application éventuelle d'une loi étrangère.

1039. S'agissant de la règle de conflit étrangère, en revanche, du fait de la désignation prolongée, dont nous parlions au niveau du procédé du renvoi ou des questions préalables, qui implique une ultra-activité de la règle de conflit du for à travers la règle de conflit étrangère afin de trouver une loi compétente pour régir le rapport juridique de droit international privé, nous devons prendre en compte le changement de type de règle.

1040. Enfin, le changement de la loi matérielle étrangère pose un problème spécifique d'application de la loi étrangère. Nous allons donc observer les règles qui régissent le changement de la règle de conflit étrangère (A) pour analyser ensuite le changement de la loi étrangère dans le cadre d'un conflit transitoire (B).

[1492] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 308.

A. CHANGEMENT DE LA REGLE DE CONFLIT ETRANGERE

1041. Ce changement a des implications dans les systèmes qui admettent le renvoi[1493], puisque c'est lors de l'application de ce mécanisme que l'on envisage l'application de la règle de conflit étrangère. L'ordre juridique étranger désigné par la règle de conflit du for contient en effet lui-même des règles de conflit dans l'espace qui peuvent avoir subi des modifications. Cette situation entraine la nécessité pour le juge du for de régler le conflit de droit transitoire s'élevant entre les deux règles de conflits étrangères qui se sont succédées, l'application de la règle nouvelle ou de la règle ancienne étant susceptible de conduire à un renvoi. Quelles sont les solutions dans de tels cas?

1042. Lorsque le renvoi est envisagé comme un simple moyen de parvenir à un résultat déterminé, par exemple garantir la validité d'un acte juridique ou favoriser l'établissement d'une filiation, le recours au droit transitoire étranger ne s'impose pas, des aménagements ou corrections pouvant lui être apportés. Cette voie conduirait à faire prévaloir, indépendamment de la solution retenue par ce droit, celle des deux règles de conflit étrangères, qui, dans la situation litigieuse, assure la réalisation des objectifs poursuivis par la règle de conflit du for. Lorsque, au contraire, le renvoi est vu comme un mécanisme de coordination ou d'uniformisation des systèmes, la solution de ce conflit devrait être recherchée dans les règles du droit transitoire étranger relatives aux conflits de lois dans l'espace[1494]. Cette conséquence du renvoi-coordination est en harmonie avec celle qui a consisté à interpréter la règle de conflit étrangère selon les concepts étrangers[1495]. Si, par exemple, la règle de conflit française désigne la loi italienne, et que deux règles de conflit italiennes se sont succédé, dont l'une conduirait au renvoi, le juge français doit demander au droit transitoire italien des règles de conflit la détermination de celle qu'il prendra en considération.

1043. Le changement de la règle de conflit n'est pas le seul à provoquer un conflit transitoire. La loi étrangère pourrait également être modifiée, situation qui risque de provoquer des bouleversements lors de l'application de la loi étrangère.

B. CHANGEMENT DE LA LOI ETRANGERE MATERIELLE

1044. Le changement de la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for peut provoquer un conflit international transitoire qui se traduit par la succession, dans un ordre juridique

[1493] Cass., civ. 11 juin 1996, *D.* 1997, p. 3, note F. MONEGER, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1997, p. 291, note Y. LEQUETTE.
[1494] Dans ce sens, voy. P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2014, n° 248.
[1495] Voy. *supra*. n°s 745-756.

étranger désigné par cette règle de conflit, de deux règles substantielles relatives à la question litigieuse. Par exemple, l'on peut retrouver cette situation lorsqu'un changement de la loi espagnole en matière de filiation intervient entre la naissance d'un enfant et l'action introduite relative à sa filiation, en supposant que le droit international privé du for désigne pour l'établissement de celle-ci la loi espagnole.

1045. Quelle est la loi étrangère applicable dans le cas d'un tel changement ? Devons nous appliquer la loi étrangère ancienne ou celle nouvelle ? Les réponses à cette question sont diamétralement opposées mais la doctrine propose une solution qui prend en compte les avantages des deux. Ainsi, pour résoudre ce conflit de lois dans le temps, deux raisonnements sont concevables selon qu'on s'attache à l'origine étrangère de la norme applicable (1) ou à la particularité internationale des situations auxquelles elle s'applique (2).

1. La solution tiree de la prise en compte de l'origine etrangere de la loi applicable

1046. Lorsque l'origine étrangère de la norme applicable est prise en compte, si une loi interne étrangère est déclarée applicable par la règle de conflit du for, le conflit dans le temps auquel elle peut éventuellement donner lieu, doit être résolu par référence au droit transitoire interne de l'État étranger[1496]. En effet, le droit transitoire étranger a pour objet de préciser sur le plan temporel le champ d'application respectif de la règle ancienne et de la règle nouvelle ; or, l'application correcte de la loi étrangère implique le respect de toutes les dimensions - quant aux personnes, quant aux situations, dans l'espace, et aussi bien dans le temps - que lui a données son auteur. La solution découle de la fonction de la règle de conflit, qui est de désigner non pas une règle déterminée mais un système de droit, y compris les conditions d'application spatiales[1497] ou temporelles de ses règles. De plus, le caractère purement interne du conflit fait que celui-ci ne se pose qu'à la suite de la désignation du droit étranger et n'intéresse donc que ce droit[1498].

1047. La Cour de cassation a clairement consacré cette solution dans un arrêt de principe : « en cas de modification ultérieure de la loi étrangère désignée, c'est à elle qu'il appartient de résoudre

---

[1496] Cass., civ., 3 mars 1987, *Leppert* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1988, p. 695, note SIMON-DEPITRE, *JCP* 1989. II. 21209, note E. AGOSTINI ; 17 déc. 2008, n° 07-18.851, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2009, p. 59, note D. SINDRES, *D.* 2009. *Pan.* 1558, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; 17 nov. 2010.09-70.402, *D.* 2012, *Pan.* 1228, obs. H. GAUDEMET-TALON et F. JAULT-SESEKE.

[1497] Qu'il ne faut pas confondre avec la délimitation de leur champ d'application international.

[1498] Voy. H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, t. 1, 1993 n° 334 ; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2014, n° 247.

les conflits dans le temps »[1499]. La solution a d'autant plus d'autorité qu'en l'occurrence le libellé de la règle de conflit du for aurait permis une autre solution, délibérément écartée par la Cour de cassation puisque, comme on se trouvait en matière de filiation, la règle de conflit était celle de l'article 311-14 du Code civil qui désigne « la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ». Or, la cour d'appel y avait vu une raison d'appliquer la loi allemande dans sa teneur au jour de la naissance de l'enfant. Cependant, pour la Cour de la cassation, cette désignation vise toutes les règles allemandes, les règles matérielles allemandes comme les solutions allemandes des conflits dans le temps. La solution a été confirmée en matière de divorce[1500] mais aussi en matière de forme du testament[1501]. Cette solution doit également être retenue lorsque les instruments européens ne précisent pas de règle spéciale pour résoudre ce genre de situations. Par exemple, le règlement Rome III ne fournit pas de réponse en ce qui concerne le fait de savoir si le juge français doit appliquer l'ancienne ou la nouvelle législation étrangère lorsque le droit étranger compétent a connu une réforme du divorce. Or, dans ce cas il faut se tourner vers la solution dégagée par la jurisprudence. Ainsi, même si la loi étrangère a été choisie par les époux antérieurement à une réforme, sa version réformée s'appliquera à eux si tel est l'ordre du législateur étranger.

2. La solution tiree de la prise en compte de la particularite internationale du conflit transitoire

1048. La particularité internationale du conflit de lois dans le temps fait que celui-ci ne se réduit pas purement et simplement à un conflit de droit interne du droit étranger : c'est aussi un conflit international. Il semblerait que la délimitation du terme « international » donne lieu à deux opinions différentes en doctrine, l'une rigide (a) et l'autre souple (b), une solution de compromis étant pourtant nécessaire (c).

[1499] Cass., 1re civ., 3 mars 1987, *Leppert*, préc..

[1500] Cass., 1re civ., 17 déc. 2008, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2009, p. 59, note D. SINDRES. L'application des règles du droit transitoire étranger, dans cette espèce, risque d'avoir pour effet de priver, lors d'une instance en divorce introduite en France antérieurement à la réforme du droit marocain, une femme des nouvelles modalités d'évaluation de ses droits pécuniaires, instaurées par le Code de statut personnel marocain ; sachant, par ailleurs, que l'indigence des « dons de consolation » accordés selon le droit antérieur marocain était susceptibles de contrariété à l'ordre public international, la cassation, sur le fondement du droit transitoire étranger, peut apparaître inopportune.

[1501] Cass., 1re civ., 17 nov. 2010, n° 09-70.402 : c'est à la loi libyenne de dire si elle est applicable à la forme d'un testament rédigé avant son entrée en vigueur, *JCP N* 2011, *chron. DIP notarial*, 1256, n° 9, obs. E. FONGARO ; *Dr. fam.* 2011. comm. 67, obs. M. FARGE.

a. Le point de vue rigide

1049. Certains auteurs semblent préférer un point de vue plus rigide, en soutenant que le conflit transitoire de droit étranger devrait être résolu selon des principes posés par le for et déduits des objectifs de chaque règle de conflit[1502]. La thèse est défendable à l'égard des règles de conflit « partiellement substantielles », dont les objectifs peuvent impliquer une préférence pour la loi ancienne ou au contraire nouvelle. En revanche, elle est incompatible avec la neutralité de la règle de conflit ordinaire.

1050. Les hypothèses les plus intéressantes sont celles dans lesquelles le législateur étranger a mis en vigueur des dispositions nouvelles d'application immédiate (par exemple, la modification des effets des contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle), voire rétroactives (par exemple, la validation d'un acte juridique nul en vertu de la loi sous l'empire de laquelle il a été accompli ou, au contraire, l'annulation d'actes valables selon les dispositions qui les régissaient au moment où ils ont été passés). Suivant cette opinion, l'ordre du législateur étranger doit être suivi, même lorsqu'il décrète la rétroactivité de la loi nouvelle. Il en a été jugé ainsi à propos de la loi espagnole validant rétroactivement les mariages célébrés religieusement en Espagne pendant la guerre civile[1503]. De même, l'article 9, alinéa 1er, de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages, inclut expressément la reconnaissance des mariages ayant fait l'objet d'une validation rétroactive, en assimilant au mariage « qui a été valablement conclu selon le droit de l'État de célébration » celui « qui devient ultérieurement valable selon ce droit ».

1051. Toutefois, lorsque la rétroactivité est choquante, elle peut être écartée par le jeu de l'exception d'ordre public. En effet, la rétroactivité n'est pas comme telle contraire à l'ordre public, il y a seulement lieu de vérifier si la solution particulière de droit transitoire étranger n'est pas incompatible avec l'ordre public. C'est alors la règle ancienne qui s'applique (et non, comme on l'a prétendu, la loi française, car elle pourrait être identique à la loi étrangère nouvelle, ce qui ôterait tout intérêt à la substitution). Cet effet inhabituel de l'exception d'ordre public pourrait s'expliquer par le fait qu'une loi rétroactive pose en réalité une double norme : une règle en ce qui concerne les situations à venir, et une décision en ce qui concerne les situations passées ; elle a, en

[1502] Voy. par exemple en France: Cass, civ., 3 mars 1987, *Leppert*, préc.

[1503] Cass., civ., 22 déc. 1970, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1972, p. 464, 1re esp., *JDI* 1972, p. 270, 1re esp., note A. PONSARD ; voy., dans le même sens, pour des mariages célébrés en Tunisie, Civ. 10 juill. 1973, *JDI* 1974, p. 341, note B. AUDIT, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1974, p. 640, note M. NISARD ; Cass., civ., 15 mai 1974, *JDI* 1975, p. 238, note D. ALEXANDRE.

effet, relativement à ces situations, un effet catégorique[1504]. La décision, si elle est contraire à l'ordre public, est tout simplement privée d'efficacité, ce qui permet à la règle ancienne de jouer normalement. Or, la contrariété à l'ordre public d'une décision entraîne un simple effet d'exclusion, et non de substitution.

1052. Une autre exception intéresse cette fois-ci l'application de la règle substantielle étrangère nouvelle, commandée par les dispositions transitoires étrangères, qui doit, selon la théorie allemande de la « pétrification », être écartée lorsque, au moment de l'adoption de la loi nouvelle, la situation litigieuse avait perdu tout lien avec le système juridique dont elle émane. Par exemple, cette règle peut s'appliquer aux cas rencontrés dans la jurisprudence concernant la détermination de la loi applicable au régime matrimonial de personnes qui ont quitté leur pays d'origine sans esprit de retour, le contenu de ce droit ayant changé depuis ce départ.

1053. La question s'est posée à plusieurs reprises en France, toujours dans des circonstances similaires : il s'agissait de savoir si la modification du régime matrimonial légal dans un pays de l'Europe de l'Est, déclarée applicable même aux personnes mariées antérieurement à la promulgation de la nouvelle loi, concernait d'ex-ressortissants ou habitants de ce pays, venus s'installer en France depuis des années, sans esprit de retour. La réponse parfois retenue en doctrine et en jurisprudence, est positive, car le rattachement (volonté des parties manifestée par le choix du premier domicile matrimonial) est fixé une fois pour toutes, et les dispositions transitoires de la loi qu'il désigne doivent être suivies lorsqu'elles ne sont pas contraires à l'ordre public. La négative, retenue par la Cour de cassation, s'appuie sur l'absence de réalisme qu'il y aurait à appliquer la loi nouvelle à des personnes qu'elle ne concerne plus en aucune façon[1505]. Par exemple, des décisions françaises ont écarté l'application du Code de la famille roumain du 4 janvier 1954, au régime matrimonial d'époux d'origine roumaine ayant quitté leur pays bien avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle[1506].

1054. C'est la solution donnée au conflit mobile (application de la loi du premier domicile conjugal ou de la loi nationale au moment de la célébration du mariage) qui suscite la difficulté.

[1504] En ce sens, voy. J. HERON, *Principes du droit transitoire*, Dalloz, 1996, p. 54 et s.

[1505] Voy. Cass., 1re civ., 28 nov. 2006 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 2007, p. 397, note P. LAGARDE. D'autres décisions (par exemple Cass., 1er civ., déc. 1969, *Païtchadzé*, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1970, p. 95, note P. LAGARDE, *JDI* 1970, p. 306, note A. PONSARD, *J. not.* 1970, n° 49551) avaient invoqué la Convention de Genève sur les réfugiés ou celle de New York sur les apatrides, dont l'article 12 prévoit que « les droits précédemment acquis par le réfugié (ou l'apatride) et découlant du statut personnel, et notamment ceux qui résultent des mariages, seront respectés... ».

[1506] Par exemple, CA Fort-de-France, 21 juin 1962, *Bracscu: Rev. crit. dr. internat. privé* 1963, p. 724, note G. DROZ ; CA Seine, 18 avril 1966, *Cismigiu* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1967, p. 323, note PATARJN ; et pour l'interprétation de ces décisions, et d'autres développements : F. RIGAUX, *Rec. cours La Haye*, vol. 117, 1966, 404 et s. ; P. GRAULICH, V°« Conflit de lois dans le temps», n° 5, p. 109 et 110, *Rép. intern. D.* 1968 ; P. COURBE, préc., n° 5.22, p. 236 et s.

Cette solution conduit, en effet, à la pétrification dans la mesure où le régime reste définitivement soumis à la loi étrangère en vigueur au moment de la rupture des liens. On néglige ainsi les modifications ultérieures, même si celles-ci n'ont pas un caractère rétroactif, telle la modification du régime matrimonial pour l'avenir. D'où le reproche adressé à la théorie, de priver les intéressés des améliorations apportées à la loi étrangère, sans les faire bénéficier en contrepartie de celles de la loi française (inapplicable puisque le rattachement désigne une fois pour toutes la loi étrangère) ; notamment, les femmes mariées réfugiées seraient par ce processus tenues à l'écart du mouvement général qui tend à réaliser leur égalité avec les hommes. C'est alors la permanence de la loi applicable au régime matrimonial, irrévocablement fixée au moment de la conclusion du mariage, qu'il faut contester, afin de permettre aux époux de se soumettre à un régime plus adapté au temps comme au lieu, et dont les traits constitutifs sont empruntés à la loi du pays où ils sont actuellement établis. Ainsi, la jurisprudence belge a accepté la mutation du régime matrimonial de Roumains établis définitivement en Belgique et devenus belges, par application du droit belge à la mutabilité, en agissant sur la solution du conflit mobile[1507]. La même solution a été appliquée à un Roumain et à une Hongroise mariés en Hongrie puis établis en Italie avant de se domicilier en Belgique et d'acquérir la nationalité belge[1508]. Il est donc préférable d'appliquer une loi qui n'a plus de rapports spatiaux avec la situation plutôt qu'une loi qui n'est plus en vigueur nulle part.

1055. Toute différente est l'hypothèse d'une disposition étrangère rétroactive qui, après le changement d'éléments de fait caractéristiques, entend saisir une situation désormais soustraite à sa compétence. L'exemple classique est celui d'un décret espagnol ayant rétroactivement validé la réquisition de meubles corporels après que ceux-ci avaient été transportés en France. Sans qu'il ait à vérifier si cette disposition est contraire à l'ordre public, le juge français doit constater que la compétence dévolue au droit espagnol en qualité de *lex rei sitae* cesse de s'exercer après que les meubles ont quitté le territoire espagnol[1509]. Ici aussi, les données du conflit transitoire dépendent de la solution apportée à un conflit mobile. En matière de propriété mobilière, il est généralement admis que le déplacement des meubles corporels entraine changement du droit applicable. Dès lors, quand les meubles ont été transportés d'un pays dans un autre, la technique de la rétroactivité de la loi ne permet pas au législateur du premier pays de prendre à l'égard des meubles déplacés une disposition qui puisse être déclarée applicable dans le second.

[1507] Cass., civ., Bruxelles, 27 mars 1996, *Rev. prat. not. b.*, 1996, p. 338, note C. DE BUSSCHERE.

[1508] Gand, 26 mai 1994, *Tijds. Not.*, 1995,560, note K. WAUTERS-LAMBEIN et W. WAUTERS.

[1509] Cass, civ., 14 mars 1939, *Potasas ïbericas* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1939, p. 280 ; comm. F. RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, p. 120.

b. Le point de vue souple

1056. Certains auteurs préfèrent, en revanche, une vue plus souple de la question. Ainsi, Patrick Courbe observait que le juge français n'a pas à se préoccuper du maintien de l'unité du droit étranger auquel tend le droit transitoire étranger, que les solutions données par ce droit répondent aux besoins de la société étrangère qu'il régit et non pas nécessairement à ceux des relations internationales que vise la règle de conflit de lois du for, enfin que celle-ci n'épuise pas sa fonction une fois qu'elle a désigné la loi étrangère mais qu'elle la prolonge au-delà en vérifiant la conformité aux objectifs qu'elle poursuit de la solution donnée au litige par la loi étrangère applicable[1510].

1057. Aussi, plutôt que de parler d'une application du droit transitoire étranger au conflit dans le temps résultant du changement de la loi étrangère, il serait préférable de constater, pour ce conflit comme pour les autres conflits temporels, l'existence d'un droit transitoire international spécifique. Cette constatation est en concordance avec l'état du droit positif. En effet, si les tribunaux ont, en effet, admis l'application du droit transitoire étranger, notamment dans l'arrêt *Lamet*[1511], c'est généralement parce que cette application était conforme aux objectifs poursuivis par la règle de conflit du for[1512] et lorsque, dans d'autres circonstances, elle ne l'était pas, ils n'ont pas hésité à l'écarter[1513].

[1510] P. COURBE, *Les objectifs temporels des règles de droit international privé*, p. 130 s. Dans le même sens, voy. P. GRAULICH, « Conflits de lois dans le temps », *Rép. intern. D.*, 1970, n°s 111 s. ; H. MUIR WATT, *La fonction de là règle de conflit de lois*, Paris II, n° 398 s., qui, pour des raisons identiques tenant à la spécificité de l'ordre international, propose également, dans l'hypothèse où les dispositions du droit interne français désigné par la règle de conflit du for auraient été modifiées, de modeler les solutions de notre droit transitoire en fonction des objectifs propres du droit international privé.

[1511] CA Paris, 2 juill. 1954 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1954, p. 810, note H. BATIFFOL, *JDI*, 1955, p. 142, note A. PONSARD.

[1512] Voy. notamment en matière de filiation (faveur pour l'établissement de la filiation) : CA Paris, 18 mars 1954 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1955, note H. BATIFFOL ; CA Paris 3 déc. 1964, *JCP* 1966. II. 14497, note J.-M. BISCHOFF, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1965, p. 697, note A. PONSARD ; CA Paris ,14 déc. 1978, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1979, p. 603, note SIMON-DEPITRE ; en matière de mariage (faveur pour la validité de l'acte) : Cass., 1re civ., 22 déc. 1970, *JDI* 1972, p. 270, note A. PONSARD, 14 déc. 1971, *JDI* 1972, p. 591, note A. PONSARD, Cass., 1re civ., 10 juill. 1973, *JDI* 1974, p. 341, note AUDIT , 15 mai 1974, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1975, p. 260, note M. NISARD, *JDI* 1975, p. 298, note D. ALEXANDRE ; en matière de responsabilité délictuell : CA Paris, 30 juin 1964, *JDI* 1965, p. 107, note B. GOLDMAN, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1965, p. 353, note H. BATIFFOL ; en matière d'obligations alimentaires : CA Paris, 3 déc. 1964, préc., CA Poitiers, 23 juin 1965, *JDI* 1966, p. 102, note Ph. MALAURIE, Montpellier, 28 nov. 1973, *Gaz. Pal.* 1974. 1. 56.

[1513] Voy. notamment, en matière de forme du mariage : CA Aix, 14 févr. 1950, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1951, p. 140, note J. SCHEFTEL ; CA Aix, 22 mars 1955, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1956, p. 274, note Y. LOUSSOUARN, *JDI* 1955, p. 670, note SIALELLI ; Trib. civ. Seine, 7 nov. 1958, *JDI* 1962, p. 114, note P. AYMOND, qui, par faveur pour la validité de l'acte, refusent d'appliquer la solution contraire du droit transitoire étranger ; en matière de régimes matrimoniaux : CA Paris, 3 févr. 1968, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1970, p. 95, note P. LAGARDE, *JDI* 1970, p. 306, note A. PONSARD, *Journ. Not.* 1970, p. 586, note G.A.L. DROZ ; CA Paris, 1er févr. 1972, *JCP* 1972. II. 17096, concl. GEGOUT, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1972, p. 644, note WIEDERKEHR, *JDI* 1972, p. 594, note P. KAHN, qui se réfèrent à la volonté des époux ; en matière de successions mobilières : Paris, 10 févr. 1946, *Rev. crit. dr. internat.*

1058. Le droit transitoire international spécifique peut aussi être expliqué par le fait que les règles de droit international privé du for délimitent en toute liberté les situations internationales qu'il entend rattacher à tel ou tel droit matériel et que cette liberté vaut aussi bien pour tracer une délimitation dans l'espace que dans le temps des faits et actes auxquels le droit international privé du for accepte de faire produire des effets prescrits par les règles du droit étranger.

1059. Plusieurs auteurs se sont donc interrogés sur la possibilité d'introduire dans la règle de droit international privé du for des critères temporels[1514]. La difficulté est alors de définir ces critères, lesquels devraient être forgés au regard des nécessités de la coordination internationale des solutions, et non pas en fonction d'objectifs matériels, sauf dans les hypothèses où la règle de droit international privé du for poursuit une finalité matérielle. La méthode est donc complexe. Elle soulève aussi une critique d'ordre méthodologique, dans le sens où l'on peut craindre qu'en façonnant un droit transitoire du droit étranger sur mesure, au gré des nécessités des situations internationales, on en vienne à faire perdre au droit étranger son caractère de norme juridique pour le transformer en « une pâte malléable [...] au service des conceptions françaises de l'organisation de la société privée internationale »[1515].

c. Compromis entre les deux méthodes

1060. Les deux méthodes étant théoriquement concevables, l'on peut les concilier, afin de cumuler leurs avantages respectifs et poser ainsi le principe de l'application des règles du droit transitoire étranger, sous réserve, dans certains cas, d'une adaptation à la dimension internationale de la situation considérée. Cette adaptation a été effectuée par la jurisprudence à propos de la modification du régime matrimonial légal dans les pays d'Europe de l'Est, après l'introduction de la législation soviétique. Elle refusait d'appliquer à des époux, qui avaient perdu tout lien avec le pays dont ils étaient originaires, le nouveau régime légal[1516]. Cette pétrification du droit applicable dans sa teneur au jour de la naissance de la situation juridique considérée peut se justifier au nom du principe du respect des prévisions légitimes des parties, mais uniquement dans des matières

---

privé 1947, p. 142, note H. BATIFFOL, qui applique la loi étrangère en vigueur au jour du décès sans tenir compte des changements ultérieurs. Sur le changement de la loi applicable au régime matrimonial des réfugiés, Cass., civ., 18 sept. 2002, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003, p. 93, note DROZ, *D.* 2003, p. 1251, note KHAIRALLAH, 28 nov, 2006, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2007, p. 397, note P. LAGARDE, *D.* 2007. *Pan.* 1754, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE.

[1514] Voy. P. COURBE, *Les objectifs temporels des règles de droit international privé,* PUF, 1981 et les réf. cit.

[1515] Voy. B. Ancel et Y. LEQUETTE, *Les grands arrets…, op. cit.*, n° 73, p. 5.

[1516] Voy. l'arrêt d'appel rendu dans l'affaire *Gouthcrtz,* Cass., 1re civ., 1er fév. 1972, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1972, p. 644 et Cass., 1re civ., 1er déc. 1969, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1970, p. 95, note P. LAGARDE ; sur le fondement de la Convention de Genève du 28 juillet 1951, voy. Cass., 1re civ., 28 nov. 2006, pourvoi n° X 04-200.621.

contractuelles, ou assimilées (comme les régimes matrimoniaux). Sa généralisation aurait le grave inconvénient de figer les solutions du droit étranger compétent, en laissant subsister des solutions archaïques qui pourraient n'avoir plus cours dans aucun système juridique. En matière contractuelle, où elle présente une utilité certaine, elle pourrait être subordonnée à une manifestation de volonté en ce sens des parties (une clause de stabilisation du droit choisi[1517]).

1061. Dans certains cas, l'on peut se demander si l'adaptation du droit transitoire étranger ne devrait pas se faire dans le sens inverse d'une application anticipée du nouveau droit étranger pour éviter la survie d'un droit antérieur archaïque ou injuste[1518].

1062. Un problème particulier est posé par le changement de la loi choisie pour le divorce entre le moment du choix et le moment de l'introduction de l'action en divorce. Dans ce cas, la réponse doit être formulée en deux temps prenant en compte, d'un côté, l'attente immédiate des époux et d'un autre côté, l'attente à long terme des époux. En effet, lorsque les époux font leur choix par rapport à la loi applicable à leur divorce, leur attente immédiate regarde seulement la lettre de la loi au moment du choix. Cela veut dire que les époux vont prendre en compte seulement le sens restreint de la loi, se référant seulement à un texte spécialement applicable en la matière du divorce. Il s'agit d'un raisonnement instinctif qui se limite à la lettre de la loi choisie, ce qui reste parfaitement logique en rapport avec les attentes respectives des parties lorsqu'elles ont fait le choix de telle loi précise parmi d'autres appartenant à d'autres systèmes de droit. Les époux ont mis en balance les avantages et les inconvénients immédiats des lois parmi lesquelles ils ont choisi la loi applicable à un futur divorce éventuel. Cela est en concordance avec une sécurité juridique répondant aux attentes des époux. Cependant, lorsque les époux font leur choix quant à la loi applicable à leur divorce, ils ont également en vue des attentes plus rationnelles. En effet, lorsqu'ils indiquent une certaine loi parmi d'autres tout aussi adaptées pour régir un futur divorce, ils indiquent également un système juridique auquel la loi appartient. Cela équivaut au fait de faire confiance aux principes fondamentaux qui gouvernent tel système qui sera préféré aux autres. Or, cette confiance devrait s'étendre aussi aux futurs agissements du législateur de ce système. C'est un raisonnement rationnel qui prend en compte la nature évolutive de la loi qui s'adapte toujours aux réalités socio-juridiques. Cela veut dire que du moment où l'on choisit une loi, l'on est d'accord avec les principes directeurs du système juridique dont la loi fait partie et,

[1517] Sur la question de savoir si l'article 3 de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles autorisait une telle clause, voy. M.-L. NIBOYET-HOEGY, V° « Contrats internationaux », *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 552-20, n° 56.

[1518] Voy. Cass., 1re civ., 17 déc. 2008 préc. La question paraît cependant difficilement pourvoir être examinée pour la première fois par la Cour de cassation puisqu'elle suppose un examen du contenu du droit étranger.

par conséquent, tout changement opéré par le législateur pour mieux adapter la loi aux réalités socio-juridiques devrait être compris dans ce choix. De ce fait, la pétrification des situations juridiques devrait représenter l'exception et n'être alors prise en compte que pour des situations dans lesquelles l'on s'aperçoit que le législateur ne s'oriente plus en rapport avec les principes qui gouvernaient l'adoption de la loi choisie à l'origine. Cette hypothèse peut par exemple coïncider avec un changement de régime politique, comme, par exemple, le passage d'un régime démocratique à un régime dictatorial ou l'inverse.

1063. Les problèmes entrainés par un conflit transitoire ne sont, cependant, pas les seuls à perturber l'éventuelle application de la loi étrangère; il faut y ajouter le conflit mobile.

§ 2. LES CONSEQUENCES DU CONFLIT MOBILE SUR L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

1064. Le conflit de lois dans le temps, provoqué par la modification du facteur de rattachement indiqué par la règle de conflit, peut conduire le juge du for à hésiter entre la compétence de la loi telle qu'elle résulte de l'élément localisateur avant sa modification et la compétence de la loi telle qu'elle résulte de l'élément localisateur après sa modification. Le juge du for peut ainsi se demander quelle loi est la plus apte à régir une action en recherche de filiation d'un enfant né roumain d'une mère inconnue, ayant obtenu ensuite la nationalité française. De même, quelle loi appliquer à la validité d'un contrat conclu par un Italien de 19 ans, mineur selon sa loi nationale mais qui acquiert ultérieurement la nationalité française le considérant comme majeur depuis ses 18 ans? Le conflit mobile implique, donc , un droit objectif inchangé mais un élément de rattachement modifié.

1065. Il faut préciser que tous les rattachements ne sont pas susceptibles de donner naissance à un conflit mobile, la condition de la variabilité étant nécessaire dans ce sens pour qu'au stade de son concrétisation la situation juridique soit rattachée dans des pays différents, selon le moment auquel l'on se place. Ainsi, le rattachement de la nationalité, celui du domicile ou du lieu de situation des meubles peuvent provoquer un conflit mobile. Les facteurs constants ou fixes, quant à eux, ne donnent pas lieu au conflit mobile car ils sont soit immuables, comme les immeubles par nature, soit définitivement localisés en un pays donné, comme les délits[1519].

[1519] Ainsi, les délits complexes, résultant de l'éparpillement des lieux du fait générateur du délit et des différents préjudices, ne sont pas liés à des concrétisations successives, à des moments différents, d'un même facteur de rattachement, mais à une dispersion dans le temps et dans l'espace de l'élément censé localiser la situation, voy. M. SOULEAU-BERTRANT, *Le conflit mobile*, Dalloz, 2005, p. 102.

1066. En quoi le conflit mobile, tel qu'il a été décrit, pourrait-il influencer l'application de la loi étrangère ? Sa particularité est qu'il ne s'agit ni de l'application d'une loi, ni de sa désignation. En effet, le texte de la règle de conflit ne change pas ; il reste le même, en indiquant ainsi la même loi applicable, qui peut être la *lex fori* ou la loi étrangère. Le seul élément qui change dans ce cas est le facteur de rattachement, venant ainsi modifier la loi applicable. Or, cela crée le problème du choix, par le juge, de l'une des deux lois qui s'offrent à lui du fait du changement du rattachement : la loi telle qu'elle résulte du facteur de rattachement avant sa modification ou celle qui résulte du facteur de rattachement après sa modification. L'on observe donc qu'une seule et même expression comme, par exemple, « la loi de la situation du bien meuble », peut avoir deux sens alors qu'elle ne devrait normalement recouvrir qu'une seule possibilité. C'est comme si la loi indiquée par la règle de conflit du for se dédoublait, mettant sur le même niveau concurrentiel deux lois qui répondent toutes les deux aux conditions d'application de ladite règle. Aux yeux de la règle de conflit du for il existe donc deux lois, toutes les deux parfaitement compétentes à régir le rapport juridique. Le problème au niveau de l'application de la loi étrangère est alors évident : si elle seule était compétente à régir le rapport juridique jusqu'au moment du changement du facteur du rattachement, par la suite elle se voit concurrencée par une autre loi, la *lex fori* ou une autre loi étrangère. Ce n'est pas en termes de concurrence qu'il faut cependant voir la difficulté, mais en termes de cacophonie de solutions. En effet, le souci provoqué par le changement du rattachement demande une solution claire qui prenne en compte la réalité circonstancielle de la situation. Or, les solutions proposées par la doctrine, au-delà de leur multiplicité, offrent des possibilités contradictoires et risquent de provoquer une certaine insécurité juridique. Une analyse de ces solutions, afin de déceler la meilleure position à prendre en la matière, s'impose donc.

1067. Il s'agit, ainsi, d'analyser les thèses proposées pour résoudre un conflit mobile (A) ainsi que l'application dans la pratique de la thèse finalement retenue (B).

A. Les theses proposees pour resoudre un conflit mobile

1068. Diverses solutions ont été proposées par la doctrine afin de résoudre les hypothèses de conflit mobile comme, par exemple, le renvoi au second degré, la théorie de l'apparence, la théorie des droits acquis, l'interprétation de la règle de conflit de lois ou la thèse internationaliste. Les solutions qui apparaissent à travers ces théories peuvent être classées en trois catégories correspondant à l'application de la loi compétente avant la modification, à l'application immédiate de la loi compétente en raison du changement affectant l'élément localisateur, ou à la

solution de la précision des données temporelles qui doivent compléter le facteur de rattachement de la règle de conflit.

1069. L'application de la loi compétente avant la modification de l'élément de rattachement, met ainsi à l'écart l'emprise immédiate de la loi nouvelle car elle conduit à exclure tout effet rétroactif de la loi du pays dans lequel un individu transfère son domicile ou transporte ses biens ainsi que celle dont il acquière la nationalité, ou prévient tout effet immédiat de cette même loi sur les effets futurs d'une situation acquise sous l'empire de la loi ancienne, la situation demeurant soumise pour l'avenir à la loi en conformité de laquelle elle a été créée.

1070. L'application immédiate de la loi nouvelle implique, à son tour, que la loi du nouveau rattachement régit les effets postérieurs au changement de localisation du rattachement.

1071. Enfin, la troisième solution suggère que le conflit mobile devrait se résoudre par la précision des données temporelles qui doivent compléter le facteur de rattachement de la règle de conflit. Il faudrait donc adjoindre une précision temporelle si le rattachement spatial adopté est susceptible de variations dans le temps et ne parvient donc pas à remplir sa fonction.

1072. L'application exclusive de chacune de ces propositions n'a pas été, cependant, convaincante et la solution consacré par le droit international privé français représente finalement une combinaison entre ces diverses possibilités. Il s'agit de la solution proposée par la thèse internationaliste et traduite dans la transposition des règles du droit transitoire interne, sous réserve des quelques adaptations qui peuvent être nécessaires. Il est, donc, nécessaire de déterminer quels sont les diverses propositions théoriques pour résoudre le conflit mobile (1) afin d'analyser la proposition retenue, à savoir, la théorie internationaliste (2).

1. Les diverses propositions theoriques

1073. Plusieurs théories ont été proposées en France[1520] afin de donner une solution pratique au problème du conflit mobile. Les solutions issues de ces propositions théoriques s'encadrent en trois catégories : celle impliquant l'application de la loi compétente avant la modification du point de rattachement, celle impliquant l'application immédiate de la loi compétente en raison du

[1520] Si la doctrine française accorde beaucoup d'importance à la cette question ; la doctrine de la *Common law* considère, au contraire, que les auteurs continentaux lui ont peut-être prêté une attention excessive, voy. F. A. MANN, « The time element in the conflict of laws », *loc. cit.*, p. 217. Le changement du facteur de rattachement (*the connecting factor)* est vu par la doctrine de la *Common law* comme une simple question de formulation de la règle de conflit la plus juste et la plus commode qui ne justifie pas le traitement du conflit mobile comme un problème de temps en matière de conflit de lois. En outre, la doctrine de la *Common law* considère qu'aucun principe général ne peut être formulé en cette matière, qui doit être réglée « au cas par cas », voy. DICEY, MORRIS, COLLINS, *The Conflict of Laws*, chp. 4 : « The time factor », p. 56.

changement affectant l'élément localisateur et celle précisant les données temporelles qui doivent compléter le facteur de rattachement de la règle de conflit.

1074. L'on a, ainsi, proposé la solution du renvoi au second degré, mettant en lien l'affaire *Banque ottomane*[1521], cas spécifique de conflit mobile, avec l'affaire *Zagha*[1522]. La solution consistait dans la mise à l'écart des règles de conflit du for ; elle consacre la théorie des conflits de systèmes, qui repose sur le double constat de l'éloignement de la création de la situation considérée dans l'espace et dans le temps, par rapport à la saisine actuelle du juge du for. La théorie présente aussi un lien avec la théorie moderne de la reconnaissance des situations nées à l'étranger. Toutefois, les deux problèmes ne coïncident pas toujours car le renvoi au second degré ne permet pas d'aboutir à un résultat harmonieux si la règle de conflit du for désigne une loi qui ne renvoie pas à l'une des lois concordantes.

1075. La théorie de l'apparence a également été proposée comme solution du conflit mobile. L'idée était d'énoncer une règle matérielle de droit international privé validant « les situations qui se sont constituées à l'étranger et y ont produit des effets, malgré la solution contraire à laquelle conduirait l'application de la règle de conflit du for, dès lors que sur la base de l'apparence, créée par l'applicabilité d'un droit étranger qui se révèle par la suite incompétent, les parties ont cependant pu croire légitimement à la réalité juridique des droits dont elles étaient en apparence titulaires, à la régularité juridique d'une situation qui paraissait s'être régulièrement constituée»[1523]. Cependant, on s'éloigne assez sensiblement de la formulation de l'arrêt *Banque Ottomane* et des théories qui l'ont inspirée.

1076. Pour résoudre le conflit mobile, deux autres théories ont été proposées : le recours à la théorie du droit transitoire (impliquant une succession dans le temps de deux règles dont la seconde abroge la première) et la théorie des droits acquis. La théorie des droits acquis a ainsi été utilisée par Pillet comme argument pour l'utilisation de la solution de l'application de la loi

---

[1521] CA Paris, 3 oct. 1984, *Banque ottomane*, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1985, note H. SYNVET, *JDI*, 1986, p. 156, note B. GOLDMAN. Dans cette affaire le renvoi au second degré pouvait également fonctionner et c'est même la solution adoptée dans une autre affaire Banque Ottomane dans laquelle la Cour d'appel de Paris a affirmé que les juges français ne pouvaient se référer qu'aux règles du droit international privé français dès lors qu'ils se reconnaissaient compétents pour statuer sur le litige dont ils étaient saisis.

[1522] Cass., 1re civ., 15 juin 1982, *Zagha*, *Bull. civ.* I n° 224, n° 81-12.611. Il s'agissait d'un mariage valable au moment de sa création selon les règles des droits italien et syrien avec lesquels la situation est connectée du fait du lieu de célébration du mariage et par la nationalité des époux. Aucun lien ne s'observe à cette époque avec le système français. La question de la validité du mariage est posée en France, quelques cinquante années plus tard. Il serait certainement inopportun de remettre en cause les prévisions des époux en annulant ce mariage par application de la loi désignée par la règle de conflit française. Ce résultat injuste a été en l'espèce évité par l'utilisation du renvoi au second degré.

[1523]Voir. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé. Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, *LGDJ*, 1984, p. 95.

ancienne afin de résoudre un conflit mobile[1524]. Pillet avait observé que le conflit envisagé n'existe pas entre les deux lois successives d'un même État, mais entre les deux lois, toujours en vigueur l'une et l'autre, de deux États différents. Par conséquent, la situation formée sous l'autorité d'un État doit développer tous ses effets sous la même autorité et doit lui rester soumise malgré le changement dans la nationalité, le domicile des individus ou dans la situation des biens. Conséquence extrême du *Principe Essentiel* de la doctrine de A. Pillet qui est celui du respect international des droits acquis, l'idée traduirait une méconnaissance de la souveraineté de l'État étranger et porterait atteinte à la règle selon laquelle toute situation juridique régulièrement créée dans un État doit avoir la même valeur dans la communauté internationale tout entière.

1077. Cependant, le principe du respect des droits acquis ne suffit pas à justifier l'efficacité internationale de droits créés à l'étranger car, pour reconnaître cette efficacité internationale, il faut préalablement déterminer le système juridique en vertu duquel il convient d'apprécier la régularité de leur création. De même, l'argumentation de A. Pillet représente une extension abusive de la notion de « droit acquis » ainsi que de la place attribuée au principe du respect international des droits acquis au sein du droit international privé.

1078. Il est difficile d'établir des différences précises entre les droits acquis et la simple expectative. Par exemple, lorsque deux époux espagnols sont naturalisés français, pouvait-on raisonnablement prétendre à l'époque où la loi espagnole ignorait le divorce, que le fait que leur union ait été contractée sous l'empire de la loi espagnole (loi nationale commune) confère à celui d'entre eux qui ne veut pas divorcer un droit acquis à l'indissolubilité du mariage ? Pillet répond affirmativement, mais ce au prix d'une hypertrophie de la notion de « droit acquis ».

[1524] Sur cette notion, voy. B. FERRERA-CORREIA, « La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales », *in Mélanges I. Wengler*, 1973, t. II, p. 285. Il faut également préciser que E. BARTIN, cité par Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 54, est arrivé à la même conclusion de l'application de la loi ancienne mais en employant l'argument du maintien nécessaire de la stabilité des institutions dans les relations internationales, ce qui impliquait de dissocier le conflit mobile du conflit transitoire du droit interne. Il résulte un effet immédiat de la loi nouvelle dans le conflit transitoire du droit interne qui est lié à l'abrogation de la loi ancienne. Il maintenait ainsi une situation internationale sous l'empire de la loi qui avait présidé à sa formation, en raison des préoccupations la stabilité des institutions, des situations juridiques. On tranchait ainsi le conflit dans chaque cas, d'après l'analyse de l'institution, en tenant compte du besoin plus ou moins grand d'unité entre les effets à venir et la situation originaire. Pourtant, la stabilité des institutions n'est pas un argument décisif et elle vaut surtout en dehors de l'hypothèse du conflit mobile. En effet, lors d'un conflit mobile c'est la volonté des individus qui entraîne une modification de l'élément de rattachement, situation qui n'a pas d'incidence sur la compétence législative. De ce fait, la souveraineté des États se trouve-t-elle affectée? La réponse n'est affirmative que si la modification présente un caractère abusif mais dans ce cas le remède reste l'exception de fraude à la loi. Ecarter l'emprise immédiate de la loi nouvelle dépasserait alors le but poursuivi, à moins que l'on ne considère que toute modification de l'élément de rattachement est présumée frauduleuse. Or la fraude ne se présume point. De plus, la thèse de la survie de la loi ancienne présente le grave inconvénient de figer la situation juridique en la maintenant sous l'empire d'une loi désignée en fonction d'un rattachement révolu.

1079. Même s'il existe une distinction fondamentale entre le conflit de lois et le respect international des droits acquis, les deux théories sont pourtant liées. Ainsi, selon A. Pillet, le premier procédé servirait essentiellement à déterminer la loi applicable lors de la création d'un droit, alors que pour le deuxième procédé le problème se situerait en marge des conflits de lois et devrait être résolu par la seule référence au principe du respect international des droits acquis. Cependant les deux théories sont liées car l'efficacité des droits acquis à l'étranger pose un problème de conflit de lois dans un système qui, comme le système français, subordonne cette efficacité à la constatation que le droit a été régulièrement constitué à l'étranger en conformité avec la loi compétente d'après la règle de conflit française. Or une telle exigence ramène la question sur le terrain des conflits de lois et il en résulte que le seul effet véritable en droit positif du respect international des droits acquis se situe au plan de l'effet atténué de l'ordre public.

1080. Enfin, pour résoudre le conflit mobile, certains auteurs[1525] ont proposé de le voir comme un problème d'interprétation de la règle de conflit de lois. Le législateur devrait ainsi prévoir des précisions des données temporelles qui doivent compléter le facteur de rattachement de la règle de conflit. Même si cette idée n'a pas été finalement retenue comme fondement pour les solutions du conflit mobile, elle mérite, à notre avis, une place parmi les autres idées dans la matière du conflit mobile.

1081. La règle de conflit a comme rôle de désigner la loi applicable à une question de droit. Or, si le problème du conflit mobile se présente au juge au moment de l'application de la règle de conflit, il traduit en réalité une lacune dans l'énoncé de celle-ci. L'idée serait d'adjoindre une précision temporelle si le rattachement spatial adopté est susceptible de variations dans le temps et ne parvient donc pas à remplir sa fonction. La solution du conflit mobile passerait ainsi par la fixation du moment auquel il y a lieu de se placer pour apprécier l'élément localisateur de la situation. Ainsi, afin de déterminer si le divorce est possible, il faut se fixer sur la nationalité des époux à retenir : la nationalité lors du mariage ou celle qu'ils ont obtenue ultérieurement par naturalisation. Dans ce cas c'est le facteur de rattachement de la règle de conflit (ici, la nationalité) qui doit faire l'objet d'une précision d'ordre temporel du type « nationalité lors de la célébration du mariage » ou « nationalité lors de l'introduction de la demande en divorce ».

1082. La doctrine internationaliste française estime ainsi que le conflit mobile se résout par une analyse de la règle de conflit permettant de préciser le facteur de rattachement dans ses données temporelles. La démarche est fondée théoriquement mais considérée décevante dans ses résultats

[1525] Spécialement M. FAHMY, *Les conflits mobiles en droit international privé*, Paris, 1951 ; F. RIGAUX, *Rec. cours La Haye*, vol. 117, 1966, p. 329.

du fait d'une casuistique peu transparente, dans laquelle le conflit mobile se résout différemment pour chaque règle de conflit de lois en cause. Cela est dû au fait que lorsque la règle de conflit a été énoncée sans la précision temporelle nécessaire, le juge qui se heurte à un conflit mobile doit compléter l'énoncé de la règle en apportant la précision temporelle qui lui paraît convenir à la catégorie de rattachement concerné, tout en veillant à ce que cette précision soit cohérente avec le critère spatial déjà retenu.

1083. Il existe des tentatives de regroupement des règles de conflit par catégorie[1526], selon qu'elles trouvent leur fondement dans un principe de souveraineté, de proximité, d'autonomie ou encore dans la finalité matérielle qu'elles poursuivraient. De ce point de vue, l'auteur de la règle de conflit devrait systématiquement affecter à chaque catégorie de questions de droit un critère de rattachement spatio-temporel et c'est ce qu'il fait parfois lorsqu'il précise que les successions mobilières sont soumises à la loi du dernier domicile du défunt ou que l'établissement de la filiation est soumis à la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant. Les tentatives de regroupement des règles de conflit par catégorie ne fournissent pas pleine satisfaction. En effet, la démarche permet de réduire à quatre les cas de conflits mobiles mais elle n'évite pas l'impasse où l'on est poussé chaque fois que le fondement de la règle de conflit est lui-même pluriel. Par exemple, la nationalité est un facteur de rattachement qui peut se fonder également sur la souveraineté et sur la proximité, laissant à l'interprète un trop-plein de solutions pour son conflit mobile[1527].

1084. Aucune ce ces propositions théoriques n'a, finalement, pas été retenue, la doctrine choisissant une voie représentant une compilation des meilleures idées présentées jusqu'à là.

2. La proposition theorique retenue

1085. En règle générale, la doctrine française a adopté une position variant selon que la règle de droit international privé définit ou non les conditions d'appréciation dans le temps du facteur de rattachement. Si la règle de droit international privé définit elle-même les conditions d'appréciation dans le temps du facteur de rattachement, il est possible d'éviter ou de résoudre par anticipation les difficultés en élaborant le règlement le plus adapté à la situation internationale visée. On peut ainsi résoudre directement le conflit mobile[1528], moduler le facteur de

[1526] Voy. M. SOULEAU-BERTRAND, *Le conflit mobile*, *op. cit.,* p. 179 et s.
[1527] Voy. B. ANCEL, *loc. cit.*, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2006, p. 455.
[1528] C'est le cas de l'article 3. 2 du Règlement Rome I qui prévoit que « les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions du présent règlement. Toute modification quant à la

rattachement en y introduisant un élément de durée[1529], ou encore organiser la transition entre deux lois[1530]. Si, au contraire, la règle de conflit ne prévoit pas de solution, les hypothèses retenues pour résoudre le conflit mobile se partagent entre l'utilisation de certains principes issus du conflit transitoire et des solutions spécifiques du conflit mobile, la doctrine se partageant entre l'application de la loi compétente avant la modification et l'application immédiate à la situation en cause de la loi compétente en raison du changement affectant l'élément de rattachement.

1086. L'hésitation entre l'utilisation de certains principes issus du conflit transitoire et des solutions spécifiques du conflit mobile est due à l'analogie que l'on fait entre conflit mobile et conflit de droit transitoire : dans l'un et l'autre cas le juge est appelé à choisir entre deux lois, la loi « ancienne » et la loi « nouvelle », que la première ait été abrogée ou qu'elle soit demeurée en vigueur. L'analogie conduit à transposer au conflit mobile des règles du droit transitoire[1531]. Il existe, cependant, une différence majeure de perspective entre les deux types de conflits[1532] puisque, dans le conflit transitoire, les lois successives émanent d'un même législateur, alors que dans le conflit mobile les lois émanent de législateurs appartenant à des États différents. Or cela entraine la reconnaissance de solutions spécifiques au conflit mobile. En conséquence, si l'on utilise les solutions de droit transitoire pour résoudre le conflit mobile, le problème demeure dans la façon dont ces solutions devraient être employées. Si tout le monde s'accorde sur la nécessité d'une adaptation à la dimension internationale du problème, pour les uns, cette adaptation se fait dans un second temps, lorsque l'application des principes du droit transitoire heurte une difficulté spécifique à la dimension internationale du rapport considéré ; alors que pour les autres, il faut directement dégager des solutions spécifiques en adéquation avec les finalités de la règle de rattachement.

1087. L'échec de la thèse écartant l'emprise immédiate de la loi nouvelle a conduit la doctrine à rechercher la solution du conflit mobile dans la thèse internationaliste qui propose la

---

détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers. »

[1529] Par exemple, l'article 7 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux qui écarte le rattachement à la loi de la première résidence habituelle des époux quand les époux ont fixé leur nouvelle résidence dans un autre État depuis au moins dix ans et que ce rattachement est corroboré par d'autres critères.

[1530] Par exemple, l'article 15 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 prévoyant de maintenir les mesures de protection de l'incapable prises en conformité de la loi de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant, tout en soumettant leurs conditions d'exercice à la loi de la nouvelle résidence.

[1531] Pour l'analogie entre les conflits mobiles et les conflits de lois dans le temps, voy. H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé, op. cit.*, t. 1, 1993, n° 320, et les réf. cit.

[1532] Voy. E. BARTIN, *Principes …,* t. 1, *op. cit.*, p. 78 ; aujourd'hui la majorité des auteurs contemporains défendent la thèse de la recherche d'un règlement international du conflit mobile, voy. M. SOULEAU-BERTRAND, *Le conflit mobile*, *op. cit.,* p. 180.

transposition des règles du droit transitoire interne, sous réserve des quelques adaptations qui peuvent être nécessaires. Ainsi, les solutions du droit transitoire impliquent que la loi nouvelle n'est pas rétroactive, mais d'application immédiate. Par transposition du principe de non-rétroactivité, la loi de l'ancien rattachement régirait la formation et les effets passés de la situation. Par transposition du principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle, la loi du nouveau rattachement régirait les effets postérieurs au changement de localisation du rattachement. En matière contractuelle, il y aurait en revanche survie de la loi ancienne sur ces questions[1533]. C'est de manière générale la solution retenue par le droit positif français.

1088. La transposition aux conflits mobiles de ces solutions conduit, dans le cas d'un mariage de deux Espagnols ultérieurement naturalisés français, à décider que les conditions de validité du mariage et les effets antérieurs à leur naturalisation sont soumis à la loi espagnole, mais qu'à compter de la naturalisation leur statut personnel tombe sous l'empire de la loi française, ce qui entraîne, entre autres conséquences, que le principe de l'indissolubilité du mariage ne leur est plus applicable.

1089. De même, la loi applicable à la possession illustre bien comment le conflit mobile peut se prêter à l'application des principes de droit transitoire. Supposons un meuble situé dans un État A. Une personne entre en possession de ce bien dans ce pays. Selon la loi A, il en devient immédiatement propriétaire. Le bien est ensuite déplacé dans un État B, dont la loi impose un certain délai pour que la possession fasse acquérir la propriété. Selon les principes du droit transitoire, l'on dira que l'acquisition de la propriété définitivement réalisée dans l'État A n'est pas susceptible d'être remise en cause par l'application de la loi B de la nouvelle situation du bien. C'est le principe de la non-rétroactivité de la loi nouvelle qui impose le respect d'un droit jugé définitivement acquis. Une solution identique vaut pour décider que l'ancien propriétaire du meuble en a corrélativement définitivement perdu la propriété. Modifions maintenant l'exemple. Le possesseur selon la loi A ne devient propriétaire qu'à l'expiration d'un certain délai. Avant ce terme, le bien est introduit dans l'État B. Le propriétaire du bien peut-il encore le revendiquer ? C'est selon la loi B que la question sera résolue, si l'on se réfère au principe de l'application immédiate de la loi nouvelle aux situations en cours[1534]. Ainsi l'acquisition d'un meuble en

[1533] Cass., 1re civ., 8 juillet 1969, *Diac*.

[1534] La jurisprudence se contente d'appliquer les dispositions de l'article 2279 dès lors que le bien se trouve en France. Dans la pratique, notamment celle du contentieux de la restitution des œuvres d'art, les choses sont plus complexée car s'inter- cale un acte juridique en vertu duquel le possesseur se croit propriétaire; se pose alors la question de la loi applicable à cet acte ; sur les difficultés de la revendication internationale de biens culturels et les effets en la matière du conflit mobile, voy. H. MUIR WATT, « La revendication internationale des biens culturels : à propos de la décision

Allemagne, valable selon la loi allemande, mais non selon la loi française, ne sera pas remise en question après l'introduction du bien en France, parce qu'en droit transitoire interne la loi nouvelle respecte les acquisitions antérieures à son entrée en vigueur. Un autre exemple est celui du Suisse qui, incapable selon la loi suisse, deviendra capable après sa naturalisation en Angleterre si la loi anglaise l'estime tel, parce qu'en droit transitoire interne une loi nouvelle relative à la capacité s'applique immédiatement.

1090. La doctrine semble partagée quant à l'adoption de la théorie de la transposition. Cette théorie est préférable selon certains auteurs[1535] alors que pour d'autres elle présente trop d'inconvénients[1536]. Ceux qui soutiennent la théorie avancent l'argument des similitudes existant entre le conflit transitoire et le conflit mobile tant au plan de la finalité qu'à celui de la technique. Une première similitude invoquée à l'appui de cette transposition entre le conflit mobile et la succession des lois substantielles internes, réside dans le fait que dans les deux cas, vis-à-vis du droit subjectif considéré, deux lois se sont trouvées successivement applicables, entre lesquelles il faut choisir[1537]. Une deuxième similitude se réfère au principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle, qui est justifié en droit transitoire interne par la double préoccupation d'assurer, d'une part, l'unité de la législation interne et d'autre part, la sécurité juridique. Or en droit international privé l'on retrouve ce double souci dans la solution d'application de la loi de l'État actuellement compétente sur les effets à venir d'une situation formée sous l'autorité de la loi d'un autre État. Une telle solution est dictée elle aussi par l'impératif de sécurité du commerce juridique de l'État dans lequel vient s'intégrer une situation formée au-dehors.

1091. Ces similitudes sont contestées par ceux qui mettent l'accent sur le particularisme des conflits mobiles de droit international privé. Ainsi, le conflit mobile, à la différence du conflit transitoire interne, a sa source dans la volonté des individus qui modifient l'élément de rattachement. Par conséquent, ce type de conflit n'oppose pas à proprement parler une loi ancienne et une loi nouvelle, puisqu'aucune des deux lois n'est abrogée par l'autre ; il présente un caractère international puisque les deux lois en conflit émanent d'États différents. Le droit transitoire, quant à lui, prend en considération l'optique du créateur du droit objectif : un

---

américaine « Église Autocéphale » », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1992, p. 1 ; G. CARDUCCI, *La restitution internationale dés biens culturels et des objets d'art*, LGDJ, 1997.

[1535] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 307-319.

[1536] P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2014, p. 181-184.

[1537] *Idem*, p. 182.

législateur est intervenu, a manifesté son intention de remplacer une loi qui lui paraissait inadaptée par une loi nouvelle ; élément capital lorsque la matière est d'ordre public[1538].

1092. De même, le respect dû aux droits acquis entraîne des conséquences plus grandes, en raison de la nécessité de respecter les ensembles législatifs[1539]. Dans l'une des affaires *Patino* jugées le 15 mai 1963 par la Cour de cassation[1540], on se demandait à quelle loi soumettre la prescription de la nullité du contrat de mariage, fondée sur l'incapacité de la future Mme Patino, celle-ci ayant changé de nationalité par l'effet du mariage. La Cour a proclamé que « la prescription forme avec l'incapacité et sa sanction un ensemble indissociable soumis à une unique loi ». L'application immédiate de la loi nouvelle, solution normale en droit transitoire à l'égard d'une prescription non encore acquise selon la loi ancienne, est écartée parce que la question est liée à celle de l'existence de la nullité, qui elle-même est régie sans conteste par la loi désignée au jour de l'acte.

1093. Ces différences ne jouent guère[1541] : « vis-à-vis du droit subjectif considéré la situation se présente de la même manière dans les deux cas : deux lois se sont trouvées successivement applicables et il s'agit de déterminer dans quelle mesure les conséquences de la situation initiale se trouvent régies par la loi nouvelle. C'est dire que le problème posé est fondamentalement le même ». Dans ces conditions, la différence essentielle concerne la possibilité de rétroactivité : dans le cadre du conflit transitoire le législateur a toujours la faculté d'édicter, s'il le désire, une véritable rétroactivité ; à l'inverse, celle-ci n'est pas concevable en matière de conflit mobile puisque le système juridique du for n'a aucune aptitude à appréhender la situation juridique aussi longtemps que la modification de l'élément de rattachement n'est pas intervenue[1542].

1094. Certains auteurs considèrent, pourtant, que la question du conflit mobile est influencée par des considérations davantage internationalistes que de droit transitoire à proprement parler. La grande majorité des auteurs admet aujourd'hui la transposition aux conflits mobiles des principes régissant le conflit transitoire du droit interne. Au vu de ces inconvénients, la doctrine semble avoir fait son choix à travers l'adoption de la transposition aux conflits mobiles des principes régissant le conflit transitoire du droit interne. Une telle transposition se retrouve-t-elle dans le droit positif ?

[1538] P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2014, p. 183.

[1539] *Ibidem*.

[1540] Cass., civ., 15 mai 1963, *JDI* 1963, p. 996, note Ph. MALAURIE, *JCP* 1963. II. 13366, note H. MOTULSKY, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1964, p. 506, note P. LAGARDE, *GAJDIP* n° 39.

[1541] H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, t. 1, 1993, p. 11, n° 320.

[1542] Cette différence tient au fait que les deux lois n'émanant pas du même législateur, le législateur du pays nouveau ne peut, par une fiction de rétroactivité, effacer la compétence de la loi ancienne pour une période antérieure au changement de rattachement de la situation juridique envisagée.

B. L'APPLICATION DANS LA PRATIQUE DE LA THESE RETENUE

1095. Le droit positif fournit diverses solutions quant à la solution du conflit mobile et son analogie avec le conflit transitoire de droit interne. Ainsi, en matière de mariage, la tendance est à l'application immédiate de la loi du nouveau rattachement pour définir les effets du mariage[1543] ou la loi applicable à sa dissolution[1544]. En revanche, pour l'appréciation des conditions de formation du mariage, il est fait application de la loi applicable lors de sa conclusion[1545].

1096. En matière de capacité, l'on applique la loi en vigueur au jour de la conclusion de l'acte. Mais la formulation d'un arrêt a permis d'y voir l'énoncé d'un impératif international de cohérence entre les conditions de validité d'un acte et les conditions de mise en œuvre de la sanction de ces conditions[1546]. En cas de changement de nationalité modifiant l'âge de la majorité, l'individu concerné anciennement mineur devient immédiatement majeur, ou, inversement, l'individu déjà majeur redevient mineur, au risque de subir trois fois un changement d'état. En droit roumain, l'article 2.575 du Code civil semble avoir trouvé une solution plus claire en la matière, prévoyant que le changement de la loi nationale de la personne ne modifie pas la majorité obtenue en application de la loi applicable lors du moment de l'obtention.

1097. En matière de filiation, quand le rattachement s'opère en faveur de la loi nationale de l'enfant, la jurisprudence apprécie la nationalité de l'enfant au jour de sa naissance[1547]. Cette solution a été parfois écartée au profit de l'application de la loi qui serait la plus favorable aux intérêts de l'enfant[1548]. En droit roumain cette solution trouve en partie un équivalent, puisque l'on fait encore la différence entre enfants issus du mariage et enfants hors mariage. Ainsi, l'article 2.603 du Code civil prévoit à son alinéa 1 que la filiation de l'enfant issu du mariage s'établit en fonction de la loi qui, au moment où il est né, régissait les effets généraux du mariage de ses parents. L'alinéa 2 prévoit que si avant la naissance de l'enfant sont intervenus le divorce ou la nullité du mariage, c'est la loi qui s'appliquait à ces effets généraux, au moment de la déclaration du divorce ou de la nullité, qui va régir la filiation de l'enfant. Pour ce qui est de l'enfant issu hors mariage, l'article 2.605 du Code civil prévoit que la filiation s'établit en fonction de la loi

---

[1543] Cass., 1re civ., 19 fév. 1963, *Chemouni* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1963, p. 559, note G. HOLLEAUX, *JDI* 1963, p. 986, note A. PONSARD.

[1544] Cass., 1re civ., 17 juil. 1980 : *JDI* 1981, p. 75, note M. SIMON-DEPITRE et en application du droit conventionnel, 31 janv. 1984, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1986, p. 689, note J.-P. LABORDE.

[1545] Cass., 1re civ., 17 fév. 1982, *Baaziz* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1983, p. 275, note Y. LEQUETTE.

[1546] Cass., 1re civ., 15 mai 1963, *Patino* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1964, p. 506, note P. LAGARDE.

[1547] Pour une application au regard de la Convention franco polonaise, Cass., 1re civ, 15 mars 1988, n° 86-12089.

[1548] Cass, civ., 5 déc. 1949, *Verdier*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1950, p. 65, note H. MOTULSKY ; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *GAJDIP*, n° 21.

nationale de l'enfant au moment de sa naissance. Si l'enfant a plusieurs nationalités, autres que celle roumaine, l'on applique la loi de la nationalité qui lui est la plus favorable.

1098. C'est en matière de statut réel mobilier que les solutions sont les plus radicales. Une série d'arrêts a posé le principe selon lequel la loi réelle de la nouvelle situation d'un meuble est applicable aux droits réels dont celui-ci est l'objet[1549]. Ainsi, une clause de réserve de propriété consentie en Allemagne à un établissement financier allemand sur un véhicule ultérieurement introduit en France s'est vue privée de tout effet en France sur le bien, au motif qu'elle constituait un pacte commissoire prohibé par la loi française. Et la solution s'étend à toutes les sûretés mobilières conventionnelles constituées à l'étranger. En vertu de cette jurisprudence, le droit français s'oppose à la reconnaissance des sûretés, dès lors qu'elles ne correspondent pas aux modèles du droit français. Le conflit mobile emporte « purge des droits réels constitués »[1550].

1099. En droit roumain, l'article 2.617 de Code civil prévoit que la constitution, la transmission et la dissolution des droit réels sur un bien qui a changé d'emplacement sont soumises à la loi du lieu où celui-ci se trouvait au moment où s'est produit le fait juridique qui a généré, modifié ou dissout le droit en question, alors que l'article 2.627 prévoit que les conditions de validité, de publicité et les effets des suretés mobilières sont soumis à la loi du lieu où le bien se trouvait lors la conclusion du contrat de sûreté mobilière.

1100. L'on observe, donc, qu'en droit international privé français la solution retenue pour résoudre le conflit mobile consiste en la transposition des solutions du conflit de droit transitoire du droit interne (1). Partant, la jurisprudence a apporté des exceptions à cette règle, exceptions qui reflètent les quelques adaptations nécessaires à mettre en place du fait de la spécificité du conflit mobile (2).

1. La transposition des solutions du conflit de droit transitoire de droit interne

1101. La règle retenue pour résoudre le conflit mobile en droit international privé français impose un double point de vue[1551] tenant, d'un côté, à l'application immédiate de la loi nouvelle

---

[1549] Voy. Cass., Req., 24 mai 1933, *Kantoor de Maas*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1934, p. 142, note J.-P. NIBOYET ; Cass., 1re civ., 8 juil. 1969, *Diac, préc.* ; 3 mai 1973, *Nederlandsche Middenstands Financierings Bank, Rev. crit. dr. internat. privé* 1974, p. 100, note E. MEZGER, *JDI* 1975, p. 74, note P. FOUCHARD.

[1550] Voy. L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens,* Economica, 2005, n° 60 et sur les solutions originales proposées par l'auteur en termes de succession d'ordre juridique de référence n'emportant pas nécessairement changement de lois applicables, nº 324 et s.

[1551] Sur l'application de ce principe dans les Conventions de La Haye, voy. S. CICOJ, « Les droits acquis, les conflits mobiles et la rétroactivité à la lumière des Conventions de La Haye », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1978, p. 1.

(a) et d'un autre point de vue, à l'attribution à la règle de l'application immédiate d'un domaine identique à celui qui est le sien en droit interne (notamment pour les conflits mobiles nés du déplacement d'un meuble) (b).

a. L'application immédiate de la loi nouvelle

1102. La règle de l'application immédiate de la loi nouvelle trouve son explication dans le même type de clivage qui existe dans les conflits transitoire et mobile. L'on fait ainsi la distinction, dans les deux matières, entre les conditions de validité et les effets passés - soumis à la loi du rattachement ancien - et les effets futurs qui relèvent, sauf en matière contractuelle[1552], de la loi du rattachement nouveau. Cette distinction a été appliquée par les tribunaux français, en particulier dans l'affaire *Patino*[1553]. Patino, de nationalité bolivienne, avait épousé en 1929 à Madrid, la duchesse de Durcall, de nationalité espagnole, qui devait devenir bolivienne par son mariage. Par contrat de mariage intervenu la veille de la célébration du mariage, les futurs époux avaient adopté comme régime matrimonial le régime bolivien de la séparation de biens. Malheureusement le contrat de mariage avait été passé sans que le père adoptif de la future épouse, qui était mineure, ait donné son autorisation. Il était donc nul, aussi bien d'après la loi bolivienne que d'après la loi espagnole. Mais Mme Patino n'ayant intenté son action en nullité que plus de vingt ans après la passation du contrat, il s'agissait de savoir si la nullité n'était pas couverte par le jeu de la prescription extinctive. Or, sur ce point, la loi bolivienne et la loi espagnole divergeaient car la première admettait la prescription décennale alors que la seconde prévoyait la prescription trentenaire.

1103. Les tribunaux français ayant considéré que l'on se trouvait en présence d'une incapacité générale relevant de la loi nationale de l'intéressé, avaient à résoudre un conflit mobile du fait du changement de nationalité de Mme Patino consécutivement à son mariage. Ils ont décidé qu'il y avait lieu de soumettre la prescription à la loi espagnole, loi du rattachement ancien, au motif que la prescription d'une action en nullité relève de la loi régissant la nullité qui est elle-même celle régissant la condition de validité qui fait défaut. Ils ont en conséquence estimé que l'action en nullité du contrat de mariage n'était pas prescrite et ont déclaré le contrat de mariage nul. Ainsi, les époux Patino ont été considérés comme mariés sous le régime légal bolivien de la communauté d'acquêts. Cette solution coïncide parfaitement avec le principe de l'application immédiate de la

[1552] CA Paris, 1er juill 1959, *JCP* 1959. II. 11214, concl. F. COMBALDIEU, *JDI* 1960, p. 428, note A. PONSARD ; Cass., civ., 15 mai 1963, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1964, p. 506, note P. LAGARDE, *JDI* 1963, p. 996, note Ph. MALAURIE, *JCP* 1963. II. 13366, note H. MOTULSKY, *GAJDIP*, 5e éd., n° 39.
[1553] CA Paris, 1er juill 1959, préc.

loi nouvelle aux effets futurs des situations déjà constituées et avec celui de la non-rétroactivité de la loi nouvelle pour apprécier la constitution ou l'extinction d'un rapport de droit.

b. L'attribution à la règle de l'application immédiate d'un domaine identique à celui qui est le sien en droit interne

1104. L'explication de l'attribution du même domaine d'application s'explique par le fait que la transposition aux conflits mobiles des solutions du conflit transitoire est souvent poussée par la jurisprudence dans ses conséquences extrêmes. C'est le cas, notamment, des conflits mobiles nés du déplacement d'un meuble d'un pays dans un autre. Le statut réel relevant de la *lex rei sitae*, le déplacement a pour conséquence de modifier l'élément localisateur[1554]. Dans ces conditions, doit-on appliquer la loi du pays de la situation ancienne ou celle du pays de la situation nouvelle ?

1105. Le droit transitoire interne, lorsqu'il a à effectuer la ventilation entre les domaines respectifs de la loi ancienne et de la loi nouvelle en matière de droits réels mobiliers, fait une distinction fondamentale entre le contenu des droits (la loi nouvelle à compter de la modification législative) et les procédés d'acquisition des droits (sous l'empire de la loi en vigueur à la date à laquelle ils sont intervenus)[1555]. Or, la transposition fidèle de ce clivage aux conflits mobiles entraîne des conséquences importantes puisque c'est à la loi du pays sur le territoire duquel le meuble est introduit de fixer le contenu des droits réels dont ce meuble peut être l'objet[1556]. En revanche, les procédés d'acquisition du droit relèvent de la loi du pays où ils sont intervenus.

1106. Toutefois, cette seconde ne joue que pour l'acquisition des droits réels par l'effet des contrats, car lorsqu'il s'agit, par exemple, d'apprécier le rôle de la possession comme procédé d'acquisition *a non domino* des droits réels mobiliers, la jurisprudence revient au principe de l'application immédiate de la loi du pays sur le territoire duquel le meuble a été introduit[1557]. Le droit roumain prévoit une solution quelque peu différente. Ainsi, la loi applicable à l'usucapion mobilière est indiquée à l'art. 2616 du Code civil qui, en son premier alinéa, prévoit que la prescription acquisitive est régie par la loi de l'État où se trouvait le bien au début du terme de prescription, prévu à cet effet. L'alinéa 2 prévoit que si le bien a été transporté dans un autre État

---

[1554] Voy. cependant, au sujet des biens culturels, le régime spécifique matériel mis en place par la convention d'UNIDROIT du 24 juin 1995 sur les biens culturels volés ou illicitement exportés.

[1555] Cass., 1re civ., 29 avr. 1960 : *D.* 1960, p. 429, note G. HOLLEAUX.

[1556] Cass., req., 24 mai 1933 : *S.* 1935, p. 1253, note H. B., *Rev. crit. dr. internat. privé* 1934, p. 142, note J.P.N. ; Cass., 1reciv., 3 mai 1973 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1974, p. 100, note MEZGER, *JDI* 1975, p. 534, note A. PONSARD ; 3 fév. 2010, n° 08-19.293, *Arman* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 2010, p. 485, note C. COHEN, *JDI* 2010, p. 1272, note T. VIGNAL, *D.* 2011. *Pan.* 1377, obs. F. JAULT-SESEKE, *JCP* 2010. 284, note L. D'AVOUT.

[1557] Cass., 1re civ., 14 mars 1939, *S.* 1939. 1. 182 ; Trib. GI Seine, 12 janv. 1966, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1967, p. 120, note LOUSSOUARN, *JCP* 1967. II. 15266, note BISCHOFF, *Rép. Commaille* 1967, p. 317, note G.A.L. DROZ.

où le terme de la prescription acquisitive est achevé, le possesseur peut demander l'application de la loi de ce nouvel État, si toutes les conditions prévues par cette nouvelle loi étaient remplies au moment du déplacement de ce bien dans le nouvel État.

2. Les exceptions respectant la specificite du conflit mobile

1107. Il existe deux exceptions consistant, dans un premier temps, dans exclusion systématique de toute rétroactivité (a) et, dans un second temps, dans la « manipulation » de la règle de conflit mobile aux fins d'assurer le bénéfice de la loi la plus favorable à la partie qu'elles considèrent comme particulièrement digne de protection (b).

a. L'exclusion systématique de toute rétroactivité

1108. Cette idée s'impose car les deux lois en conflit, celle du rattachement ancien et celle du rattachement nouveau, n'émanent pas du même législateur. Cette situation provoque une impossibilité pour le juge du nouveau pays de faire rétroagir la loi locale puisqu'elle ne saurait prétendre appréhender une situation juridique de façon rétroactive, alors qu'elle n'avait aucune idéation à la régir jusqu'au jour de la modification de l'élément de rattachement.

1109. Un exemple de l'application de cette impossibilité dans la jurisprudence est donné par arrêt de la Cour de cassation belge du 12 novembre 1965[1558] rendu dans l'affaire *Société Lamot Limited (Ltd.)*. Cette société avait été constituée à Londres en 1927 sous forme de *company* (société anonyme de droit anglais). En 1932, par décision de l'assemblée générale extraordinaire, elle transférait son siège social en Belgique, tombant, de ce fait, sous l'empire des lois belges sur les sociétés anonymes et, notamment, de l'article 102 qui limite à trente ans la durée des sociétés. Un dirigeant évincé du conseil d'administration soutenait devant les tribunaux belges que ce délai de trente ans avait commencé à courir du jour de la constitution de la société, qu'il avait donc expiré le 20 octobre 1957 et que, faute de prorogation intervenue en temps utile, la Société Lamot Ltd. s'était trouvée dissoute de plein droit à cette date. Les nouveaux dirigeants prétendaient que la prorogation par eux effectuée pour une nouvelle durée de trente ans le 6 février 1962 était intervenue dans les délais parce que le délai de trente ans ne courait que du jour du transfert par la Société Lamot Ltd. de son siège social en Belgique. La Cour d'appel de Bruxelles, le 25 juin 1962, puis la Cour de cassation belge, le 12 novembre 1965, leur ont donné gain de cause au motif que le délai de trente ans n'avait pu commencer à courir à une époque où la Société Lamot Ltd.

[1558] Cass begle, 12 novembre 1965, *Société Lamot Limited (Ltd.)* : *JDI* 1966, p. 140, obs. R. ABRAHAMS, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1967, p. 510, note Y. LOUSSOUARN.

n'avait pas encore été appréhendée par la loi belge. Il faut cependant observer que l'exclusion de toute rétroactivité ne s'impose dans toute sa rigueur que pour l'application de la règle normale de conflit de lois. De ce point de vue, lorsque les tribunaux apprécient l'ordre public, ils le font au jour du litige et non au jour où se sont produits les faits litigieux, en vertu du principe d'actualité de l'ordre public. Or, cette situation peut parfois conduire à des résultats voisins de ceux d'une rétroactivité.

1110. Un autre exemple reflète, cette fois, l'impossibilité de rétroagir de la loi nouvelle étrangère. Ainsi, il a été jugé par la Cour de cassation[1559] que les lois nouvelles du pays d'origine sont sans incidence sur le régime matrimonial d'époux qui, ayant eu le statut de réfugiés, ont ensuite acquis une autre nationalité. L'acquisition de la nationalité française ne les a pas privés des droits acquis résultant de leur statut matrimonial d'origine. En l'espèce il s'agissait des époux roumains mariés en Roumanie en 1941 et qui avaient quitté leur pays d'origine en 1950, d'abord pour Israël puis, en 1954, pour la France où ils avaient acquis la nationalité française en 1963. A l'occasion d'un litige relatif à la souscription de cautionnements par le mari, agissant seul, s'est posée la question du droit applicable au régime matrimonial des époux. Il faut rappeler que les époux, mariés sans contrat, étaient soumis au régime de séparation de biens roumain, en vigueur à la date de leur mariage et qu'en 1954 une loi a remplacé ce dernier par un régime légal de communauté.

1111. Dans un premier arrêt du 18 septembre 2002, la Cour de cassation reprochait à l'arrêt d'appel de s'être fondé sur la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative aux réfugiés pour appliquer le régime légal roumain de séparation de biens aux époux alors que cette convention cesse d'être applicable à la personne qui a acquis une nouvelle nationalité et jouit de la protection du pays dont elle est devenue ressortissante[1560]. La Cour d'appel de Paris intervenant sur renvoi le 22 septembre 2004 a repris la solution donnée par la Cour de cassation visant à écarter la Convention de Genève et, se prononçant sur le conflit de lois roumaines, a retenu que le régime légal de communauté de biens de droit roumain s'était rétroactivement substitué au régime antérieur de séparation de biens.

1112. L'arrêt de la cour d'appel de renvoi est cassé au visa de l'article 3 du Code civil. La Haute juridiction affirme que les lois nouvelles du pays d'origine sont sans incidence sur le régime matrimonial d'époux qui, ayant eu le statut de réfugiés, ont ensuite acquis une autre nationalité.

[1559] Cass., 1re civ., 28 novembre 2006, n° 1672 FS-P+B.

[1560] Cass., 1re civ., 18 sept. 2002 : *Bull. civ.* I, n° 203; *D.* 2003, p. 1251, note G. KHAIRALLAH ; *AJ Famille* 2002, p. 385, obs. S.D.-B., *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003, p. 92, note G.A.L. DROZ, *JCP* 2003. I. 111, n° 8, obs. G. WIEDERKEHR ; *JCP* 2003, p. 1533, étude M. JOSSLINE-GALL, *Defrénois* 2003, p. 24, note M. REVILLARD ; *LPA* 7 juin 2004, note P. COURBE.

En l'espèce, l'acquisition de la nationalité française par les époux d'origine roumaine ne les avait pas privés des droits acquis résultant de leur statut matrimonial d'origine, la séparation de biens de droit roumain antérieure à 1954. Cette solution visant à écarter la rétroactivité de la loi nouvelle étrangère n'est pas pour autant innovante, car elle vient dans la même lignée de la pétrification consacrée par l'arrêt *Gouthertz*[1561] et confirme le lien qui peut parfois se créer entre conflit mobile et droits acquis. C'est une solution équivalente qui a été retenue en droit roumain à l'article 2.596 alinéa 1 du Code civil qui prévoit que la loi de la résidence ou de la citoyenneté communes des époux continue de régir les effets du mariage dans le cas ou un d'entre eux change sa résidence ou sa nationalité. Dans son alinéa 2, l'article précise que si tous deux changent de résidence ou de nationalité, la loi commune de la nouvelle résidence ou de la nouvelle nationalité ne régit le régime matrimonial que pour l'avenir, si les époux n'ont pas prévu autrement, situation qui ne peut en aucun cas préjudicier aux droits des tiers.

b. La manipulation du conflit mobile aux fins d'application de la loi la plus favorable

1113. Ce type de manipulation permet de favoriser l'une des personnes impliquées dans le rapport de droit. Cette solution de la jurisprudence était utilisée antérieurement à la loi du 3 janvier 1972 portant réforme de la filiation à propos des conflits mobiles en matière de recherche en justice de la paternité naturelle[1562]. Ainsi, s'il était admis que la recherche judiciaire de la paternité naturelle relevait de la loi nationale de l'enfant, on se demandait quelle loi appliquer lorsque l'enfant avait changé de nationalité, soit entre le jour de sa naissance et celui de la demande en justice, soit en cours d'instance.

1114. Les solutions des arrêts à cette question pourraient sembler contradictoires à première vue. Cependant, l'élément commun de ces arrêts consiste dans le fait qu'ils ont été inspirés par le souci permanent de permettre à l'enfant d'invoquer la loi la plus protectrice de ses intérêts. C'est ainsi qu'ils ont permis à l'enfant devenu français en cause d'appel de se prévaloir devant la Cour de la loi française[1563]. Mais ils ont aussi, à l'inverse, autorisé l'enfant devenu étranger à se prévaloir de la

---

[1561] Cass., 1re civ., 1er févr. 1972, *Goutherz* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1972, p. 644, note G. WIEDERKEHR ; *JDI* 1972, p. 594, note P. KAHN ; *JCP* 1972. II. 17096, concl. GEGOUT, *Defrénois* 1972, p. 1033, note Ph. MALAURIE. La solution est heureuse car, comme on l'a relevé en doctrine, l'application de la loi nouvelle étrangère aurait été discutable dès lors que les époux n'entretenaient plus aucun lien avec leur État d'origine depuis 1950.

[1562] Voy. J. FOYER, *Filiation illégitime et changement de loi applicable*, *op. cit.* ; « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », *Rec. cours La Haye*, vol. 193, 1985, n° 55 et s.

[1563] Cass., req. 9 juin 1921, *Mihaesco* : *JDI* 1922, p.141, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1924, p. 73 ; Cass., civ., 27 mai 1937 : *DH* 1937, p. 406, *S.* 1937.1.246, *JDI* 1938, p. 59, *Rev. crit dr. internat. privé* 1938, p. 82.

loi française[1564], l'arrêt *Verdier*[1565] finissant par poser comme principe général que « dans la poursuite de l'établissement de sa filiation, l'enfant peut se prévaloir des dispositions qui lui sont les plus favorables ». Cette « manipulation » n'est plus possible depuis la loi du 3 janvier 1972 qui soumet la recherche en justice de la filiation naturelle à la loi nationale de la mère. Certes, la substitution de la loi nationale de la mère à la loi nationale de l'enfant n'exclut pas le conflit mobile, puisque la mère peut elle aussi changer de nationalité après la naissance de l'enfant. Mais le législateur a retiré toute liberté aux juges dans la solution du conflit mobile en précisant que la loi applicable est « la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant »[1566].

CONCLUSION DE SECTION

1115. L'application de la loi étrangère peut être mise en difficulté lorsque le rapport juridique de droit international privé est affecté par un changement de législation ou de l'élément de rattachement entre le moment de sa naissance et son appréciation en justice. Cela pose ainsi un problème d'identification de la loi applicable pour résoudre le rapport juridique dont le juge du for est saisi : quelle règle de conflit et quelle loi matérielle choisir lorsqu'on est confronté à ce type de difficultés ?

1116. En règle générale, les solutions en la matière reflètent les hésitations de la doctrine entre l'adoption des règles du droit interne et des règles tenant compte de la spécificité internationale du rapport juridique. Ainsi, lorsque le changement de législation est provoqué par un changement de la règle de conflit étrangère, si le renvoi - le principal procédé affecté par ce changement - est envisagé comme un simple moyen de parvenir à un résultat déterminé, le recours au droit transitoire étranger ne s'impose pas, des aménagements ou corrections pouvant lui être apportés. Cette voie conduirait à faire prévaloir, indépendamment de la solution retenue par ce droit, celle des deux règles de conflit étrangères, qui, dans la situation litigieuse, assure la réalisation des objectifs poursuivis par la règle de conflit du for. Lorsque, au contraire, le renvoi est vu comme un mécanisme de coordination des systèmes, la solution devrait être recherchée dans les règles du droit transitoire étranger relatives aux conflits de lois dans l'espace[1567].

[1564] Cass., 1re civ., 28 juin 1932 : *DP* 1932. L157, note R. SAVATIER ; *S.* 1933.1.1241, note J. AUDINET, *JDI* 1933, p. 368, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1933, p. 685.
[1565] Cass., 1re civ., 5 déc. 1949 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1950, p. 65, note H. MOTULSKY, *JCP* 1950. II. 5287, note G.-R. DELAUME, *JDI* 1950, p. 180, note B. GOLDMAN.
[1566] C. civ., art. 311-14.
[1567] Dans ce sens voy. P. MAYER,V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2014, n° 248.

1117. Si le changement de législation est provoqué par un changement de la règle matérielle étrangère, son origine peut appeler l'utilisation du droit transitoire interne de l'État étranger. Cette solution ne tient pas compte, cependant, de la particularité internationale du conflit de lois dans le temps qui n'implique pas que le système juridique étranger mais aussi le système juridique du for. Or, entre les deux solutions que cette thèse avance - une rigide, impliquant l'utilisation des principes posés par le for et déduits des objectifs de chaque règle de conflit, et une autre souple, qui propose l'existence d'un droit transitoire international spécifique - il faut choisir de les concilier, afin de cumuler leurs avantages respectifs et poser ainsi le principe de l'application des règles du droit transitoire étranger, sous réserve, dans certains cas, d'une adaptation à la dimension internationale de la situation considérée.

1118. La solution adoptée en matière de conflit transitoire se retrouve également, dans sa formulation, dans la matière du conflit mobile. Ainsi, lorsque le changement de législation est provoqué par un changement du facteur de rattachement la solution consiste dans une accommodation entre les solutions de transposition au niveau international des principes de droit transitoire et les solutions spécifiques du conflit mobile. Cependant, un petit élément d'originalité est donné par la théorie internationaliste qui prévoit la fixation du moment auquel il y a lieu de se placer pour apprécier l'élément localisateur de la situation. La théorie ne peut pas être généralisée car si elle permet de réduire à quatre les cas de conflits mobiles en fonction de la catégorie à laquelle la règle de conflit fait partie (ayant comme fondement soit un principe de souveraineté, soit de proximité, soit d'autonomie, soit encore une certaine finalité matérielle), elle n'évite pas l'impasse où l'on est poussé chaque fois que le fondement de la règle de conflit est lui-même pluriel. Toutefois, la théorie pourrait être utilisée davantage car elle simplifie beaucoup le raisonnement juridique en éliminant le conflit mobile.

1119. La solution finalement retenue est celle de la transposition des solutions du conflit de droit transitoire du droit interne qui consiste dans l'application immédiate de la loi nouvelle dans un domaine identique à celui qui est le sien en droit interne. L'exception à la règle est reflétée par les quelques adaptations nécessaires du fait de la spécificité du conflit mobile et qui regardent l'exclusion systématique de toute rétroactivité et la « manipulation » de la règle de conflit mobile aux fins d'assurer le bénéfice de la loi la plus favorable à la partie qu'elles considèrent comme particulièrement digne de protection.

CONCLUSION DE CHAPITRE

1120. Les cas de multiplicité des lois procédant du caractère composite de la loi étrangère applicable, de l'influence du facteur temps, ou de la volonté sur le conflit de lois, doivent être analysés avec beaucoup d'attention lors d'un litige de droit international privé. En effet, il s'agit de problèmes très subtils qui demandent beaucoup de précision lors de leur solution. Une solution inappropriée pourrait, en effet, entrainer une application de la loi étrangère dépourvue de réalité, source de plus de complications que de justice. Choisir la loi étrangère qui ne correspond pas aux spécificités de la situation en cause pourrait ainsi provoquer des déséquilibres injustifiés ; le soin avec lequel la doctrine française a adopté les solutions en la matière prouve justement sa conscience de la grande responsabilité qui pèse sur le juge face à un tel choix. Ainsi, les solutions apportées par la jurisprudence en matière de conflits interterritoriaux ou interpersonnels se différencient en fonction du type de rattachement utilisé par la règle de conflit pour designer la compétence de la loi étrangère et de l'existence ou non de règles de conflit régissant les conflits internes.

1121. Lorsque le rattachement territorial est pris en compte, la règle de conflit désignant le droit d'un État comprenant plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles de droit matériel, on applique directement le droit en vigueur dans l'unité territoriale où se concrétise le facteur de rattachement de la règle primaire. Lorsque, en revanche, un système de droit étranger a été désigné en vertu du critère de la nationalité ou s'il suscite un conflit interpersonnel, le problème du manque d'uniformité des règles de conflit interne peut être résolu à travers deux méthodes. Le juge peut ainsi déterminer lui-même la solution la plus convenable ou respecter la solution donnée par le législateur du for au cas où une telle solution existe. En même temps il peut faire application des principes généraux du for au moyen desquels il fera son choix entre les différentes règles de conflit en vigueur dans l'État étranger sur la base du principe de l'application de la partie du droit étranger avec laquelle la situation a les liens les plus étroits.

1122. En matière de conflits suscités par un changement de souveraineté, la solution de la *Common law* de la « doctrine de la reconnaissance » impose au juge du for d'être lié par la position officielle de son gouvernement envers l'entité étrangère dont les lois ou les décisions judiciaires doivent être appliquées ou reconnues. Cette solution n'a pas eu beaucoup de succès sur le continent européen et la justification peut être retrouvée, entre autres, dans la théorie de la séparation des pouvoirs de Locke et Montesquieu. En effet, le pouvoir juridique ne devrait pas être influencé par les intérêts politiques du gouvernement en place. La seule chose qui devrait

l'orienter est la recherche d'une justice réelle pour les parties du litige. C'est pour cela que les solutions continentales proposées sont plus proches de cet objectif. Ainsi, une première solution a été envisagée dans l'application de la loi étrangère effectivement en vigueur, mais émanant d'un législateur illégitime, une autre solution réside dans l'application de la loi qui n'est plus en vigueur mais qui émane du législateur légitime et une troisième solution propose que lorsque les raisons humanitaires exigent que l'on tienne compte du fait que les habitants d'un territoire ne pouvaient se soustraire au respect des lois émanant d'un législateur illégitime, il faut appliquer ces lois à la place de celles provenant du législateur légitime.

1123. A notre avis une solution opportune devrait tenir compte du cas de l'espèce. Ces différentes propositions devraient ainsi être mises à la disposition du juge qui fera, par la suite, son choix, en fonction des circonstances du cas qui lui est soumis. Une solution pourrait ainsi être appropriée dans un cas et pas à un autre. L'idée serait d'accorder le plus de choix au juge pour pouvoir garder une certaine flexibilité dans une situation délicate et qui demande beaucoup de prudence.

1124. Pour ce qui est, en revanche, des conflits transitoire et mobile, nous l'avons vu, les solutions prévues dans ces cas reflètent les hésitations de la doctrine entre l'adoption des règles du droit interne et des règles tenant compte de la spécificité internationale du rapport juridique. A notre avis, la spécificité du rapport juridique devrait avoir une certaine prévalence dans la formulation *de lege ferenda* des règles concernant ces cas. Il est vrai que le juge du for est plus à l'aise avec des règles internes qu'il adapte au niveau international. Mais, dans ce cas, le danger reste l'influence parfois inadaptée du droit interne sur une matière qui présente la spécificité de régir des rapports juridiques ayant un élément d'extraneité. De ce point de vue, l'objectif devrait être celui d'une adoption des règles à velléité internationaliste.

CHAPITRE 2

LES DESEQUILIBRES PROVOQUES PAR L'INTOLERANCE DU SYSTEME JURIDIQUE DU FOR A L'APPLICATION DE LOI ETRANGERE

1125. L'application de la loi étrangère peut être perturbée par des déséquilibres concernant les systèmes juridiques dans leur ensemble et qui peuvent être provoqués soit par une multiplicité des lois en concurrence, analysée dans le chapitre précédent, soit par l'intolérance du système juridique du for à la loi étrangère, dont l'analyse est dédiée à présent. En effet, malgré sa désignation par la règle de conflit du for pour régir un rapport juridique de droit international privé, la loi étrangère n'est pas toujours appliquée. Cette non application peut être due à des causes extrinsèque ou intrinsèques à la volonté du législateur du for.

1126. Les causes extrinsèques se réfèrent, ainsi, à l'impossibilité, définitive ou temporaire, d'appliquer la loi étrangère. L'impossibilité définitive recouvre plusieurs hypothèses qui peuvent regarder soit l'impossibilité de connaître la teneur de la loi étrangère, hypothèse déjà envisagée[1568], soit l'impossibilité de mettre en œuvre la loi étrangère, notamment parce qu'elle prévoit l'intervention d'une autorité administrative ou religieuse inexistante en France, ou dont l'activité en France est cantonnée dans des limites strictes. Ce dernier cas s'est présenté à plusieurs reprises au début du XXe siècle à propos du divorce de juifs russes résidant en France, dont la loi nationale exigeait l'intervention du rabbin. En France, les actes des autorités religieuses sont dénués d'effets civils et l'impossibilité était définitive en ce sens que, même si aucun obstacle (d'ordre financier ou politique) n'empêchait les époux de retourner dans leur pays pour y divorcer, il demeurait exclu que la loi étrangère soit appliquée en France. La solution qui s'imposait dans cette situation était celle de substituer à la loi étrangère la loi du for, retenue en raison de sa vocation universelle, solution qui n'a pas été finalement retenue par la Cour de cassation. En effet, la cour d'appel de Paris, approuvée par la Cour de cassation, a retenu que « le principe de la séparation des matières civiles et religieuses est... l'une des bases essentielles de la législation française » et en a déduit l'impossibilité pour le juge français de se substituer à l'autorité religieuse étrangère et a déclaré irrecevable la demande en divorce formée par la femme. Cette solution a suscité les critiques de la doctrine[1569].

[1568] Voy. *supra.* n°s 566-571.

[1569] Cass., civ., 29 mai 1905, *Levinçon* : *D.P.*, 1905. 1. 353, *S.* 1906. 1. 161, note A. PILLET, *RDIP* 1905, p. 518, *JDI* 1905, p. 1006 ; Req. 20 juill. 1911, *S.* 1912. 1. 132 ; M.-L. NIBOYET-HOEGY, « L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé », Economica, 1986, n° 493, a notamment reproché à cette solution d'exposer les

1127. L'impossibilité temporaire d'appliquer une loi étrangère peut survenir à cause du temps nécessaire à la recherche de sa teneur. Par exemple, si une loi étrangère prescrit la délivrance d'un avis ou d'une autorisation par une autorité administrative ou religieuse, située à l'étranger, et qu'il n'y a pas d'urgence, le tribunal saisi de l'affaire peut surseoir simplement à statuer. Si, en revanche, des mesures urgentes semblent nécessaires, le juge du for peut les prendre en application de la loi du for (dont l'intervention est toujours justifiée par sa vocation universelle), pourvu qu'elles soient provisoires. La Cour de cassation française s'est prononcée en ce sens pour une question d'aliments[1570] et à propos de l'inscription conservatoire d'une hypothèque[1571].

1128. La substitution temporaire de la *lex fori* peut, malheureusement, être utilisée de manière injustifiée, essentiellement dans deux types de cas. Dans le premier, le tribunal ayant invoqué d'abord l'urgence pour fonder sa propre compétence - ce qui peut être opportun - il en déduit ensuite automatiquement la compétence de la loi du for, sans relever une quelconque difficulté à connaître de la loi étrangère[1572]. La compétence juridictionnelle entraîne ainsi la compétence législative, alors qu'elles devraient rester bien distinctes. Dans un deuxième cas, la loi du for est souvent appliquée aux mesures provisoires en matière de divorce, même si aucune urgence ne justifie la mise à l'écart de la loi étrangère[1573] : les décisions qualifient de procédurales les mesures provisoires, ce qui n'est guère défendable.

1129. Les causes extrinsèques, qui empêchent l'application de la loi étrangère, ne présentent pas, malgré tout, des problèmes de théorisation en droit international privé. C'est pour cela que nous allons nous concentrer davantage sur l'analyse des causes intrinsèques à la volonté du législateur du for qui peuvent évincer la loi étrangère, à savoir la contrariété à l'ordre public et la fraude à la

---

parties à un risque de déni de justice, dès lors qu'elles ne pourraient se rendre dans leur pays d'origine ou s'y verraient refuser le divorce parce que les autorités religieuses ne s'estimeraient pas compétentes. Le raisonnement retenu dans l'arrêt Levinçon se résume donc au fait que c'est parce que la loi étrangère est une loi confessionnelle - et non parce que la Cour y voit une question de fond -, qu'il n'entre pas dans les pouvoirs du juge de l'appliquer en se substituant au juge étranger. On pouvait, en même temps, aussi supprimer le problème en considérant que l'intervention du rabbin était une exigence de forme et non de fond, et en donnant immédiatement compétence à la loi française, loi du lieu du divorce, pour décider des formes à suivre.

[1570] Cass., civ., 19 oct. 1971, *Darmouni* : *JDI* 1972, p. 828, note M. NISARD, *D.* 1972, p. 633, note Ph. MALAURIE, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1973, p. 70, note M. SIMON-DEPITRE.

[1571] Cass., civ., 31 janv. 1984 : *JDI* 1985, p. 444, note P. LEGIER.

[1572] Cass., civ., 19 nov. 1923 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1924, p. 136, *JDI* 1924, p. 163, note MARILLOT ; Cass., civ., 7 mai 1928 : *JDI* 1929, p. 431, *S.* 1928. 1. 238 ; Req. 10 nov. 1896, *DP* 1897.1.313, *JDI* 197, p. 823, mettant en tutelle provisoire, selon la loi française, un mineur grec qui se trouvait en France, en raison de l'inaction du consul de Grèce en France : la substitution légitime de l'autorité française à l'autorité grecque n'aurait pas dû entrainer automatiquement la substitution de la loi française à la loi grecque pour des règles de fonctionnement de la tutelle; Req. 20 juill. 1911. S. 1912. 1. 132; Paris 17 mars 1902, *DP* 1903.2.49.

[1573] Paris 7 juill. 1959, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1960, p. 354, note Y. LOUSSOUARN ; CA Paris 13 nov. 1979 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1980, p. 568, 1re esp., note Y. LEQUETTE ; *contra* CA Versailles 18 janv. 1982 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1983, p. 442, note H. GAUDEMET-TALLON.

loi. Il faut cependant observer que d'autres systèmes juridiques peuvent effectuer une séparation tripartite de ces causes d'éviction de la loi étrangère. Ainsi, dans le droit roumain, l'alinéa 1 de l'article 2565 du Nouveau Code civil[1574] prévoit l'éviction exceptionnelle de la loi étrangère applicable si, à cause des circonstances du cas d'espèce, le rapport juridique présente des liens très éloignés avec cette loi. Dans ce cas c'est la loi avec laquelle le rapport juridique entretient les liens les plus proches qui sera appliquée. Il s'agit d'une nouvelle institution en droit roumain qui ne tient pas compte du contenu de la règle de conflit du for et qui permet au juge d'établir la loi la plus pertinente à régir le rapport juridique en fonction des liens plus forts qu'elle entretient avec ce rapport juridique. Deux exceptions sont prévues à l'alinéa 2 du même article : lorsqu'il s'agit d'une loi étrangère présentant un caractère impératif, comme dans le cas des lois concernant l'état et la capacité de la personne[1575] ; ainsi que lorsque la loi étrangère a été choisie par les parties en application du principe de l'autonomie de la volonté.

1130. La doctrine française n'intègre pourtant pas cette troisième cause d'éviction de la loi étrangère et notre analyse se limitera ainsi aux deux mécanismes classiques : l'exception d'ordre public et la fraude à la loi. Ces deux mécanismes d'éviction sont étudiés séparément du fait de leur autonomie. Certains auteurs ont cependant soutenu que la fraude à la loi devait être intégrée à la théorie de l'ordre public, car elle n'était qu'un cas particulier de ce dernier[1576]. Cette opinion est aujourd'hui abandonnée à juste titre car dans l'ordre public c'est le contenu de la loi étrangère normalement applicable qui justifie son éviction ; alors que dans la fraude à la loi, au contraire, l'éviction trouve sa source dans la manipulation artificieuse par les intéressés de l'élément de rattachement, manipulation qui vicie la loi désignée dans son origine même.

1131. Si les deux exceptions ont en commun le fait d'être des mécanismes d'éviction de la loi en principe compétente d'après la règle de conflit de lois du for, l'exception d'ordre public corrige la neutralité de l'élément de rattachement, alors que la fraude à la loi sanctionne le comportement frauduleux des plaideurs. La conséquence directe sur l'application de la loi étrangère consiste évidemment dans son éviction. Cependant, ce que l'on appelle éviction peut avoir des sens et des degrés différents en fonction du mécanisme d'éviction employé et de l'atteinte concrète apportée aux principes fondamentaux du système juridique du for et, dans certains cas, même à ceux d'un

[1574] La loi 287/2009 sur le Nouveau C. civ., *M.Of.* nº 505/2011.

[1575] I. MACOVEI, N. DOMINTE, « Commentaire sur le Livre VII: Dispositions de droit international privé », in *Le nouveau C. civ.. Commentaires par articles 1-2664*, F.-A. BAIAS (dir), E. CHELARU, R. CONSTANTINOVICI, I. MACOVEI, 2e éd., C.H.Beck, Bucarest, 2014, p. 2560.

[1576] E. BARTIN, *Études…*, *op. cit.*, 1899, p. 247 et *Principes…*, t. I, *op. cit.*, n° 99.

système juridique étranger. Nous nous interrogeons donc sur la portée concrète de l'éviction de la loi étrangère à travers les mécanismes de l'exception d'ordre public et de fraude à la loi.

1132. Nous allons donc analyser, dans un premier temps l'éviction de la loi étrangère comme correctif de la neutralité de l'élément de rattachement (Section 1) pour passer dans un second temps à l'analyse de l'éviction de la loi étrangère comme sanction du comportement frauduleux des plaideurs (Section 2).

SECTION 1

L'EVICTION DE LA LOI ETRANGERE COMME CORRECTIF DE LA NEUTRALITE DE L'ELEMENT DE RATTACHEMENT

1133. La règle de conflit peut désigner une loi étrangère qui contient cependant des dispositions qui semblent incompatibles avec les principes fondamentaux du système juridique du for. Quelle sera la solution à prendre en compte dans ce cas : doit-on néanmoins appliquer la loi étrangère puisque la règle de conflit l'ordonne, ou doit-on au contraire la rejeter lorsqu'on juge le contenu inacceptable, l'exception d'ordre public apparaissant alors comme l'instrument de ce rejet ?

1134. Ce problème a été perçu très tôt dans l'histoire des conflits de lois. À l'origine de la théorie des statuts, Bartole a rencontré des difficultés dans la séparation nette des statuts favorables et des statuts odieux, difficultés qui préfigurait d'ailleurs celles que connaissent les internationalistes modernes lorsqu'ils s'efforcent de délimiter les contours de l'ordre public. Ainsi, le statut interdisant à la femme de faire un legs à son mari était pour Bartole un statut favorable applicable au-dehors, alors que pour Balde il s'agissait d'un statut odieux à restreindre au territoire[1577].

1135. A l'origine, la notion d'ordre public était sous-jacente et d'application peu fréquente, car les conflits de coutumes se posaient surtout dans les rapports interprovinciaux et les différentes coutumes en conflit renfermaient des règles relativement proches les unes des autres, grâce à l'héritage du droit romain. Aux XIXe et XXe siècles, son utilisation en droit international privé a pris une ampleur considérable sous l'influence de plusieurs facteurs comme les codifications ou le développement des moyens de communication. L'éventuelle application d'une loi étrangère contraire aux principes fondamentaux du for a, sans nul doute, incité les juges à voir dans l'exception d'ordre public un moyen de revenir à l'application de la *lex fori*, son utilisation risquant de devenir un stratagème dont le pas fut parfois franchi. Une partie de la doctrine a d'ailleurs suivi cette logique, P. Lerebours-Pigeonnière expliquant, par exemple, que la fonction première de l'exception d'ordre public international était de s'opposer aux lois étrangères qui méconnaissaient les principes de droit communs aux « nations civilisées »[1578]. La référence aux « nations civilisées », officiellement introduite dans les statuts de la Cour internationale de justice avant d'être reprise par Lerebours-Pigeonnière, ne peut plus être employée aujourd'hui car, outre

[1577] B. ANCEL, « Le commentaire de Bartole *Ad legem cunctos populos* sur le glose *Quod si bononiensis* mis en français », in *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre- Teillard*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 53 s.

[1578] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 332 et s.

le fait qu'elle n'est plus admise comme une expression politiquement correcte, elle avance l'idée d'une inégalité des ordres juridiques.

1136. A partir des années 1950, de nombreux anthropologues et ethnologues ont cherché à faire évoluer les mentalités vers l'acceptation de l'idée selon laquelle la différence n'implique pas nécessairement l'infériorité. Les sociétés non occidentales doivent ainsi être reconnues comme différentes, mais pas comme inferieures. L. Gannagé déterminera plus tard le « relativisme des valeurs » auquel le droit international doit actuellement faire face[1579]. Les sociétés ne doivent pas s'apprécier du seul regard occidental et il faut comprendre que chacune puisse organiser son système politique, économique, familial, religieux ou culturel selon certaines valeurs en lesquelles elle croit, peu importe que celles-ci soient partagées ou non par l'ensemble de la communauté internationale. Rien ne démontre aujourd'hui l'existence d'une société standard idéale à laquelle les sociétés devraient se conformer.

1137. Le droit international privé a, ainsi, dû évoluer en fonction de l'augmentation des relations internationales et l'exception d'ordre public international, principale gardienne de l'ordre public du for, a dû cesser de défendre le territoire de l'État contre l'application des droits étrangers pour se contenter de le protéger, c'est-à-dire ne refuser que l'inacceptable. Les juridictions françaises ont dû trouver un nouvel équilibre entre ouverture d'esprit et protection du for. L'idée était à la fois d'assurer au mieux la continuité des situations sur le plan international afin de s'adapter à la nouvelle facilité des déplacements, mais aussi d'appréhender avec plus de confiance les droits étrangers malgré un reflexe naturel de protection de l'intégrité des ordres nationaux qui prévaut toutefois souvent sur la recherche de l'harmonie internationale des solutions[1580].

1138. L'avènement de l'Union européenne et le rapprochement des législations qu'elle suscite, l'amélioration de la connaissance des systèmes juridiques étrangers liée aux progrès de la méthode comparative, ont contribué à ramener l'intervention de l'ordre public dans les limites de l'utile et du raisonnable et à ne la réserver qu'aux situations les plus graves. Cette limitation se justifie, à la fois, par l'imprécision de la notion d'ordre public (§1) et par l'importance des effets attachés à l'exception d'ordre public (§2).

[1579] L. GANNAGE, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *in Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, A. Pedone, 2009.

[1580] *Ibidem.*

§ 1. LA NOTION IMPRECISE DE L'ORDRE PUBLIC

1139. L'ordre public est, par définition, une notion fuyante, présentant des contours incertains. Cela vaut aussi bien en droit interne qu'en droit international et l'on considère, d'ailleurs, qu'il est « impossible de donner une définition précise de la notion d'ordre public international », celui-ci étant présenté comme « un ensemble de valeurs intangibles et supérieures, qui mêle des intérêts généraux (ou publics), comme des intérêts politiques, moraux, économiques et sociaux »[1581].

1140. Si la jurisprudence de la Cour de cassation ne fournit non plus de définition de la conception française de l'ordre public, elle permet cependant de circonscrire la notion. L'ordre public serait ainsi vu comme l'ensemble des « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »[1582]. Ces principes de justice universelle comprennent l'ensemble des droits ayant pour objectif la protection de la personne humaine et de sa dignité, les principes essentiels du droit français, qui ont émergé récemment dans la jurisprudence de la Cour de cassation, ainsi que les droits fondamentaux. Les principes qui se rattachent aux fondements politiques, familiaux et sociaux de la société française déclenchent également l'exception d'ordre public et ne sont pas moins intangibles. L'ordre public présente ce genre de frontières imprécises puisqu'il manque en ce domaine, au droit international privé, une terminologie propre et satisfaisante. De ce fait, la doctrine s'est dispersée, le désaccord portant tantôt sur la terminologie, tantôt sur la méthode de l'exception d'ordre public[1583].

1141. Afin de mieux en comprendre les dessous, il convient d'isoler l'ordre public international des notions voisines (A), avant de mettre en lumière la spécificité de la notion en analysant ses caractéristiques (B).

A. L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET LES NOTIONS VOISINES

1142. En raison de ses frontières floues, l'ordre public international risque d'être confondu avec trois notions différentes mais présentant des caractéristiques proches à celui-ci. Il s'agit de l'ordre

[1581] M.-L. NIBOYET-HOEGY et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 307 ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « L'exception d'ordre public et la régularité substantuielle internationale de al loi étrangère », *Rec. cours La Haye*, vol. 375, 2014, p. 153-272.

[1582] Cass.,1re civ., 25 mai 1948, *Lautour*, pourvoi n° 37.414 : *Bull. civ.* 1948, I, n° 163, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1949, p. 89.

[1583] Pour une critique de la présentation doctrinale classique de l'exception d'ordre public en droit international privé, voy. D. BODEN, *L'ordre public: limite et condition de tolérance. Recherche sur le pluralisme juridique*, Paris I, 2002, nos 524 s.

public interne (1), des catégories normales de rattachement (2) et des lois de police ou d'application immédiate (3).

1. ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET ORDRE PUBLIC INTERNE

1143. A l'origine de la confusion, se trouve une utilisation en droit international privé d'une expression qui apparaît dans toutes les autres disciplines juridiques et en particulier en droit civil[1584]. En effet, les civilistes désignent comme « lois d'ordre public » les lois impératives par opposition aux lois supplétives. Ce type de lois d'ordre public interdit les conventions contraires et s'impose donc aux sujets de droit. Cette définition associée à un raisonnement analogique, représentent les deux prémisses d'un syllogisme qui mène à considérer comme lois d'ordre public international des lois qui interviennent seules devant un tribunal ou dans un ressort territorial à l'exclusion de toute loi étrangère ; et comme « matières d'ordre public » celles qui ne supportent pas l'application de la loi étrangère.

1144. La jurisprudence n'a pas non plus facilité les choses, la terminologie employée en droit international privé manquant parfois de clarté[1585]. Cependant, il n'y a pas d'identité entre les lois d'ordre public en droit interne et en droit international privé, car la notion d'ordre public n'a pas les mêmes contours en droit interne et en droit international privé[1586], malgré l'existence d'une certaine relation entre ces deux notions. Ainsi, les dispositions concernant l'état et la capacité des personnes sont presque toujours impératives en droit interne, alors que le rattachement du statut personnel à la loi nationale a pour conséquence d'entraîner très fréquemment l'application des lois étrangères en la matière. Une telle réglementation des conflits de lois ne porte nullement atteinte à l'ordre public interne et le législateur n'entend pas, sur le plan international, la soustraire systématiquement à l'empire des lois étrangères.

1145. Les deux notions supposent deux niveau d'interaction, d'un côté, une interaction de type règle - exception et, d'un autre côté, une interaction de portée. L'interaction de type règle -

---

[1584] L'article 6 du C. civ. posant l'interdiction de déroger aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs.

[1585] Voy. notamment Cass., 1re civ., 12 févr. 1957, *JCP* 1957. II. 9882, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1957, p. 297, note Y. LOUSSOUARN, *D.* 1959, p. 47, note Ph. MALAURIE.

[1586] Pour une illustration de cette distinction voy. Cass., com. 28 nov. 2000, *JCP* 2000. 2324, *D.* 2001, p. 305, note CHEVRIER, *JDI* 2001, p. 505, note JACQUET, qui refuse de considérer la loi française du 25 juin 1991 sur les agents commerciaux comme une loi de police en droit international, alors qu'en droit interne il s'agit d'une « loi protectrice d'ordre public ». Cela n'exclut pas qu'un principe puisse être d'ordre public tant en droit interne qu'en droit international ; par exemple, le principe d'égalité des droits entre époux dans le cadre du régime matrimonial s'impose tant en droit interne qu'en droit international en vertu de l'art. 5 du protocole n° 7 additionnel à la CEDH ; voy. Cass., 24 févr. 1998, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1998, p. 637, note G.A.L. DROZ, *JDI* 1998.730, note E. KERCKHOVE. Pour exprimer cette dualité, 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 Aussi est-il préférable de parler d'ordre public en droit international privé.

exception impose l'idée que si toute loi d'ordre public en droit interne ne saurait être considérée comme étant d'ordre public en droit international privé, la réciproque ne se vérifie par, car une disposition ne présentant en droit interne qu'un caractère supplétif ne pourrait pas être d'ordre public en droit international privé. Cela s'explique en prenant en compte les nécessités des relations internationales qui font que le jeu normal des règles de rattachement ne peut être paralysé que dans des circonstances exceptionnelles qui ne correspondent pas nécessairement aux situations dans lesquelles l'ordre public interne est appelé à jouer et sont par conséquent moins nombreuses.

1146. L'interaction de portée implique l'idée que l'exception d'ordre public international peut se montrer plus étendue que l'exception d'ordre public interne parce que le contexte est différent : il ne s'agit plus de protéger un individu contre sa propre volonté, mais bien contre l'application d'une loi étrangère qui s'impose à lui. Par exemple, l'article 1382 du Code civil belge prévoit que la responsabilité délictuelle personnelle n'est pas d'ordre public et les parties peuvent, par conséquent, transiger sur l'indemnisation d'un préjudice, une partie pouvant même renoncer d'avance à toute indemnisation d'un préjudice. L'application d'une loi étrangère qui n'accorderait aucune réparation à la victime d'un accident, serait toutefois sans doute écartée par le biais de l'exception d'ordre public de droit international privé belge. Cette logique va dans le sens de la définition générale de l'ordre public retenue par la Cour de cassation belge et mise en rapport avec l'ordre public international[1587] : « Attendu qu'une loi d'ordre public interne n'est d'ordre public international privé que pour autant que le législateur ait entendu consacrer, par les dispositions de celle-ci, un principe qu'il considère comme essentiel à l'ordre moral, politique ou économique établi, et qui, pour ce motif, doit nécessairement exclure l'application en Belgique de toute règle contraire ou différente inscrite dans le statut personnel de l'étranger ». Cette définition est trompeuse car elle semble laisser croire qu'il faut partir d'un examen des dispositions internes afin de déterminer si celles-ci sont d'ordre public international, après quoi il suffirait d'écarter la loi étrangère si celle-ci est en contradiction avec la loi du juge saisi.

[1587] Cass. belge, 4 mai 1950, *Pas.*, 1950, I, 624. En l'espèce, un enfant naturel, ressortissant français, demandait la reconnaissance de la filiation l'unissant à un citoyen belge. Le ressortissant français avait 40 ans. Or, la loi belge de l'époque interdisait toute action portant sur la filiation 5 ans après que l'intéressé soit devenu majeur (voy. l'article 341 du C. civ. belge - aujourd'hui le délai de prescription est de 30 ans, voy. l'article 331 du C. civ. belge). La loi française ne connaissait pas de délai de prescription, l'action en réclamation d'état était imprescriptible à l'égard de l'enfant. La Cour a constaté que le délai de déchéance de 5 ans, introduit dans la législation belge en 1908, présentait un caractère d'exception et non de principe; que le législateur avait pour des raisons d'opportunité et non de principe voulu concilier l'intérêt de l'enfant naturel avec celui de la famille et que le législateur n'avait donc pas donné à la disposition la valeur d'un principe essentiel à la sauvegarde de l'ordre moral etc., ni la valeur d'un principe excluant l'application du statut personnel du demandeur étranger.

1147. Cependant, l'exception d'ordre public n'a pas vocation à protéger des dispositions particulières de la *lex fori*, mais uniquement des principes fondamentaux du système juridique du for : il faut donc simplement s'attacher à déterminer si l'application de la loi étrangère fait naître un risque inacceptable pour les principes fondamentaux du droit du juge saisi.

2. ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET CATEGORIE NORMALE DE RATTACHEMENT

1148. Le nombre de dispositions internes impératives qualifiées « d'ordre public » a donné naissance à la théorie proposant l'ordre public comme une catégorie de rattachement rassemblant ces dispositions, au même titre que le statut personnel ou réel, et soumise à la loi du for. Peut-on concevoir l'ordre public en tant que catégorie autonome de rattachement, justifiant la compétence générale et préférentielle de l'ordre juridique du for ? A la différence de l'exception d'ordre public, il ne s'agit pas d'un ordre public d'éviction, mais d'un ordre public positif de désignation ; à la différence d'une loi de police, ce n'est pas une disposition impérative spécifique du for qui revendique son application, mais la compétence générale du for qui s'impose pour assurer le respect de ses impératifs d'ordre public[1588].

1149. Sa paternité revient à P. Mancini, A. Pillet et surtout à P. Kahn et sa vision de l'*Inlandsbeziehung* comme rattachement subsidiaire[1589]. C'est, en effet, une opinion qui a été soutenue au XIXe siècle par P. Mancini et A. Pillet qui assimilaient l'ordre public aux lois territoriales[1590]. Mancini avait ainsi indiqué les exceptions au principe de la suprématie de la loi nationale, dans le cadre de la doctrine de la personnalité des lois, afin de faire une place, au sein des catégories de rattachement, à un groupe de lois territoriales dans lequel l'on puisse faire entrer, pêle-mêle, les lois de procédure, les lois réelles, les lois sur la forme des actes juridiques, les lois délictuelles, etc. La notion d'ordre public paraissait adéquate par rapport à ce raisonnement à raison du lien, existant dans l'esprit de P. Mancini, entre la territorialité du droit imposant la compétence de la loi locale et l'impérativité de l'ordre public, pour cimenter les différents éléments de ce groupe hétérogène. Dans le cadre de sa distinction fondamentale des lois de protection individuelle et des lois de garantie sociale, A. Pillet voyait également les lois

---

[1588] P. HAMMJE, « L'ordre public de rattachement », Communication *in Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, Séance du 23 novembre 2007 Présidence de M. DELAPORTE, Années 2006-2007 et 2007-2008, Editions Pedone, Paris 2009, p.154.

[1589] P. KAHN, *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, t. I, Munich, 1928, p. 251 cité dans A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé, Cours général*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, Adi-poche, 2011, p. 228-251.

[1590] P. HAMMJE, « L'ordre public de rattachement », *loc. cit.*, p.154.

territoriales comme des lois d'ordre public au motif qu'elles poursuivent un but de garantie sociale : l'ordre à faire régner dans un certain ressort.

1150. Considérer l'ordre public comme une catégorie normale de rattachement pourrait s'expliquer également par la structure de l'article 3 du Code civil français, dont l'alinéa 1er regroupe les « lois de police et de sûreté » au même titre que celles concernant les immeubles (al. 2) et les personnes (al. 3). Cette idée ne peut pourtant pas être retenue à cause de plusieurs contre-arguments logiques tenant, en premier lieu, au manque d'homogénéité de cette catégorie de rattachement. En effet, à la différence des autres catégories de rattachement, celle-ci regrouperait des éléments très différents, faisant de l'ordre public une option trop vague pour former, en soi, la matière, l'objet ou le but des lois[1591].

1151. En deuxième lieu, la conception examinée conduit à inclure dans la catégorie du droit international privé les dispositions qualifiées « d'ordre public » en droit interne parce qu'impératives. Or, l'assimilation serait gravement erronée, puisque le domaine de l'ordre public est plus étroit dans le second que dans le premier[1592].

1152. En troisième lieu, la conception contrevient au rôle assigné à l'ordre public en droit international privé, car l'assimiler aux règles de rattachement, qui présentent un caractère territorial, méconnaît qu'il intervient dans des matières qui relèvent normalement de la loi personnelle ou qu'il est utilisé à l'encontre de lois nationales[1593]. De plus, l'ordre public ne saurait être traité comme une règle ordinaire de rattachement lorsqu'on doit déterminer le moment auquel il y a lieu de se placer pour l'apprécier. Alors que la règle de rattachement applicable est en principe celle en vigueur à l'époque des faits litigieux, l'ordre public, quant à lui, doit s'apprécier au moment du procès. La différence est lourde de conséquences du fait que la notion d'ordre public varie en fonction des réformes législatives dont elle subit l'incidence. Il faut donc écarter cette conception pour ne plus retenir que la fonction d'éviction de l'exception d'ordre public.

[1591] C'est pourquoi l'article 6 du C. civ. ne parle pas de « lois d'ordre public », mais vise « les lois qui intéressent l'ordre public ».

[1592] En matière patrimoniale, voy. par exemple, admettant la validité d'un pacte de *quota litis* en matière internationale, CA Paris, 19 sept. 1991, D. 92, p. 43 note Ch. JARROSSON.

[1593] C'est ainsi qu'il est admis par la jurisprudence française que les nationalisations relèvent de la *lex rei sitae*, ce qui entraîne la reconnaissance de la compétence de la loi étrangère pour régir les nationalisations portant sur des biens situés à l'étranger. Or les tribunaux français refusent tout effet en France aux nationalisations étrangères, lorsqu'elles n'ont pas été assorties d'une juste indemnisation. Ce faisant, ils utilisent l'exception d'ordre public pour évincer une loi étrangère d'application territoriale. Voy. notamment : Cass., 1re civ., 14 mars 1939, *S.* 1939.1.182 ; 23 avr. 1969, *D.* 1969, p. 341, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1969, p. 717, note SCHAEFFER.

3. ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET LOIS DE POLICE

1153. C'est une confusion terminologique due à la déduction que, parfois, en présence de certaines situations, l'application de la loi du for s'imposerait alors même que la règle de conflit désignerait la loi étrangère comme étant applicable[1594], qui est à l'origine de cette identification. Pourtant la notion d'ordre public est en réalité différente de celle de lois de police[1595] et cela de plusieurs points de vue.

1154. Premièrement, les deux notions interviennent à des stades différents du raisonnement conflictuel. La loi de police est utilisée comme un préliminaire. Elle doit être prise en considération à l'origine même du raisonnement conflictuel. Le juge constate que « les intérêts sociaux en cause sont si importants que la *lex fori* doit s'appliquer selon ses propres dispositions »[1596]. Cela entraine une élimination *ab initio* du conflit de lois, la désignation d'une loi étrangère devenant, en conséquence, inutile. L'ordre public intervient au contraire au terme du raisonnement conflictuel et, loin d'être dotée d'une compétence exclusive, la loi du for devrait normalement se voir préférer la loi étrangère en vertu de la règle de conflit. Par la suite, le juge ne se décide à écarter la loi étrangère par le jeu de l'exception d'ordre public que parce que les prescriptions concrètes de ladite loi sont jugées par lui inadmissibles. Cette identification entre les deux notions tend à transformer l'ordre public en un facteur de rattachement, situation dont nous avons déjà indiqué les critiques.

1155. L'échec des tentatives d'identification de l'ordre public, tel qu'il se présente en droit international privé, à d'autres notions, contraint l'internationaliste à constater la spécificité de la notion d'ordre public dans cette discipline. Il convient alors d'en analyser les caractéristiques.

B. LA SPECIFICITE DE L'ORDRE PUBLIC

1156. A la différence de l'ordre public du droit interne[1597], l'ordre public du droit international privé traduit les limites de la perméabilité de l'ordre juridique du for dans le sens où, même s'il a la possibilité d'accepter l'application des règles de la loi étrangère, il existe toutefois des obstacles

---

[1594] Une illustration de cette confusion est donnée par Cass., 1re civ., 20 oct. 1987, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1988, p. 540, note Y. LEQUETTE, *JDI* 1988, p. 446, note A. HUET, déclarant que « les règles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux énoncés par les articles 212 et suivants du Code civil sont d'application territoriale ».

[1595] Pour un exemple de cette différence, à propos de la législation sur l'usure : CA Pau, 1er mars 2001, *D.* 2002, somm. 639, obs. H. SYNVET, *D.* 2002, somm. 2939, obs. R. FRANCK.

[1596] H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, t. 1, 1993, n° 254.

[1597] Qui marque « la limite à partir de laquelle les intérêts particuliers doivent s'effacer devant les exigences collectives », voy. P. GRAULICH, *Principes de droit international privé. Conflit de lois. Conflits de juridictions, Paris*, Dalloz, 1961, p. 215.

imposés par ses conceptions dominantes[1598]. L'exception d'ordre public de droit international privé est ainsi l'*instrumentum* à travers lequel les conceptions dominantes du système juridique du for imposent les limites de l'application de la loi étrangère. L'intervention de cette exception nécessite l'enclenchement du mécanisme du jeu de la règle de conflit ; dans une seconde étape, l'ordre public international constitue un mécanisme d'éviction de la loi étrangère normalement compétente lorsque les dispositions de celle-ci heurtent la conception française de l'ordre public international français, de sorte que ces normes étrangères « ne saurai[ent] avoir d'efficacité en France »[1599]. Pour faire intervenir l'ordre public, le juge prend en considération les liens, plus ou moins proches, entretenus entre la situation juridique et le for ; il procède à une substitution de la loi française à la loi étrangère seulement si ces liens la justifient.

1157. Ce mécanisme ne se limite pas au cadre des conflits de lois. En effet, la même idée de limitation de la perméabilité du for se retrouve dans la fonction assignée à l'ordre public dans le régime des jugements étrangers. Conformément à l'article 34 (1) du Règlement 44/2001, ne sera pas reconnue ou exécutée dans le for la décision étrangère dont la reconnaissance ou l'exécution serait manifestement incompatible avec l'ordre public du for. L'exception d'ordre public ainsi consacrée permet de limiter l'effort d'ouverture du for aux décisions étrangères. L'exception d'ordre public est également reconnue de façon expresse dans certaines conventions comme, par exemple, la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles[1600] remplacée par le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles[1601], ainsi que dans le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles[1602] ou encore la Convention de La Haye sur les accidents de la circulation routière[1603].

1158. Un exemple de droit comparé nous est offert par le droit roumain qui prévoit l'éviction de la loi étrangère à travers le mécanisme de l'exception d'ordre public à l'article 2564 du nouveau Code civil. Ainsi, dans son alinéa 1, l'article indique qu'au cas où la loi étrangère contrevient à l'ordre public de droit international privé roumain, ou si la loi étrangère est devenue compétente en raison de la fraude à la loi roumaine, elle sera évincée au profit de la loi roumaine. L'alinéa 2

[1598] B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, n° 317.

[1599] Cass., 1re civ., 23 janvier 1979, n° pourvoi 77-12.825 : *Bull. civ.* 1979, I, n° 27.

[1600] L'art. 16 : « L'application d'une disposition de la loi désignée par la présente convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».

[1601] L'art. 21 : « L'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».

[1602] L'art 26 : « L'application d'une disposition de la loi d'un pays désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».

[1603] L'art. 10 : « L'application d'un des lois déclarées compétentes par la présente Convention ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ».

apporte une importante précision en affirmant que l'application de la loi étrangère contrevient à l'ordre public de droit international privé roumain si elle entraine un résultat incompatible avec les principes fondamentaux de droit roumain ou de droit de l'Union européenne et avec les droits fondamentaux de l'homme.

1159. Le mécanisme de l'exception d'ordre public souffre cependant du manque de précision de la notion. Il est difficile, en effet, de dire exactement ce qui entre ou non dans le contenu de l'ordre public et son utilisation s'accompagne toujours d'une certaine méfiance. Le manque de précision de la notion d'ordre public entraine deux interrogations pour le juge du for : peut-il utiliser le mécanisme de l'exception ; si oui, dans quelles conditions? Savoir si l'on peut utiliser le mécanisme implique une recherche de l'appartenance de la question juridique, dont le juge est saisi, à la catégorie des conceptions dominantes du for qui ne doivent pas être enfreintes. Les conditions de la mise en œuvre traduisent le régime procédural de l'exception d'ordre public. Nous allons, donc, analyser, dans un premier temps, la portée de l'exception d'ordre public (1) et, dans un deuxième temps, la mise en œuvre de l'exception d'ordre public (2).

1. La portee de l'exception d'ordre public

1160. Le droit français considère qu'il faut distinguer, dans le champ du corpus de règles et principes constitutifs de l'ordre public international, entre les règles assurant la sauvegarde des principes de justice universelle et les règles dont le rôle est la sauvegarde d'une politique législative propre au for concerné.

1161. Ainsi, d'un côté, les règles assurant la sauvegarde des principes de justice universelle et permettant de protéger les fondements de l'organisation politique et sociale de la société française, constituent le noyau dur de l'ordre public international français et comprennent « l'ensemble des principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »[1604]. Cette conception de l'ordre public international comprend l'ensemble des droits ayant pour objectif la protection de la personne humaine ainsi que de sa dignité, incluant en ce sens, par exemple, l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, l'origine ethnique ou la religion ou l'interdiction de l'esclavage ou encore de l'inégalité civile et du mariage forcé. Un Communiqué venant accompagner la décision de la chambre sociale en date du 10 mai 2006, par laquelle, pour la première fois, la Cour de cassation se réfère à l'ordre public international français pour admettre la compétence du juge français alors que les liens de

[1604] Cass., civ., 25 mai 1948, *Lautour*, préc.

rattachement avec le territoire français étaient inexistants, prévoit que « certains textes internationaux protecteurs[1605] des droits de l'homme font partie intégrante du corpus de valeurs et principes constitutifs de l'ordre public international français ». Une telle orientation avait déjà été prise par la Cour de cassation dans les arrêts rendus par la première chambre civile le 17 février 2004, se référant au principe d'égalité des sexes posé par l'article 5 du Protocole additionnel n° 7 à la CEDH, pour refuser l'exequatur d'une répudiation prononcée conformément à la loi du pays où celle-ci est intervenue[1606].

1162. D'un autre côté, les règles dont le rôle est la sauvegarde d'une politique législative propre au for concerné se trouvent dans des domaines juridiques ayant fait l'objet d'importantes modifications à une période donnée, tel que le droit de la famille ; par exemple, à l'époque où le droit français prohibait la légitimation des enfants adultérins, l'ordre public international s'opposait à l'application en France d'une loi étrangère l'admettant. Il est désormais invoqué afin d'évincer une loi s'opposant à ce type de légitimation, cette situation évolutive reflétant le principe d'actualité de l'ordre public.

1163. Malgré ces précisions, la portée de l'ordre public reste assez floue et l'appréciation d'une éventuelle violation de l'ordre public suppose l'analyse d'un certain nombre d'exemples reflétant son utilisation en droit positif. Ainsi, en matière de statut personnel, les lois étrangères qui connaissent des empêchements fondés sur des distinctions de race ou de religion sont interdites d'application parce que de telles prohibitions sont contraires à la liberté individuelle[1607]. De même, un arrêt rendu par la première chambre civile le 10 février 1993[1608] exprime la conception française de l'ordre public international en matière de filiation en décidant que « si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont, en principe, pas contraires à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France, du droit d'établir sa filiation ». La solution a été reprise plus récemment[1609] au motif que « l'enfant n'ayant pas la nationalité française et ne résidant pas en France », l'impossibilité d'établir la filiation naturelle selon le droit désigné par la règle de conflit n'était pas contraire à la conception française

[1605] Comme, par exemple, la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (CESDH), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les conventions de l'Organisation Internationale du Travail, etc.

[1606] Cass., 1re civ., 17 février 2004.

[1607] CA Paris, 17 nov. 1922 : *DP* 1923. 2. 59, *S.* 1924. 2. 65, *JDI* 1923, p. 85, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1923, p. 23.

[1608] Cass., 1re civ., 10 février 1993, n° pourvoi 89-21.997 : *Bull. civ.* 1993, I, n° 64.

[1609] Cass., 1re civ., 10 mai 2006, n° pourvoi 05-10.299 : *Bull. civ.* 2006, I, n° 226, D. 2006, p. 2890, note G. KESSLER et G. SALAME.

de l'ordre public international. À l'inverse, s'agissant d'un enfant né et élevé en France, la première chambre[1610] a approuvé une cour d'appel d'avoir décidé que les dispositions de la loi ivoirienne prohibant la recherche de la paternité naturelle étaient contraires à l'ordre public international français en ce qu'elles privaient l'enfant d'établir sa filiation paternelle.

1164. Par ailleurs, il a été jugé, à plusieurs reprises, que la loi étrangère qui prohibe l'adoption n'est pas contraire à l'ordre public international dès lors qu'existe la *kafala*[1611], mesure de recueil d'un enfant prévue par les lois musulmanes.

1165. Jusqu'à la réforme du 11 juillet 1975, le divorce représentait une matière dans laquelle l'ordre public international pouvait intervenir. De 1816 à 1884, période au cours de laquelle le divorce était interdit en droit interne, les tribunaux français refusaient au nom de l'ordre public aux étrangers dont la loi nationale admettait le divorce la faculté de divorcer en France. La loi du 27 juillet 1884, tout en rétablissant le divorce, adhérait à la conception du divorce-sanction limitant les causes de divorce à l'adultère, la condamnation à une peine afflictive et infamante, les excès, sévices et injures graves. Ces causes étaient considérées par les juridictions françaises comme un maximum et les lois étrangères plus libérales étaient écartées comme contraires à l'ordre public[1612].

1166. L'exception d'ordre public est appliquée dans d'autres domaines variés, même si c'est d'une manière moins étendue. Ainsi, dans le cadre du statut réel, tout en admettant qu'il est loisible à un État étranger d'exproprier les biens ou de nationaliser les entreprises situées sur son territoire, la jurisprudence française condamne comme contraire à l'ordre public toute expropriation ou nationalisation dans laquelle le transfert des biens à l'État n'a pas pour contrepartie une « indemnité équitable préalablement fixée »[1613]. En matière de responsabilité extracontractuelle également, les tribunaux français ont fait jouer l'exception d'ordre public pour

---

[1610] Cass., 1re civ., 26 octobre 2011, nº pourvoi 09-71.369 : *Bull. civ.* 2011, I, nº 182.

[1611] Cass., 1re civ., 15 décembre 2010, nº pourvoi 09-10.439 : *Bull. civ.* 2010. I. nº 265.

[1612] En particulier, deux étrangers ne pouvaient divorcer en France par consentement mutuel, même si cette forme de divorce était reconnue par leur loi nationale normalement compétente. voy. notamment pour la jurisprudence antérieure à 1884, Cass., req., 15 nov. 1848 : *DP* 1848. 1. 247, *S.* 1848. 1. 673 et pour la jurisprudence postérieure, Cass., req., 3 avr. 1945 : *S.* 1935. 1. 230.

[1613] Cass., req., 5 mars 1928, *La Ropit* : *DP*, 1928. 1. 81, note R. SAVATIER, *JDI* 1928, p. 674, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1929, p. 288, note M.-L. NIBOYET-HOEGY ; Cass.,1re civ., 14 mars 1939, *Potassias Ibericas* : *S.* 1939. 1. 182 ; Cass., 1re civ., 2 mars 1955 : *JDI* 1956, p. 150, note A. PONSARD, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1955, p. 496, note Y. LOUSSOUAM ; Cass., lre civ., 23 avr. 1969 (nationalisations algériennes) : *D.* 1969, p. 361, concl. BLONDEAU, *Gaz. Pal.* 1969. 1. 276, *JCP* 1969. II. 15897, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1969, p. 717, note SCHAEFFER, *JDI* 1969, p. 912, note P. CHARDENON ; Cass., civ., 1er juill. 1981 : *JDI* 1982, p. 148, note P. BOUREL, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1982, p. 376, note P. LAGARDE.

corriger les conséquences fâcheuses que pourrait avoir le caractère fortuit du rattachement systématique à la *lex loci delicti*[1614].

1167. En matière de contrats internationaux, l'ordre public a été opposé à une disposition de la loi étrangère compétente qui n'avait rien de contraire à l'esprit du droit français (disposition portant dévaluation du dollar canadien et annulant les clauses-or), mais était applicable sans distinction aux contrats internes et aux contrats internationaux. La jurisprudence française a estimé que le « règlement interne » et le « règlement international » des dettes méritaient un ordre juridique différent et qu'il était nécessaire que la clause-or puisse être insérée dans un contrat international. La Cour de cassation en a déduit, dans l'affaire des *Messageries Maritimes*, que la loi canadienne était contraire à la conception de l'ordre public international français et qu'il convenait de lui substituer la disposition de droit français qui régit les contrats internationaux[1615].

1168. Après avoir observé ces quelques décisions qui reflètent l'utilisant de l'exception d'ordre public en droit international privé français, il faut analyser sa mise en œuvre afin de clarifier les conditions de son utilisation.

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

1169. Les conditions de la mise en œuvre du mécanisme de l'exception d'ordre public traduisent son régime procédural et sont concrétisées à travers l'attention que le juge du for prête à des éléments comme le défaut de communauté entre les ordres juridiques intéressés, l'appréciation du résultat de l'application de la loi étrangère en fonction de l'ordre public international actuel du for et l'existence des liens de rattachement suffisants entre le for et la situation juridique. Ainsi,

---

[1614] Ainsi, dans l'affaire *Kieger c/ Amigues*, CA Paris, 2 oct. 1963 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1964, p. 332, note P. LAGARDE, les juges du fond avaient au nom de l'ordre public écarté la loi allemande du lieu de l'accident au motif qu'elle n'admettait pas la réparation du préjudice moral. Leur décision a été censurée par la Cour suprême (Cass., civ., 30 mai 1967 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1967, p. 728, note P. BOUREL) qui a estimé, à juste titre, que le refus de réparer le préjudice moral, refus qui jusqu'en 1958 était en France opposé par le Conseil d'État aux victimes d'accidents de la circulation, ne pouvait être considéré comme portant atteinte à un principe fondamental du droit français. Depuis cette décision, la Cour de cassation a maintenu une position restrictive à l'égard de l'intervention de l'ordre public ; voy. notamment, Cass., 1re civ., 15 déc. 1969 : *JDI* 1971, p. 565, note R. DAYANT, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1971, p. 512, note D. BOUREL ; Cass., 1re civ., 6 janv. 1971: *JDI* 1972, p. 47, note B. GOLDMAN, 4 mai 1976, *JCP* 1979. II. 19092, note F. CHABAS ; Cass., crim., 6 nov. 1990 : *D* 1990. *IR.* 274. voy. également, Cass., 1re civ., 6 juin 1990 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1991, p. 354, note P. BOUREL, *D.* 1990, somm. 265, obs. B. AUDIT et Cass., 1re civ., 4 avr. 1991 : *JDI* 1991, p. 981, note P. LEGIER, qui se refusent à assimiler la loi du 5 juill. 1985 relative à l'indemnisation des victimes d'un accident de la circulation routière à une loi de police. Voy. cependant CA Paris 15 déc. 1995, *Gaz. Pal* 1996. 1. 155 écartant la loi étrangère au profit de la loi française du 6 juill 1990 sur l'indemnisation des victimes d'infraction. La Cour de cassation a précisé que le résultat tient ce que la loi française en question est une loi de police dans son arrêt Cass., 2e civ., 25 janv 2007, *Casanova*, *D.* 2007, *AJ*. 578.

[1615] Cass., 1re civ., 21 juin 1950 : *D.* 1951, p. 749, note J. HAMEL, *S.* 1951, p. 11, note M.-L. NIBOYET-HOEGY, *JCP* 1950. II. 5812, note J. Ph. LEVY, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1950, p. 609, note H. BATIFFOL ; voy. sur la question, P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, « À propos du contrat international », *JDI* 1951, p. 4 et s.

premièrement, il faut que le résultat de l'application de la disposition étrangère soit inconciliable avec la conception actuelle de l'ordre public international du for, l'appréciation de cette situation de fait se faisant *in concreto*. L'ordre public suppose donc un défaut de communauté juridique entre la loi normalement compétente et la loi du for qui s'accompagne de l'idée de la relativité de l'ordre public dans le sens où son intervention dépend moins de la teneur même de la loi étrangère que de l'importance de la perturbation que son application pourrait engendrer dans le système juridique du for.

1170. Le défaut de communauté a été souligné par plusieurs auteurs. Pour P. Lerebours-Pigeonnière[1616], par exemple, l'exception d'ordre public réagit à deux points de vue contre les lois étrangères désignées par le règlement normal des conflits : elle s'élève, d'un côté, « contre l'application des lois étrangères qui méconnaîtraient les principes de droit public ou privé communs aux nations civilisées, expression de la morale et de la justice objectives, que certains auteurs qualifient de principes internationaux »[1617]. D'un autre côté, l'exception d'ordre public permet d'écarter l'application des lois étrangères lorsque cette application, par suite d'une divergence dans les buts moraux, sociaux, économiques, causerait à l'intérêt français un tort grave dont la considération doit prévaloir sur celle du commerce international et de la solidarité internationale. L'exception d'ordre public apparaît alors comme un instrument de protection de l'ordre juridique interne, dans le cadre duquel interviennent des éléments étrangers.

1171. Le double aspect de l'exception d'ordre public ainsi relevé par P. Lerebours-Pigeonnière, a été repris par H. Batiffol, mais selon un clivage un peu différent[1618]. Après avoir constaté que l'ordre public réagit contre le défaut de communauté juridique, il souligne que les tribunaux français ont rejeté des lois étrangères qui, à coup sûr, ne mettaient en cause aucun principe de droit naturel, mais qui paraissaient inconciliables avec une certaine politique législative. Il résulte que l'ordre public ne saurait, en droit international, intervenir lorsque la loi du for présente un caractère supplétif. Mais même en présence d'une loi impérative, son intervention n'est pas systématique et elle doit être modulée en fonction du caractère plus ou moins indispensable de la loi en question.

1172. Le juge doit tenir aussi compte de la perturbation concrète que l'intervention de la loi étrangère peut engendrer lors de son application dans le système juridique du for[1619]. Il s'agit donc

---

[1616] P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Droit international privé*, 7e éd., Dalloz, 1959, n° 379, p. 500.
[1617] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, n° 270.
[1618] H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, t. 1, 1993, n° 359.
[1619] Voy. notamment J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente: l'ordre public et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952, p. 158

moins de procéder à une comparaison *in abstracto* de la loi étrangère et de la loi du for que d'apprécier l'impact que l'application en France de la loi étrangère est susceptible d'avoir dans un cas concret ; dans quelle mesure, compte tenu des circonstances de la cause, l'application de la loi étrangère produit-elle un résultat choquant pour l'opinion publique ?

1173. L'ordre public doit s'apprécier en fonction du résultat qu'entraîne l'application de la loi étrangère et non du but légitime ou non poursuivi par le législateur qui l'a édictée[1620]. Ainsi, lorsque le juge relève une violation de l'ordre public, il n'écarte pas le droit étranger dans son ensemble, mais uniquement la disposition concernée par la violation.

1174. Quel droit appliquer alors ? En règle générale, il faut trouver la solution au problème dans le droit étranger déclaré applicable. Il ne sera toutefois pas toujours possible de trouver une disposition pertinente pour remplacer la disposition écartée. Théoriquement, on pourrait envisager d'appliquer un droit de la même famille (grandes familles de droit étranger). La plupart du temps, le tribunal appliquera dès lors la *lex fori* en raison de sa vocation subsidiaire. Cette solution a été consacrée, par exemple, par l'article 21 du projet de Code de droit international privé belge, selon lequel « lorsqu'une disposition du droit étranger n'est pas appliquée en raison de cette incompatibilité, une autre disposition pertinente de ce droit ou, au besoin, du droit belge, est appliquée ».

1175. La relativité de l'ordre public se trouve accentuée en raison de la prise en considération de l'intensité plus ou moins grande qu'entretient la situation litigieuse avec le for. On parle alors d'ordre public de proximité, d'ordre public subjectif ou encore d'ordre public sélectif. La mesure de cette intensité a cependant des contours imprécis mais la jurisprudence indique certaines pistes, car elle semble avoir utilisé ce facteur pour imposer l'application de la loi française dans deux hypothèses : délimiter le champ de l'effet atténué de l'ordre public[1621] et corriger un rattachement considéré comme inadapté.

1176. Deuxièmement, le résultat concret de l'application de la norme étrangère doit être apprécié en fonction de l'ordre public international actuel, y compris dans l'hypothèse où il est demandé de se prononcer sur la régularité d'une décision de justice ou d'un acte conclu à

[1620] La jurisprudence semble s'attacher tout à la fois au résultat et au but. C'est ce que révèle la confrontation de l'arrêt de la Gour de cassation du 25 janv. 1966 (*D.* 1966, p. 390, note Y. LOUSSOUARN, *JDI* 1966, p. 631, note BREDIN, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1966, p. 238, note Ph. FRANCESCAKIS) et des arrêts du 23 avr. 1969 relatifs aux nationalisations algériennes (préc.).

[1621] Celui-ci retrouve alors son rôle habituel d'éviction de la loi étrangère. C'est ainsi que la Cour de cassation prive de cet effet les mariages polygamiques célébrés et les répudiations prononcées à l'étranger lorsque les époux (ou l'un d'eux) ont (a) la nationalité française ou sont (est) domicilié(s) en France (*ordre public de proximité*), l'absence de pareils liens avec le for étant en revanche de nature à justifier la reconnaissance de ces deux institutions (*effet attenué*).

l'étranger plusieurs décennies auparavant. Dans ce cas, le juge doit-il tenir compte de l'état où se trouve son droit (ou le droit étranger) à l'époque où la situation a été constituée ou se placer au jour de la décision à prendre ?[1622] Le choix s'impose entre ordre public ancien et ordre public nouveau. Il existe sur cette question une unanimité doctrinale en faveur de l'actualité de l'ordre public : celui-ci doit être apprécié à la date du jugement.

1177. La jurisprudence est également fermement établie en ce sens[1623]. Par exemple, le principe d'égalité des filiations, qui n'était pas d'ordre public international français, l'est devenu depuis un arrêt de la première chambre civile du 12 mai 1987[1624] : un enfant était né, durant le mariage, des relations entretenues par le mari avec une autre femme. Après la dissolution du mariage, l'ex-mari, après avoir reconnu l'enfant, avait épousé la mère de ce dernier. L'enfant né du premier mariage du père a contesté la qualité d'héritier de celui né des relations adultérines et a demandé l'annulation de la reconnaissance et de la légitimation par le mariage de son père par application de la loi belge, loi personnelle du père, qui interdisait la reconnaissance et la légitimation des enfants adultérins. La première chambre civile, se référant aux « principes qui régissent le droit international privé », a décidé « que le principe de la légitimation par le mariage des enfants naturels, même d'origine adultérine, traduit une conception fondamentale actuelle du droit français entraînant, par l'effet de l'ordre public[…] l'éviction de la loi belge ».

1178. Seuls le fondement et la portée de la règle divisent les auteurs[1625]. La règle n'a pas cependant un caractère absolu et certains auteurs[1626] ont ainsi proposé de l'écarter, en cas de changement de règles de conflit, par référence aux dispositions du droit transitoire interne, lorsque celles-ci imposent l'application d'une loi nouvelle qui porterait atteinte à une situation

---

[1622] Sur cette question, voy. A. RODRIGUEZ, « Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public international », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1972, p. 369, D. BODEN, *L'ordre public: limite et condition de tolérance. Recherche sur le pluralisme juridique*, *op. cit.*, n° 667.

[1623] Voy. notamment Cass., civ., 23 nov. 1976 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1977, p. 746, note J. FOYER, *JDI* 1977, p. 504, obs. P. KAHN, 13 nov. 1979, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1979, p. 553, note SIMON-DEPITRE.

[1624] Cass., 1re civ., 12 mai 1987, nº pourvoi 84-14.472 : *Bull. civ.* 1987, I, nº 150, *JDI* 1988, p. 101.

[1625] Lorsque, comme les hypothèses récentes d'intervention de l'ordre public l'ont montré, cet ordre public est apprécié par référence aux règles nouvelles édictées par le législateur, il a parfois été proposé de tenir compte par analogie des règles du droit transitoire interne, ce qui pourrait conduire à conférer à l'ordre public nouveau un certain caractère rétroactif, notamment dans l'hypothèse où cet ordre public, tel qu'exprimé dans les dispositions transitoires de la loi nouvelle, permettrait de valider après coup un acte pourtant nul au départ: cas par exemple d'une reconnaissance d'enfant adultérin intervenue en France avant 1972 et donc nulle au regard de l'ordre public ancien, mais qui devrait être considérée comme régulière au nom de l'ordre public nouveau conformément à l'article 12 de la loi de 1972 soumettant à la loi nouvelle les effets de situations constituées antérieurement. Voy., en ce sens, P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2014, n° 204 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, n° 310

[1626] P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2014, n° 204 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, n° 317.

acquise en prohibant un acte dont la validité était antérieurement reconnue valable. Le principe d'actualité devrait alors s'effacer devant l'ordre public ancien.

1179. L'actualité de l'ordre public traduit sa variabilité dans le temps et implique l'idée que ce qui était contraire à l'ordre public de droit international privé il y a cent ans, ne l'est pas nécessairement aujourd'hui car l'exception d'ordre public dépend des principes fondamentaux de la société et change avec ceux-ci. Par exemple, auparavant, l'on aurait sans doute facilement toléré l'application de dispositions étrangères qui discriminent l'un des époux, le plus souvent l'épouse ; aujourd'hui le principe d'égalité des époux a gagné en importance et l'on écartera plus facilement une loi étrangère qui désavantage l'un ou l'autre.

1180. Les deux réformes du droit civil français opérées par la loi du 3 juillet 1972 en matière de filiation et par la loi du 11 juillet 1975 en matière de divorce et de séparation de corps sont significatives à cet égard. Cependant, la variabilité de l'ordre public se manifeste non seulement dans le temps mais aussi dans l'espace et trouve une illustration dans le cas de conflits internes. Le pluralisme juridique à l'intérieur d'un même pays justifie moins l'intervention de l'ordre public qu'en présence d'un conflit de type international opposant la loi du for et la loi étrangère[1627]. On peut en effet difficilement reprocher à l'une des composantes législatives d'un État de heurter l'ordre public de cet État alors qu'elle fait partie intégrante de son droit général. Il est évident qu'un État qui, comme la France, admet l'existence sur son propre territoire, de statuts particuliers est conduit à accueillir des institutions locales qu'il pourrait considérer comme contraires à son ordre public lorsqu'elles émanent d'un système étranger[1628].

1181. De même, une autre illustration de la variabilité dans l'espace résulte du fait que l'ordre public est apprécié différemment d'un pays à l'autre. Un État laïc n'aura par exemple pas la même tolérance qu'un État musulman en ce qui concerne la polygamie ou la répudiation.

1182. Troisièmement, il faut des liens de rattachement suffisants entre le for et la situation juridique. Par exemple, l'arrêt *Iturralde de Pedro*[1629], évoque la faculté de demander le divorce

---

[1627] Sur cet aspect de la question, voy. D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de tolérance. Recherche sur le pluralisme juridique, op. cit.*, n°s 645 et s.

[1628] Voy. pour l'exclusion de l'ordre public dans le conflit interprovincial entre la loi française et la loi d'Alsace-Lorraine après le retour de ces provinces à la France à l'issue de la Première Guerre mondiale, Cass., civ. 28 juin 1937 : *S.* 1937. 1. 387, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1938, p. 487 ; dans un conflit de nature hybride interpersonnel et interterritorial entre le droit commun et le statut local, Cass., civ. 25 févr. 1997, sol. Implicite : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1998, p. 602 avec la note approbatrice G.A.L. DROZ. Dans la même voie, les juges tolèrent la polygamie pratiquée sur le sol français par des Français qui, ayant gardé la nationalité française par déclaration au moment de l'indépendance de l'Algérie, était de statut musulman.

[1629] Cass., 1ère civ., 1er avril 1981.

d' »un Français domicilié en France ». En matière de filiation[1630] également la Cour de cassation a souligné que l'impossibilité d'établir la filiation naturelle selon le droit désigné par la règle de conflit n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international, « l'enfant n'ayant pas la nationalité française et ne résidant pas en France ».

1183. En partant de ces conditions, une partie peut-elle reprocher au juge d'avoir appliqué la loi étrangère compétente sans avoir examiné d'office sa conformité à l'ordre public au sens du droit international privé ? Deux décisions semblent prendre des positions contradictoires sur cette question. Dans l'une d'elles, la Cour de cassation semble estimer que le juge qui fait application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit ne peut se voir reprocher de n'avoir pas recherché d'office si cette loi est contraire à la conception française de l'ordre public[1631]. La décision, rendue dans une affaire où la loi applicable était le droit grec de la prescription extinctive, donne l'impression que le juge a seulement la faculté, non le devoir, de contrôler de son propre chef, dans le silence des parties, la conformité de la loi étrangère à l'ordre public. Dans l'autre arrêt[1632], la Cour de cassation semble appeler, au contraire, le juge du fond à vérifier d'office la conformité de la loi à l'ordre public, laissant entendre qu'une abstention de sa part sur ce point vicierait sa décision. Les deux décisions ne sont, à bien y regarder, pas contradictoires : la première n'allège l'office du juge qu'en raison de la teneur de la loi étrangère applicable, ce qui signifie que sa conformité à l'ordre public dispense le juge de prendre position d'office sur ce point. À l'inverse, dans l'hypothèse d'une loi étrangère contraire à l'ordre public, il aurait été reproché au juge de ne pas procéder à son examen, et à son éviction même d'office. La seconde décision ne fait un devoir au juge de prendre position en ce qui concerne la loi étrangère, dans le silence des parties, qu'en ce qui concerne la compétence de cette loi. Cet office exigeant, limité par l'arrêt, conformément à la jurisprudence française actuelle, aux litiges portant sur des droits indisponibles[1633], ne saurait être étendu au contrôle de la conformité à l'ordre public : cela imposerait en effet au juge de procéder systématiquement à ce contrôle, même d'office, et de n'admettre l'applicabilité de la loi étrangère qu'après avoir constaté dans la décision sa conformité à l'ordre public, ce qui serait beaucoup trop lourd. Un silence gardé par le juge sur ce point pourrait en effet lui valoir cassation de sa décision, alors même que la loi étrangère appliquée

---

[1630] Cass., 1re civ., du 10 mai 2006.

[1631] Cass., 1re civ., 14 juin 2005 : Bull civ. 1, n° 244, *D.* 2006, Panorama 1496, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE: « la cour d'appel a fait application du droit étranger compétent selon la règle de conflit de lois invoquée devant elle, sans avoir, compte tenu de la teneur de la loi étrangère telle qu'elle l'a souverainement définie, à rechercher d'office si cette loi était contraire à la conception française de l'ordre public international ».

[1632] Cass., 1ère civ., 6 décembre 2005.

[1633] Cass., 1ère civ., 6 décembre 2005.

serait parfaitement conforme à l'ordre public. Ici encore, il faut en conclure que l'office du juge dépend de la contrariété de la loi applicable à l'ordre public. Cette dernière le serait-elle que le juge français qui l'aurait appliquée sans l'avoir examinée d'office sous le rapport de l'ordre public pourrait se voir reprocher de ne pas avoir fait jouer, d'office, l'exception d'ordre public. À l'inverse, la conformité de la loi étrangère à l'ordre public permet au juge de l'appliquer sans avoir à prendre position sur ce point d'office et expressément. C'est en définitive non pas l'examen de la conformité de la loi à l'ordre public qui doit avoir lieu le cas échéant d'office, mais bien la contrariété de la loi étrangère à l'ordre public qui doit être relevée, au besoin d'office, et que le droit litigieux soit disponible ou non.

1184. Il faut, pourtant, observer que ces conditions générales ne sont que des directives données au juge auquel il appartient dans chaque cas de rechercher si l'application d'une disposition donnée d'une loi étrangère est contraire soit aux principes de droit naturel, soit aux impératifs de la politique législative française. Il en résulte une imprévisibilité et une part de subjectivisme. Après avoir observé les éléments caractérisant la notion d'ordre public il convient d'analyser les effets que ce mécanisme peut avoir lors de sa mise en œuvre.

§ 2. Les influences exercees sur l'ordre public international

1185. L'ordre public international intègre les conceptions fondamentales d'un système juridique qui ont une importance telle qu'elles n'acceptent pas de transgressions. Le mécanisme de l'exception d'ordre public est ainsi mis en place afin de protéger ces conceptions des éventuelles perturbations entraînées par des influences étrangères. De ce point de vue l'ordre public international peut être considéré comme étant sous une influence étatique dans le sens où ce sont des principes fondamentaux étatiques qui sont protégés à travers ce mécanisme. Cependant, l'ordre public international est également influencé par le droit de l'Union européenne dans un contexte de continuelle évolution de ce système juridique. De quelle façon l'application de la loi étrangère est-elle affectée par les influences étatiques ou européennes dont l'objet est l'ordre public international ? Pour répondre à cette question il faut partir de l'observation que, premièrement, l'influence étatique sur l'ordre public international s'exprime à travers la diversité des effets de ce mécanisme quant à l'application de la loi étrangère. Cette exception présente ainsi des effets plus ou moins étendus sur l'application de la loi étrangère en fonction de l'intensité du rattachement de la situation juridique de droit international privé avec le for. Si la situation juridique a été valablement créée à l'étranger où elle a déployé ou est destinée à déployer ses effets,

aucun trouble n'affectera le système juridique du for. Or, dans ce cas, il serait démesuré d'accorder à l'exception d'ordre public des effets pleins alors que des effets atténués seraient plus appropriés. Par contre, si la situation juridique présente des liens étroits avec le système juridique du for, l'ordre public de proximité peut intervenir et évincer la loi étrangère, en désignant comme applicable la *lex fori*.

1186. Deuxièmement, dans les circonstances de l'évolution du système juridique de l'Union européenne, l'on assiste depuis quelque temps à la mise en place d'un ordre public européen censé protéger les conceptions fondamentales européennes. De plus, ce nouvel ordre public européen, même s'il a comme fondements les ordres publics des États membres de l'Union européenne, présente certaines spécificités du fait de la nature particulière de l'Union européenne. Il est dès lors important d'en déceler le fonctionnement et l'influence sur l'application de la loi étrangère. Il faut donc analyser l'ordre public international sous l'influence étatique (A) pour déceler, ensuite, les influences européennes sur cette exception de droit international privé (B).

A. L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL SOUS L'INFLUENCE ETATIQUE

1187. Le mécanisme d'ordre public international exprime l'influence étatique qu'il subi à travers la diversité de ses effets quant à l'application de la loi étrangère.

1188. En fonction du type d'action demandée au juge, de création ou de reconnaissance des effets d'une situation créée à l'étranger, on rattache à l'exception d'ordre public international des effets négatifs ou positifs. De même, si, en règle générale, l'exception d'ordre public engendre l'éviction de la loi étrangère, cette éviction comporte deux variantes, en fonction de l'attitude attendue du juge lorsqu'il est saisi d'un problème juridique. Ainsi, lorsque l'on demande au juge du for de créer directement un droit, il s'agit de l'effet plein de l'ordre public qui entraîne substitution d'une autre norme à la loi étrangère normalement applicable, substitution qui peut être totale ou partielle. Lorsqu'on demande au juge, en revanche, de reconnaître, dans le système juridique du for, les effets que la loi étrangère attache à une situation acquise en dehors de ce système, l'on peut parler, selon les circonstances, de l'effet atténué ou de l'effet réflexe[1634] de l'exception d'ordre public.

[1634] Si, en principe, le juge français n'a pas à tenir compte de l'ordre public étranger, les auteurs s'interrogent toutefois sur le point de savoir si cette règle générale ne doit pas souffrir une exception lorsque, par exemple, le pays du lieu de formation d'un acte ou d'acquisition d'une situation écarte une loi étrangère normalement compétente par le jeu de l'exception d'ordre public. Quelle sera la valeur en France de cet acte ou de cette situation ? Les auteurs sont divisés quant à la réponse à donner à la question posée entre ne pas tenir compte de l'ordre public étranger et, tout en conservant la même position rigoureuse au cas de divergence entre l'ordre public étranger et l'ordre public français, adopter une solution plus flexible dans l'hypothèse où il y a concordance entre l'ordre public de l'État de formation

1189. Le mécanisme présente donc toute une panoplie d'effets (l'effet plein, l'effet atténué, réflexe, négatif ou positif de l'ordre public) qu'il est nécessaire d'analyser en rapport avec l'application de la loi étrangère. L'analyse des effets négatif et positif de l'ordre public international (1) précèdera ainsi celle des effets plein et atténué de l'exception (2).

1. EFFET NEGATIF ET EFFET POSITIF DE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

1190. L'exception d'ordre public peut avoir un « effet positif » et un « effet négatif ». Il semblerait, cependant, que l'utilisation de ces deux termes ne soit pas toujours très claire. Ainsi, sur le site de la Cour de cassation française[1635], l'on trouve une opinion légèrement différente de celle d'une partie de la doctrine[1636]. L'opinion exprimée sur le site de la Cour cassation affirme que l'ordre public international s'exprime sous une forme positive lorsque le juge français applique directement une loi étrangère ou une loi de police française. Dans ce cas, celle-ci s'impose en dehors de tout raisonnement de droit international privé, et donc sans référence à la conception française de l'ordre public.

1191. L'aspect négatif de l'ordre public international se rencontre lorsqu'il s'agit de faire produire effet en France à une situation juridique déjà créée à l'étranger, au stade soit de l'exequatur d'une décision étrangère, soit de sa reconnaissance, notamment incidente. L'effet négatif de l'exception d'ordre public entraine dans ce cas l'éviction de la loi étrangère désignée. À cette fin, la Cour de cassation, qui a fixé les trois conditions de reconnaissance d'un jugement étranger dans un arrêt du 20 février 2007[1637], a exigé que la décision étrangère soit conforme à l'ordre public international de fond et de procédure. L'on comprend, donc, que la Cour de cassation rattache les deux effets, négatif et positif, au type d'action demandée au juge : de création d'une part, ou d'exequatur ou reconnaissance des effets d'une situation d'autre part. Or, cela risque de créer des confusions, car lors de la création des droits par le juge français, celui-ci est contraint, dans un premier temps, d'évincer la loi étrangère compétente en application de la règle de conflit du for, action qui nous semble avoir, d'un simple point de vue terminologique, des

---

de l'acte d'acquisition de la situation et l'ordre public français ; sur l'origine historique de cette expression et la critique du raisonnement doctrinai à son égard, voy. D. BODEN, *L'ordre public: limite et condition de tolérance. Recherche sur le pluralisme juridique, op. cit.*, n° 592 s.

[1635] https ://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2013_6615/etude_ordre_6618/sources_ordre_6624/titre_1_sources_internationales_6625/conception_fran_29035.html

[1636] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op.cit.*, 2013, p. 356.

[1637] Cass., 1re civ., 20 février 2007, n° pourvoi 05-14.082 : *Bull. civ.* 2007, I, n° 68, prévoyant que « pour accorder l'exequatur hors de toute convention internationale, le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi. »

traits plutôt négatifs que positifs. En revanche, l'action qui suit cette éviction est une action positive : elle donne une solution au problème juridique à travers la substitution d'une autre loi à la loi étrangère évincée. Cette opinion est partagée par la doctrine[1638], qui considère que l'effet négatif désigne simplement l'éviction de la loi étrangère, alors que l'effet positif est représenté par la substitution de la *lex fori* ou d'une autre loi, à la loi évincée.

1192. En tout cas l'opinion française sur l'effet négatif et positif de l'exception de l'ordre public est différente de l'opinion allemande, qui opère une distinction supplémentaire entre les ordres publics internationaux « positif » et « négatif »[1639]. L'ordre public international négatif a ainsi tantôt une fonction de « correction » du droit étranger désigné par la règle de conflit de lois, par exemple par l'intervention d'une norme spécifique (à titre d'exemple, l'article 40 III EGBGB dispose, entre autres, que « le créancier ne peut efficacement se prévaloir d'une créance (délictuelle) soumise à la loi d'un autre État dès lors qu'elle est d'un montant manifestement excessif par rapport au dommage subi par la victime »), tantôt une fonction d'éviction du droit étranger, avec substitution du droit allemand à celui-ci. En revanche, l'ordre public international positif a pour fonction d'imposer l'application d'une disposition spécifique de droit allemand alors même que la situation serait, en application de la règle de conflit de lois, régie par le droit étranger[1640]. Dans ce cadre, nous pouvons noter que la technique de l'ordre public international positif allemand est très semblable à celle des lois d'application immédiate françaises dans la mesure où cela revient à se passer de la médiation de la règle de conflit de lois pour imposer l'application de certaines dispositions de droit allemand, non désignées par la règle de conflit.

1193. Au delà des effets négatif et positif de l'exception d'ordre public qui influencent l'application de la loi étrangère, l'effet plein et l'effet atténué de l'exception interviennent également dans cette matière.

2. EFFET PLEIN ET EFFET ATTENUE DE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

1194. Les effets de l'exception d'ordre public lors de l'application d'une loi étrangère peuvent être mis en rapport avec celui qu'entraîne la demande d'exequatur d'une décision de justice étrangère, la contrariété de la décision à l'ordre public international français impliquant un refus de l'exequatur de cette décision.

[1638] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES , *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 356.
[1639] H. ERMAN, « Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Band II) », *Verlag Dr. O. SCHMIDT*, 12. Auflage (2008), p. 5961.
[1640] K. SIEHR, *Internationales Privatrecht*, C.F Müller, 2001, p. 487.

1195. Il faut, pourtant, préciser que dans le cadre d'une instance en exequatur ou en reconnaissance de la régularité d'une situation créée à l'étranger, l'ordre public international présente un effet « atténué » qui a, d'ailleurs, été affirmé lors de l'arrêt *Rivière* : « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France, ou suivant qu'il s'agit de laisser produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger »[1641]. Dans ce cas, l'effet atténué de l'ordre public vise une situation acquise valablement à l'étranger. Si l'ordre public, dans son effet atténué, n'a certes pas pour conséquence de remettre en cause le droit ainsi né à l'étranger, il est néanmoins susceptible d'empêcher que se produisent en France des effets que la loi étrangère attache de façon indissociable à ce droit. L'ordre public a donc bien ici pour conséquence de « paralyser » la loi étrangère qui a présidé à l'acquisition d'une situation, même si cette paralysie n'affecte pas l'existence de cette dernière mais seulement les droits qu'elle confère aux parties[1642]. En effet, deux raisons peuvent faire douter du bien-fondé d'une application pleine de l'exception d'ordre public, les deux étant liées au fait que la compétence juridictionnelle du juge du for est loin de signifier que le rapport juridique en cause présente des liens significatifs avec le for. La première raison est relative à la réalité du trouble susceptible d'être provoqué dans l'ordre juridique du for par la soumission de la situation à une loi étrangère : si la situation a été créée, a déployé ou est destinée à déployer la majeure partie ou l'intégralité de ses effets à l'étranger, il est plus que vraisemblable qu'aucun trouble ne sera susceptible d'être ressenti dans la société du pays du juge saisi en raison de l'application par celui-ci de la loi étrangère ; la seconde raison est relative à la coexistence des systèmes et l'exception d'ordre public constituerait un obstacle à la perméabilité des systèmes juridiques[1643].

1196. Dans ce cas il ne semble pas indispensable que le mécanisme d'ordre public évince une loi étrangère, même contraire aux conceptions du for, si celle-ci n'est pas destinée, en fait, en fonction des circonstances, à produire certaines conséquences dans le système juridique du for. De ce point de vue, l'effet atténué de l'ordre public international peut permettre une application de l'exception en fonction de l'intensité du rattachement de la situation litigieuse avec le for. Par exemple, les officiers d'état civil vont refuser de célébrer un mariage polygamique, écartant la loi nationale des époux si celle-ci tolère cette possibilité, mais lorsque se pose la question de savoir si

[1641] Cass., 1re civ., 17 avril 1953.

[1642] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 356.

[1643] Voy. sur la perméabilité des ordres juridiques: *Osmose zwischen Rechtsordnungen* ; *The Responsiveness of Legal Systems to Foreign Influences*, publications de l'Institut suisse de droit comparé, Schultess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1992.

une seconde épouse peut demander une indemnisation en cas de décès de son époux par accident, comme le mariage polygamique a déjà été constitué à l'étranger, il s'agit simplement de reconnaître un de ses effets, à savoir le droit à indemnisation. La même solution est retenue lorsque la seconde épouse demande une pension ou lorsqu'elle demande des aliments. Dans ce cas, il ne s'agit plus de sanctionner un droit, mais de reconnaître en France les effets de situations juridiques valablement créées à l'étranger au regard du droit étranger[1644].

1197. La spécificité de l'effet atténué de l'ordre public est d'avantage révélé par sa mise en relation avec l'ordre public de proximité (d'ordre public subjectif ou encore d'ordre public sélectif). L'ordre public de proximité est ainsi utilisé pour imposer l'application de la loi française dans deux hypothèses : pour corriger un rattachement considéré comme inadapté, intervenant alors au profit de plaideurs de nationalité française au risque que la décision rendue sur cette base ne se voie pas reconnaître à l'étranger[1645], et pour délimiter le champ de l'effet atténué de l'ordre public. C'est pour cela que la Cour de cassation prive de l'effet atténué de l'ordre public les mariages polygamiques célébrés et les répudiations prononcées à l'étranger lorsque les époux (ou l'un d'eux) ont (a) la nationalité française ou sont (est) domicilié(s) en France (ordre public de proximité), l'absence de pareils liens avec le for étant en revanche de nature à justifier la reconnaissance de ces deux institutions (effet attenué). Il a ainsi été jugé que la loi étrangère normalement compétente, qui ne permettait pas de prononcer un divorce, devait être écartée à

[1644] Ce qui ne sera pas le cas d'un mariage célébré à l'étranger entre une Française et un homme déjà marié, voy. Cass., 1re civ., 24 septembre 2002. Cependant il est possible d'invoquer l'effet atténué pour les mariages polygamique : Cass., 1re civ., 3 janvier 1980, *Bendeddouche*, préc. Les personnes concernées pourront se prévaloir de cette situation afin d'acquérir des droits en France, voy. Cass., 1re civ., 14 février 2007 qui ouvre la possibilité de la seconde épouse algérienne d'un assuré algérien de prétendre en France à une pension de réversion, également demandée par la première épouse.

[1645] Cette première forme d'intervention, dont la Cour de cassation donne plusieurs exemples en matière de statut personnel (voy. notamment en matière… de divorce : Cass., 1re civ., avr. 1981, *JDI* 1981, p. 812, note D. ALEXANDRE; ... de filiation : Cass., civ., 10 févr. 1993, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1993, p. 620, note J. FOYER, *D.* 1994, p. 66, note J. MASSIP *JDI* 1994, p. 124, note I. BARRIERE-BROUSSE, *JCP* 1993. II. 3688, note H. FULCHIRON 10 mai 2006, *D.* 2006, p. 2890, note G. KESSLER et G. SALAME ; ... d'adoption, Cass., civ. 10 oct. 2006, *D.* 2006. *AJ.* 2623, *JCP* 2006. 1932), a été à juste raison critiquée en ce qu'elle tend à détourner l'ordre public de sa fonction qui est celle d'écarter la loi étrangère déclarée compétente selon la règle de conflit, au motif qu'elle est incompatible avec les principes du for, l'objectif poursuivi étant ici de justifier, par le recours au mécanisme, le rattachement à la *lex fori* (voy. dans ce sens, D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de tolérance. Recherche sur le pluralisme juridique, op. cit.*, n° 752, qui observe que l'intervention de l'ordre public de proximité étant subordonnée au critère de délimitation du champ d'application de la lexfori, l'exception n'a pas lieu d'être car elle n'est qu'une application de la *lex fori*. Rap. P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2014, n° 209-1). Pour remédier à ce défaut, il a été proposé de recourir à la technique des clauses d'exception (voy. notamment P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », *in Mélanges Rigaux*, 1993, p. 263, spéc. nos 9 s., G. KESSLER et G. SALAME, note sous Cass., civ. 10 mai 2006, préc., spéc. 2893, qui se référant à l'opinion de H. GAUDEMET-TALLON, voient dans le recours à pareilles clauses l'intérêt d'étendre la proximité aux personnes ayant une nationalité étrangère ou domiciliées à l'étranger, à la condition que les États étrangers correspondant à ces deux rattachements, aient une conception des principes fondamentaux du droit analogue à celle de l'État du for.).

l'égard d'une demande en divorce formée par un Français, domicilié en France[1646]. Il a également été jugé qu'un enfant français ne pouvait être privé, en raison de la compétence d'une loi étrangère, de la faculté d'établir sa filiation naturelle[1647]. La jurisprudence allemande offre également de nombreux exemples de situations dans lesquelles la réaction de l'ordre public n'a pas été la même selon que les parties étaient ou non de nationalité allemande ou possédaient ou non une résidence en Allemagne[1648]. L'ordre public de proximité apparaît donc plutôt comme un instrument permettant de nuancer l'intervention de l'ordre public. Sans lui, le risque existerait de nouveau de voir se multiplier les cas dans lesquels l'ordre public devient une qualification appliquée à certaines règles ou à certains corps de règles précisément identifiés. Or une telle attitude ne mérite pas d'être encouragée[1649].

1198. L'effet plein de l'exception d'ordre public entraine, en revanche, l'éviction de la loi étrangère normalement applicable en raison de sa contrariété à l'ordre public international. Lorsque cet effet intervient, se pose la question de son remplacement. À cette fin, il y a lieu de découvrir un substitut à la disposition de loi étrangère dont l'éviction a été décidée. C'est le problème de l'effet de substitution ou effet positif de l'ordre public, qui vient s'ajouter à l'effet négatif ou effet plein de l'exception.

1199. L'effet positif soulève une double difficulté. Si, en effet, il est généralement admis, du moins en France, que l'ordre public entraîne une substitution de la loi du for à la loi étrangère désignée par la règle de conflit, cette solution n'est pas la seule concevable, de telle sorte que le principe même de la substitution mérite attention. En outre, à supposer le principe admis, la controverse subsiste quant à l'étendue de l'effet de substitution. De ce point de vue l'on considère, en effet, que la loi étrangère ne doit être écartée que dans ses dispositions les plus choquantes, l'éviction pouvant donc n'être que partielle. D'autre part, la solution la plus fréquente en ce cas consiste à remplacer la ou les dispositions étrangères écartées par une ou plusieurs dispositions empruntées à la *lex fori*. Ces dispositions sont alors appliquées sans aucune base conflictuelle, mais en fonction de leur seule appartenance à la *lex fori*[1650]. Ainsi, l'ordre public international, loin de constituer une déviation dans le fonctionnement de la règle de conflit, serait, au contraire, une condition de son bon fonctionnement. C'est parce que l'exception

---

[1646] Voy. Cass., 1re civ., 1er avril 1981, *de Pedro*: *JDI*, 1981, p. 812, note D. ALEXANDRE.
[1647] Voy. Cass., 1re civ., 10 février 1993 : *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1993, p. 620, note J. FOYER, *JDI* 1994, p.124, 1re esp., note I. BARRIERE-BROUSSE, *D.* 1994, p. 66, note J. MASSIP, *D.* 1994, p. 32, note E. KERCKHOVE.
[1648] Voy. A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1998, nº 478, p. 190.
[1649] Comp. P. MAYER, V. Heuze, *Droit international privé*, *op. cit.,* nº 211, p. 142.
[1650] Voy. A. BUCHER, *Droit international privé suisse, op. cit.*, nº 439, p. 174.

d'ordre public international existe que les règles de conflit peuvent opérer sereinement sur le plan de la localisation des rapports de droit.

1200. Si l'éviction de la loi étrangère normalement compétente impose la solution du remplacement de la loi étrangère par la loi du for, quelle en est alors l'étendue ? Deux conceptions extrêmes se sont prononcées en ce sens, la première limitant l'effet de substitution de l'ordre public à la seule disposition de la loi étrangère dont le contenu est jugé inadmissible, alors que la seconde suggère une substitution intégrale.

1201. La jurisprudence française montre, dans cette matière, une certaine tendance à étendre l'effet de substitution de l'ordre public. Ainsi, si l'arrêt *Fayeulle* du 8 novembre 1943[1651], était manifestement favorable à une intervention limitée de l'ordre public, étant confirmé par la suite[1652], l'affaire *Patino* a donné l'occasion à la Cour de cassation d'étendre la substitution de la loi française à la loi étrangère aux matières qui semblaient indissolublement liées à celles pour lesquelles l'éviction était nécessaire. Ainsi, par suite de la double prohibition du divorce et de la séparation de corps édictées l'une par la loi espagnole, l'autre par la loi bolivienne, les époux Patino se trouvaient dans la curieuse situation de ne pouvoir ni divorcer ni être séparés de corps. Les juges français ont corrigé cette anomalie estimée par eux contraire à l'ordre public en prononçant la séparation de corps *lege fori* des époux. La jurisprudence ultérieure a confirmé la décision Patino[1653], même s'il faut cependant se garder d'étendre à l'excès l'effet perturbateur de l'ordre public et de procéder systématiquement à une substitution totale de la *lex fori* à la loi étrangère normalement applicable. La solution à ce genre d'excès pourrait venir du droit de l'Union européenne.

[1651] Cass., 1re civ., 8 novembre 1943, *Fayeulle* : *D.* 1944, p. 65. note R. SAVATIER, *JCP* 1944. II. 2522, note P.L.-P., *Rev. crit. dr. internat. privé* 1946, p. 273. Dans cet arrêt la Cour de cassation a réduit la substitution de la loi française à la loi allemande à la seule admissibilité des modes de preuve de la filiation naturelle et s'est refusée à l'étendre aux effets de cette dernière qu'elle a maintenus sous l'empire de la loi normalement compétente, car les effets par elle prévus n'étaient pas contraires à l'ordre public.

[1652] Cass.,1re civ., 17 novembre 1964, *JCP* 1965. II. 13978, concl. Av. gén. LINDON, *Rec. gén. lois*, 1965, n° 311, obs. G.A.L. DROZ. décidant que la loi successorale coranique n'est contraire à l'ordre public que dans la mesure où elle frappe les non-musulmans d'incapacité. L'héritier non musulman retrouvant sa vocation héréditaire par le jeu de l'exception d'ordre public, le droit musulman demeure compétent pour déterminer les parts héréditaires des divers ayants droit.

[1653] Dans l'arret Cass., 1re civ., 23 avr. 1969, ayant à statuer sur le point de savoir si le passif des entreprises françaises nationalisées par l'État algérien avait été transféré audit État ou était demeuré à la charge du débiteur originaire, en l'occurrence le rapatrié français, la Cour de cassation a considéré que la nationalisation étant intervenue sans indemnisation équitable préalablement fixée, était dépourvue de tout effet en France et n'avait donc pu transférer le passif à l'État algérien ; voy. *Gaz. Pal*, 1969. 1. 276, concl. BLONDEAU, *D.* 1969, p. 341, *JCP* 1969. II. 15897, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1969, p. 717, note SCHAEFFER, *JDI* 1969, p. 912, note P. CHARDENON ; voy. sur la question du transfert du passif, P. CHARDENON, « Dettes des rapatriés et nationalisations algériennes », *JDI* 1967, p. 90 ; F. GIVORD, « Les dettes des rapatriés, le droit et l'équité », *D.* 1968, chron. II, p. 15 et s. ; Y. LOUSSOUARN, « Le sort du passif des entreprises françaises victimes des mesures de dépossession algériennes », *JCP* 1968. I. 2140.

B. L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL SOUS L'INFLUENCE EUROPEENNE

1202. L'exception d'ordre public est un mécanisme qui est utilisé afin de protéger les valeurs fondamentales de l'État du for contre des résultats inacceptables qui pourraient découler de l'application d'une loi étrangère[1654]. En droit de l'Union européenne le mécanisme a gardé ce rôle et, en la matière de conflits de lois, il constitue une exception autorisée par les instruments européens uniquement dans les cas où l'application de la loi étrangère serait « manifestement contraire à l'ordre public du for »[1655]. Les dispositions d'ordre public européen sont, donc interprétées, étroitement et le recours à ces dispositions doit être spécialement motivé[1656]. Le caractère exceptionnel de l'ordre public européen s'explique par la présomption selon laquelle les lois étrangères[1657] ont généralement la même valeur que leurs homologues en droit national[1658].

1203. Une difficulté particulière quant à l'utilisation du mécanisme de l'ordre public européen réside dans la détermination du contenu de cette notion. En effet, si au niveau étatique, l'ordre public concerne, en règle générale, les principes fondamentaux du système juridique respectif qui doivent être protégés contre une influence extérieure perturbatrice, au niveau européen, déterminer ce type de principes fondamentaux peut se révéler une mission délicate. Malgré les nombreuses études doctrinales[1659] et les cours à l'Académie de droit international de La Haye[1660] dédiés aux rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit international privé des États membres, l'un des points les plus controversés reste la question de savoir si la notion d'ordre public européen fait référence aux principes fondamentaux des lois nationales des États membres et/ou aux principes européens. Ce point a fait l'objet de débats au Parlement européen et au

---

[1654] Ou, bien évidement, de la reconnaissance de décisions étrangères.

[1655] Voy., par exemple, l'article 21 du Règlement Rome I, l'article 26 du Règlement Rome II ou l'article 12 du Règlement Rome III, préc.

[1656] A. DICKINSON, *The Rome II Regulation : The Law Applicable To Non Contractual Obligations, first updating supplemen*t, Oxford, OUP, 2008, n° 15.10.

[1657] Et les décisions étrangères.

[1658] B. VON HOFFMANN, K. THORN, *Internationales Privatrecht*, 9e éd., 2007, n° 6.142 et s.

[1659] Y. LOUSSOUARN, « L'incidence des Communautés européennes sur la conception française du droit international privé », *R.T.D.Eur.*, 1974, p. 708 ; P. LAGARDE et B. VON HOFFMAN, « L'européanisation du droit international privé », *Pub. Académie de Trèves*, 1996, vol. 8 ; E. JAYME et C. KOHLER, « L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1995, p. 1 ; M. FALLON, « Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé », *in Mélanges F. Rigaux*, Bruxelles, éd. Bruylant, 1993, p. 187 ; « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré : l'expérience de la Communauté européenne », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1995, p. 9-281 ; G. BADIALI, « Le droit international privé des Communautés européennes », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1985, vol. 191, p. 9-182.

[1660] A. STRUYCKEN, « Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1992, p. 261-383 ; M. FALLON, « Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé », *loc. cit.* ; « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré : l'expérience de la Communauté européenne », *loc. cit.*

Conseil au moment de l'adoption de l'article 23 du règlement (CE) n° 864/2007[1661]. La position du Parlement européen en première lecture de l'article 26 contenait une liste d'exemples spécifiques de situations justifiant le recours à l'exception d'ordre public[1662]faisant référence à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, aux dispositions constitutionnelles nationales et au droit humanitaire international[1663]. La Commission européenne a, toutefois, rejeté cette proposition en raison du trop grand nombre de différences entre les ordres publics des États membres, et lui a préféré une approche plus ouverte[1664]. Cette position, adoptée également par le Conseil[1665], considère ainsi que l'ordre public européen concerne aussi bien les principes fondamentaux des législations nationales que les principes du droit de l'Union européenne tels que ceux inscrits dans la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

1204. Ces difficultés de détermination du contenu de l'ordre public européen ont mené à l'observation d'une tendance qui semble suggérer un ordre public européen défini par rapport à un intérêt général conçu au niveau européen[1666]. Une certaine indécision peut être observée quant à la reconnaissance expresse de « l'ordre public européen »[1667] même si son existence est évoquée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[1668]. Il paraît, donc, que la notion d'« ordre public européen » soit utilisée de deux façons : d'un côté, pour dénommer l'ordre public national ayant subi l'influence européenne (*maintenance of law and order*), une

---

[1661] A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: The Law Applicable To Non Contractual Obligations, first updating supplemen*t, *op. cit.*, 2008, n° 15.08.

[1662] Parlement européen, position en 1re lecture, article 24, paragraphe 4, amendement 50.

[1663] Le droit international humanitaire est exclu du champ d'application des instruments européens applicables en matière civile et commerciale, voy. A. DICKINSON, *The Rome II Regulation : The Law Applicable To Non Contractual Obligations, first updating supplement, op. cit.*, 2008, pt 15.09.

[1664] Proposition modifiée de la Commission, 5, 4 et suiv., amendement 50 COM (2006) 83 final.

[1665] A. DICKINSON, *The Rome II Regulation : The Law Applicable To Non Contractual Obligations, first updating supplement, op. cit.,* 2008, pt 15.08.

[1666] L. IDOT, « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *PA*, 12 décembre 2002, n° 248, p. 27, qui affirme que la communautarisation du droit international peut être directe, dans le sens où elle regarde l'influence des anciennes conventions communautaires transformées en règlements à la suite du Traité d'Amsterdam et indirecte, résultant de l'incidence que peuvent avoir le droit communautaire originaire et les principes généraux consacrés par la Cour de justice sur les solutions du droit international privé.

[1667] L'institut Max Planck de Hambourg avait proposé de rédiger l'article sur l'ordre public en ajoutant le syntagme « *public policy … of the Community* », à l'occasion d'un commentaire sur la proposition de la commission de Bruxelles, en date du 15 décembre 2005, pour le Règlement Rome I, préc. La proposition de la présidence finlandaise, en date du 12 octobre 2006, a ignoré la suggestion faite et on n'en trouvera pas trace dans le règlement.

[1668] La Cour de Strasbourg considère ainsi que la « démocratie politique représente un élément fondamental de l'ordre public européen », et que la Convention est destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique ; CEDH, 17 févr. 2004, *Gorzelick et autres c/ Pologne*, *Rec.,* p. 00044158/98.

exception qui crée, en faveur de la norme nationale, un espace de liberté[1669] et, d'un autre côté, pour indiquer l'« ordre public européen »[1670]. Si la fonction de l'ordre public national ayant subi l'influence européenne est comparable à celle de l'ordre public au sens du droit international privé[1671], l'ordre public européen a été créé dans la perspective du respect du principe de primauté du droit de l'Union européenne aussi que du respect de l'État de droit, des principes de liberté, de la démocratie, des droits de l'homme et des libertés fondamentales, principes énoncés à l'article 6 du Traité sur l'Union européenne. L'expression « ordre public européen » désigne, de ce point de vue, un ordre public d'origine et d'inspiration européennes, qui dispose de ses propres qualités et qui peut, en même temps, déployer, dans les ordres juridiques nationaux, les conséquences attachées à l'ordre public par les droits nationaux[1672].

1205. Un ordre public européen entraîne, avant tout, des questionnements par rapport à la justification de son existence. L'Union européenne peut-elle avoir un ordre public bien à soi, spécifique et qui protège son système juridique ? Et si la réponse est positive, comment cet ordre public européen interagit-il avec l'ordre public international des États membres ? Quelle est l'influence de l'ordre public européen sur le mécanisme traditionnel d'éviction de la loi étrangère normalement compétente en droit international privé des États membres ? Pour répondre à ces questions il est ainsi nécessaire de demontrer l'existence de l'« ordre public européen » (1), afin de révélér ensuite son influence concrète sur le mécanisme d'éviction de la loi étrangère dans les États membres (2).

1. La notion d'ordre public europeen

1206. L'existence concrète de cette notion a été favorisée par certaines conditions traditionnelles et européennes qui, une fois remplies, ont permis son épanouissement (a), ainsi que par un contenu et des fonctionnalités propres (b) qui affirment son caractère particulier.

[1669] Le concept d'ordre public apparaît aussi dans les clauses dérogatoires des articles 64.1 du TCE et 33 du TUE, qui constituent une limite à l'action des institutions européennes portant sur la mise au point d'un espace de liberté, de sécurité et de justice

[1670] S. POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et droit communautaire (en hommage au Doyen Boyer) », *D.* 1993, p. 177.

[1671] G. KARYDIS, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire un concept à contenu variable », *R.T.D.Eur.*, 2002, p. 1 et s..

[1672] G. KARIDYS, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire un concept à contenu variable », *loc. cit.,* p. 3.

a. Une existence avérée

1207. On ne peut parler d'ordre public que s'il répond à certaines conditions d'origine traditionnelle. Ces conditions expriment la relation que l'ordre public entretient avec deux autres éléments : l'ordre juridique et la communauté juridique. La particularité de l'ordre public européen oblige le juriste à chercher, en plus de ces conditions traditionnelles (α), des conditions supranationales qui ont pu permettre la naissance de cette notion (β). De ce côté, le Traité d'Amsterdam nous fournit les bases en imposant comme objectif de l'Union européenne l'institution d'un espace de liberté, de sécurité et de justice.

α. Conditions traditionnelles de l'existence d'un ordre public européen

1208. L'ordre public se trouve dans une relation de dépendance avec deux autres éléments, l'ordre juridique et la communauté juridique : l'ordre juridique et la communauté juridique ne peuvent pas exister sans un ordre public, et inversement, l'ordre public ne peut pas exister sans l'ordre juridique et la communauté juridique dont il constitue le noyau[1673]. Pour pouvoir parler d'ordre public européen il faut, donc, vérifier, au préalable, si l'Union européenne présente les caractéristiques d'une communauté de droit ainsi que celles d'un ordre juridique. Ainsi, une « communauté de droit » implique un minimum de structure durable, d'organisation, et bien sûr certaines fonctions comme la fonction judiciaire, la fonction exécutive ainsi que la fonction législative. L'Union européenne comprend, quant à elle, une Cour de justice, un Conseil des ministres - et au-dessus un Conseil européen -, une Commission ainsi qu'un Parlement. Toutes ces institutions ont des fonctions spécifiques qui correspondent à celles requises pour l'existence d'une communauté de droit.

1209. De même, le droit d'une communauté est souvent dénommé « ordre juridique » et il est évident qu'au niveau européen il existe un tel droit, son application effective étant assurée par plusieurs instruments, tels les traités, les règlements, les directives, les décisions, les avis ou les recommandations européens.

1210. Enfin, « l'ordre public » est représenté par les valeurs et les principes de haut rang qui constituent le noyau dur de l'ordre juridique et il est possible de parler d'un tel noyau dans le cadre de l'Union européenne. Ainsi, selon la jurisprudence de la Cour de justice, l'Union « a pris en charge, pour le domaine qui est le sien, les droits de l'homme tels qu'ils ont été définis dans les

[1673] T. STRUYCKEN, « L'évolution contemporaine du droit des contrats », *in Journées René SAVATIER,* 1985, Publications de la Faculté de droit de Poitiers, Paris, 1986, PUF, n° 15, p. 207 et s..

constitutions des États membres, et notamment dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de Rome de 1950 avec les protocoles »[1674]. Le Traité de Lisbonne confirme cette politique en accordant à la Charte des droits fondamentaux « la même valeur juridique que les traités »[1675], étant ainsi intégrée dans le droit primaire et étant considérée comme l'instrument fondamental de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. L'Union européenne est alors en droit de réclamer son propre trésor de valeurs juridiques et de principes de haut rang et, de ce fait, son propre « ordre public »[1676].

β. Conditions européennes d'existence d'un ordre public européen

1211. Si jusqu'à l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam l'ordre public représentait une dérogation aux règles de droit de l'Union européenne, on donne désormais à la notion un contenu commun qui s'explique par l'institution d'un espace de liberté, de sécurité et de justice en tant qu'objectif de l'Union européenne, conformément à l'art. 29 TUE. La convention d'application de l'Accord de Schengen a contribué, elle aussi, progressivement à l'émergence d'un ordre public commun et deux éléments peuvent clairement mettre cela en évidence : le mécanisme de la suppression des contrôles aux frontières intérieures[1677] et l'application de la règle *ne bis in idem* dans le cadre de la convention d'application de l'Accord de Schengen telle qu'interprétée par le juge européen[1678]. L'ensemble de ces mesures ne fait que renforcer l'évolution déjà mentionnée et l'émergence d'un ordre public européen, au contenu et aux fonctionnalités propres.

[1674] CJCE, *Stauderc. Stadt Ulm*, 12 nov. 1969, 29/69, *Rec.,* p. 419, et une longue série de jugements rendus depuis, voy. CJCE, *Oméga c/ Bonn*, 14 oct. 2004, C-36/02, *Rec.,* p. I-9606, n°s 33-35.

[1675] Art. 6 TUE (révisé par le traité de Lisbonne).

[1676] T. STRUYCKEN, « Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 232, 1992, p. 274 et s. ; E. JAYME, *Rec. cours La Haye*, vol. 251, 1995, p. 231 ; M. FALLON, *Rec. cours La Haye*, vol. 253, 1995, n°s 144-154 ; L. FUMAGALLI, « EC Private International Law and the Public Policy Exception- Modern Features of a Traditional Concept », *YPIL*, 2004, p. 171 et s., spéc. p. 180-181.

[1677] Le processus de suppression des contrôles aux frontières intérieures a suscité l'émergence d'un ordre public commun car l'article 5 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen, qui énonce les conditions d'entrée des étrangers dans l'espace Schengen, amène les États membres à prendre en considération non seulement leur propre ordre public, mais aussi celui des autres États membres.

[1678] CJCE, 11 févr. 2003, C-187/01 et C-385/01, *Rec.,* I-01345 : « l'article 54 […], qui a pour objectif d'éviter qu'une personne, par le fait d'exercer son droit de libre circulation, ne soit poursuivie pour les mêmes faits sur le territoire de plusieurs États membres, ne peut utilement contribuer à la réalisation complète de cet objectif que s'il est également applicable à des décisions mettant définitivement fin aux poursuites pénales dans un État membre, bien qu'elles soient adoptées sans l'intervention d'une juridiction et ne prennent pas la forme d'un jugement ».

b. Une notion spécifiquement européenne

1212. Sans un contenu (α) et des fonctionnalités (β) propres, la notion d'ordre public européen risquerait d'être confondue avec la notion d'ordre public de droit international privé.

α. Le contenu de l'ordre public européen

1213. Le contenu de l'ordre public européen peut se définir positivement et négativement. La définition positive passe par la recherche des caractéristiques de l'ordre public européen, tandis que la définition négative passe, quant à elle, par la comparaison de la notion d'ordre public européen avec la notion voisine d'« intérêt européen ». La définition positive met en premier plan le caractère économique de l'ordre public européen et son évolution vers le domaine du politique. Comme exemple de ce glissement vers le politique du droit de l'Union européenne de source économique, l'on peut rappeler le principe de primauté qui relève bien d'une inspiration politique. La définition négative exprime, quant à elle, l'incompatibilité entre l'ordre public européen et la notion d'« intérêt européen ». Si l'on pouvait les confondre, en effet, à première vue, la notion d'intérêt européen qui résulte du Règlement n° 2176-84 du 23 juillet 1984 relatif au *dumping* impose la norme européenne à l'égard des États tiers et non des États membres. Donc la notion « d'intérêt européen » concerne l'Union et ses partenaires mondiaux, tandis que l'ordre public européen concerne l'Union et les États membres qui la constituent.

β. Les fonctionnalités de l'ordre public européen

1214. La présence d'un d'ordre public européen s'explique par deux fonctionnalités de la norme européenne : le principe de primauté et le caractère impératif. Le principe de primauté évince la loi nationale alors que le caractère impératif de la norme européenne évince l'autonomie de la volonté.

1215. Affirmé pour la première fois par la Cour de justice dans l'affaire *Costa* c/ *Enel*[1679] et confirmé dans l'arrêt *Simmenthal*[1680], le principe de primauté signifie que la norme européenne, dès lors qu'elle existe, évince la norme nationale ou empêche sa constitution. Le rapprochement entre le principe de primauté et l'ordre public de droit international privé peut ainsi venir à l'esprit. Si la fonctionnalité reste la même, à savoir l'éviction d'une loi en principe applicable, la comparaison s'arrête là pour deux raisons : premièrement, dans le cas du principe du primauté

[1679] CJCE, 15 juill. 1964, 6-64, *Rec.,* p. 1141 ; même si en 1960, déjà, la Cour, dans l'affaire *Humblot*, avait affirmé que le Traité l'emportait sur le droit interne, voy. CJCE, 16 déc. 1960, *Humblot* c/ *État belge*, 6-60, *Rec.,* p. 1146.
[1680] CJCE, *Simmenthal*, 9 mars 1978, 106/77*, Rec.,* p. 629.

c'est la loi nationale qui est évincée et non pas la loi étrangère ; deuxièmement, si l'ordre public constitue en droit international privé une exception, le principe le primauté concerne un important volume des textes européens, ce qui prouve qu'il ne s'agit pas, dans ce cas, d'une exception.

1216. L'ordre public européen s'impose, donc, dans l'hypothèse de l'éviction, par le juge national, d'une norme nationale contraire au droit de l'Union européenne, et c'est le principe de primauté qui en constitue le mécanisme. C'est pour cela qu'on s'est interrogé sur l'opportunité du recours à l'exception d'ordre public de droit international privé lorsqu'il s'agit pour le juge saisi d'écarter l'application de la loi d'un autre État membre qui contreviendrait à une règle fondamentale du droit de l'Union européenne. On peut ainsi parler d'un ordre public émergent de l'Union européenne qui influence le mécanisme de l'éviction de la loi étrangère en droit international privé.

2. L'influence concrete de l'ordre public europeen sur le mecanisme d'eviction de la loi etrangere dans les États membres

1217. Les solutions concernant l'influence du droit de l'Union européenne sur l'éviction de la loi étrangère, semblent très compliquées et la reconnaissance d'un ordre public commun pourrait les simplifier (a). Cette simplification passe, évidemment par des changements au niveau des États membres en matière d'ordre public (b).

a. Des solutions potentiellement reformées

1218. La Cour de justice de l'Union européenne n'a pas défini la notion d'ordre public, considérant qu'il appartient aux États membres de déterminer les intérêts qu'ils jugent essentiels pour la sûreté et la moralité publiques. Cependant, la Cour de justice contrôle les mesures que les États membres prennent à ce titre, en veillant notamment à ce qu'elles restent proportionnées au regard de l'objectif qu'elles poursuivent[1681]. Le respect du principe de proportionnalité est, de manière générale, une condition de validité des mesures qui portent atteinte à l'une des libertés consacrées par le traité.

1219. De même, la Cour de justice n'a pratiquement jamais utilisé la notion d'« ordre public européen » mais elle a, cependant, reconnu à certains textes de droit de l'Union la qualité de dispositions d'ordre public. Ainsi, en droit de la concurrence, la Cour de justice juge que les articles 81 CE et 82 CE (devenus articles 101 TFUE et 102 TFUE) constituent des dispositions

[1681] Voy., par exemple, CJCE, 6 novembre 2003, *Gambelli e.a.*, C-243/01, *Rec.*

d'ordre public qui doivent être appliquées d'office par les juridictions nationales[1682]. La Cour de justice a jugé qu'étant donné la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, assure aux consommateurs, son article 6, ainsi que toutes les dispositions de la directive qui sont indispensables à la réalisation de l'objectif poursuivi par ledit article, doivent être considérés comme des normes équivalentes aux règles nationales qui occupent, au sein de l'ordre juridique interne, le rang de normes d'ordre public [1683].

1220. Malgré ces exemples, la jurisprudence de la Cour de justice reste restreinte dans ce domaine où l'on constate une tendance claire à limiter l'application du critère d'ordre public à des cas exceptionnels dans lesquels la reconnaissance d'une décision étrangère ou l'application de la loi étrangère auraient des effets déraisonnables, l'exception étant généralement soumise au principe de proportionnalité. Cette situation se vérifie dans le domaine des conflits de lois où il n'existe pas de jurisprudence de la Cour de justice portant directement sur les dispositions d'ordre public des règlements Rome I[1684], Rome II[1685] ou Rome III[1686]. Les règlements s'appliquent de façon universelle[1687] et ils visent aussi le droit des États tiers, approche pas surprenante au premier abord. Cependant, ces règlements ne limitent pas le champ d'application de l'exception d'ordre public au seul contrôle des lois des États tiers, le mécanisme étant aussi prévu pour l'éviction, dans un État membre, de la loi appartenant à un autre État membre de l'Union européenne. Or, un tel fonctionnement confirme la volonté de l'Union européenne de respecter les spécificités des États membres traduites dans leurs ordres publics internationaux respectifs.

1221. Si l'absence de jurisprudence s'explique par le caractère relativement récent de ces instruments plutôt que par le manque de pertinence des dispositions concernées, il existe, malgré tout, une jurisprudence de la Cour de justice faisant indirectement référence à l'exception d'ordre

---

[1682] CJCE, 1er juin 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, *Rec.,* nos 36 et 39 ; CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi*, C-295/04 à C-298/04, nos 31 et 39 ; CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, C-8/08, *Rec.,* n° 49.

[1683] CJUE, 30 mai 2013, *Asbeek Brusse et de Man Garabito*, C-488/11, *Rec.,* n° 44.

[1684] L'art. 21 : « L'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for. »

[1685] L'art. 26 : « L'application d'une disposition de la loi d'un pays désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for. »

[1686] L'art. 12 : « L'application d'une disposition de la loi désignée en vertu du présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for. »

[1687] L'art. 2 du Règlement (CE) n° 593/2008 et L'art. 3 du règlement (CE) n° 864/2007 : « La loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre. » L'art. 4 du Règlement Rome III a une forme légèrement différente du fait de la coopération renforcée mise en place par le texte de cet instrument : « La loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre participant. » Cependant, le sens dans le fond reste le même que dans le cas des deux autres articles.

public, les affaires *Ingmar GB*[1688], *Arblade*[1689], *Laval*[1690] ou *Land Oberösterreich contre ČEZ*[1691] représentant de parfaits exemples. On observe, ainsi, que l'influence du droit de l'Union européenne sur le mécanisme de l'exception d'ordre public de droit international privé se fait sentir à deux niveaux: le droit de l'Union européenne restreint le recours à cette exception dans les relations entre États membres (α) et les États membres peuvent être contraints d'utiliser ce mécanisme en vue d'assurer le respect des objectifs fondamentaux du droit de l'Union européenne (β).

α. Limitation dans la mise en œuvre de l'exception d'ordre public

1222. En matière de conflits de lois, si les règlements européens sont d'application universelle, régissant ainsi également les rapports juridiques entre États membres et États tiers, les dispositions concernant les limites de l'utilisation du mécanisme d'ordre public semblent manquer d'uniformité. Par exemple, le considèrent 25 du Règlement Rome III prévoit que « les juridictions ne devraient pas pouvoir appliquer l'exception d'ordre public pour écarter une disposition de la loi d'un autre État lorsque c'est contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier à son article 21, qui interdit toute forme de discrimination. » En précisant qu'il s'agit de « la loi d'un autre État » le règlement semble élargir le domaine de limitation de l'utilisation du mécanisme d'ordre public même pour les cas où la loi étrangère appartient à un État tiers à l'Union européenne. Cette hypothèse se retrouve dans le considérant 58 du Règlement successions[1692] qui précise que « les juridictions ou autres autorités compétentes ne devraient pas pouvoir appliquer l'exception d'ordre public en vue d'écarter la loi d'un autre État membre ou refuser de reconnaître - ou, le cas échéant, d'accepter -, ou d'exécuter une décision rendue, un acte authentique ou une transaction judiciaire d'un autre État membre, lorsque ce refus serait contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier à son article 21 qui interdit toute forme de discrimination. » Il faut observer que dans ce cas le règlement fait expressément référence à la loi étrangère appartenant à un État membre de

[1688] CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar GB Ltd c/ Eaton Leonard Technologies Inc.*, C-381/98, *Rec.* I-09305.
[1689] CJCE, 23 nov. 1999, *Procédures pénales contre Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL*, C-369/96 et C-376/96, *Rec.,* I-8453.
[1690] CJCE, 18 mars 2007, *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet et autres* C-341/05, *Rec.,* I-11767 ; voy. aussi CJCE, 11 déc. 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c/ Viking Line ABP Ou¨ Viking Line Eesti*, C-438/05, *Rec.,* I-10779.
[1691] CJUE, 27 oct. 2009, *Land Oberösterreich c/ ČEZ*, C-115/08, *Rec.,* I-10265.
[1692] Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

l'Union européenne. Devons nous comprendre que lorsqu'il s'agit de l'application de la loi étrangère appartenant à un État tiers, le juge du for a la liberté d'utiliser l'exception d'ordre public de droit international privé étatique ?

1223. Les règlements Rome I et Rome II ne limitent pas l'utilisation de l'ordre public mais maintiennent la même imprécision quant à l'appartenance de la loi étrangère. Ainsi le Règlement Rome II qui précise, dans son considérant 32, que « des considérations d'intérêt public justifient, dans des circonstances exceptionnelles, le recours par les tribunaux des États membres aux mécanismes que sont l'exception d'ordre public et les lois de police », sans, pour autant, spécifier s'il s'agit, dans ce cas, de l'application d'une loi étrangère appartenant à un État membre ou à un État tiers à l'Union européenne. La même situation se retrouve dans le Règlement Rome I dans son considérant 37 : « Des considérations d'intérêt public justifient, dans des circonstances exceptionnelles, le recours par les tribunaux des États membres aux mécanismes que sont l'exception d'ordre public et les lois de police ». La notion de « lois de police » devrait être distinguée de celle de « dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord » et devrait être interprétée de façon plus restrictive. Au vu de ces imprécisions et même si la Cour de justice a été investie de la fonction d'interpréter les instruments à travers l'article 267 TFUE (ex-article 234 TCE), il n'existe pas encore de jurisprudence précisant le concept d'ordre public international dans le cadre de ces instruments. De ce fait, le contrôle européen sur l'exception d'ordre public dans le domaine des conflits de lois devrait être moins vigoureux que dans celui des effets des jugements parce qu'en droit privé le droit de l'Union européenne ne dispose pas, en quelque sorte, d'une « *lex fori* d'arrière-plan », dans la mesure où le droit de l'Union européenne matériel est encore peu développé.

1224. Il existe, cependant, une jurisprudence de la Cour de justice faisant indirectement référence à l'exception d'ordre public, à savoir, la jurisprudence touchant à l'interprétation de l'ordre public à travers le Règlement Rome I et représentée par les arrêts *Ingmar*[1693] et *Arblade*[1694]. Ainsi, dans l'arrêt *Ingmar*[1695], la Cour de justice a eu à statuer sur une clause relative au choix de la législation dans un contrat conclu entre un agent commercial indépendant et un commettant établi dans un État tiers (États-Unis, État de Californie). Au titre de ce contrat, l'agent était censé mener ses activités dans les États membres alors que le contrat lui-même était régi par les lois de

[1693] CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, préc.
[1694] CJCE, 23 nov. 1999, *Procédures pénales contre Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL*, préc.
[1695] CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, préc.

Californie. La Cour de justice a dû décider si les parties, par la voie d'une clause de choix de la législation, pouvaient s'écarter des normes prévues par la directive (CEE) du Conseil n° 86/653 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants. La Cour de justice a statué que la directive « [doit] trouver application dès lors que l'agent commercial a exercé son activité dans un État membre et alors même que le commettant est établi dans un pays tiers et que, en vertu d'une clause du contrat, ce dernier est régi par la loi de ce pays ». Dans son raisonnement, la Cour de justice a motivé sa décision par le caractère impératif des dispositions de protection de la directive dans le marché unique. Sur le fondement de ce raisonnement, l'affaire *Ingmar* a été l'une des principales raisons de l'inclusion de la disposition de l'article 3, paragraphe 4, dans le Règlement (CE) n° 593/2008[1696]. Dans le cadre des catégories traditionnelles du droit international privé, la jurisprudence *Ingmar* est une décision d'ordre public plutôt qu'une décision relative à des dispositions impératives. Cela montre qu'en droit de l'Union européenne des contrats, un ordre public européen « commun » apparaît pour les aspects du droit qui sont suffisamment harmonisés pour permettre la définition de ses politiques.

1225. L'arrêt *Arblade* de 1999[1697] concernait des sociétés françaises qui avaient détaché des travailleurs pour effectuer des travaux de construction en Belgique. Les autorités belges avaient ouvert une procédure pénale à l'encontre des sociétés françaises et de certaines personnes liées à ces sociétés sur la base de violations alléguées de certaines obligations imposées aux employeurs en droit belge. Les sociétés accusées ont fait valoir qu'elles avaient respecté toutes les prescriptions du droit français du travail en vigueur, tandis que les autorités belges se fondaient sur l'exception d'ordre public de l'article 3 du code civil belge. Dans son renvoi devant la Cour de justice, le tribunal correctionnel de Huy a posé la question de savoir si l'application des règles belges pertinentes constituait une violation de la libre prestation de services. La Cour de justice a statué que l'application des règles nationales relatives à l'ordre public faisait l'objet d'un contrôle en vertu du traité CE (aujourd'hui TFUE). La Cour a également statué que certaines de ces dispositions étaient compatibles avec la libre prestation de services, tandis que d'autres ne l'étaient pas. Les mêmes principes ont également été appliqués à d'autres affaires similaires dans lesquelles la Cour de justice a statué que le droit national peut prévoir l'application de certaines de ses dispositions impératives à des situations régies par le droit des contrats d'un autre État membre et

[1696] Pour une analyse, voy. CJCE, 5 oct. 2004, *Pfeifer*, C-397/01 à C-403/01, *Rec.,* I-08835, p. 25-36.

[1697] CJCE, 23 nov. 1999, *Procédures pénales contre Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL*, préc.

que, dans certaines circonstances, cette application est admissible en vertu du traité CE (ou TFUE)[1698]. L'affaire *Arblade* et les affaires similaires qui lui ont fait suite montrent que différents ordres publics nationaux peuvent coexister dans un régime européen commun. Le droit de l'Union impose certaines restrictions à leur champ d'application, mais n'exclut pas leur application dans le respect de ces restrictions.

1226. Il existe également des affaires touchant indirectement au droit international privé concernant l'ordre public dans le domaine des obligations non contractuelles (règlement Rome II). Ainsi, dans l'affaire *Laval*, la Cour de justice a été amenée à statuer sur une demande de dommages et intérêts dans le contexte d'un conflit de travail[1699]. Un syndicat suédois avait lancé une action collective contre une société de construction lettone qui avait détaché des travailleurs en Suède pour obtenir une convention collective. L'arrêt répond à la question de savoir si, dans ces circonstances, les règles nationales en matière d'action collective peuvent s'appliquer à un prestataire de services étranger.

1227. Deux points méritent ainsi d'être soulignés. Tout d'abord, le droit de l'Union peut, dans une certaine mesure, renforcer également les ordres publics nationaux. C'est la conclusion que l'on peut tirer de la réponse n° 2 dans l'arrêt *Laval*, selon laquelle « les articles 49 CE et 50 CE s'opposent à ce que, dans un État membre, l'interdiction faite aux organisations syndicales d'entreprendre une action collective dans le but d'abroger ou de modifier une convention collective conclue par des tiers soit subordonnée à ce que l'action porte sur des conditions de travail et d'emploi auxquelles la loi nationale s'applique directement ». En d'autres termes, selon les articles 49 et 50 du traité CE (en vigueur à l'époque), la Suède devait appliquer certaines dispositions de sa législation, indépendamment de l'applicabilité globale du droit suédois, afin d'éviter les discriminations à l'encontre de travailleurs étrangers. L'application non discriminatoire de la législation nationale, quelle qu'elle soit, peut aussi être requise dans d'autres contextes, mais l'application de la loi du for dans des cas tels que *Laval* ne nécessite pas forcément une référence à l'ordre public au sens du droit international privé. Le droit de l'Union européenne directement applicable prévaut toujours sur la législation nationale sans nécessiter de référence explicite à l'ordre public.

[1698] CJCE, 15 mars 2001, *Procédure pénale contre André Mazzoleni et Inter Surveillance Assistance SARL*, C-165/98, *Rec.* I-2189.

[1699] CJCE, 18 mars 2007, *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet et autres*, préc. ; voy. aussi CJCE, 11 déc. 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c/ Viking Line ABP, Oü Viking Line Eesti*, préc.

1228. Deuxièmement, la Cour de justice a énoncé que certaines mesures d'action collective, si elles sont prises à l'encontre d'un prestataire de services étranger, constituent une atteinte à la libre prestation de services au titre du traité CE (aujourd'hui TFUE). Dans la perspective du droit international privé, cela montre que dans le domaine des obligations non contractuelles également, le droit de l'Union européenne peut fixer certaines limites à l'invocation des ordres publics nationaux.

1229. L'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire *Land Oberösterreich contre ČEZ*, la société qui exploite la centrale nucléaire de Temelín, en République tchèque[1700], est un cas classique d'application du droit international privé aux litiges environnementaux transfrontaliers. Le requérant a introduit une demande de cessation des nuisances causées par la centrale auprès d'une juridiction autrichienne sur la base du droit autrichien. En droit tchèque, cette demande serait rejetée sur la base de l'autorisation délivrée à ČEZ par les autorités tchèques (et de ses effets en droit privé). Une autorisation publique de ce genre n'aurait aucun effet en droit administratif autrichien, et une demande pourrait donc être fondée en droit autrichien. En droit international privé, la réponse généralement apportée à ce genre de problèmes est la suivante: (1) les États autres que celui où se situe la centrale peuvent appliquer leurs droits préjudiciels à ces dossiers ; (2) en droit international, il n'existe aucune obligation générale de reconnaître l'effet transfrontalier d'autorisations publiques accordées par d'autres États; mais (3) un État peut convenir de donner effet à ces permissions via des traités internationaux ou d'autres instruments internationaux. La doctrine indique également que le droit de l'Union européenne peut prévoir une obligation de ce type dans les cas impliquant le droit de différents États membres[1701]. Selon l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire Temelín, l'Autriche est tenue d'appliquer ses lois de façon non discriminatoire en ce qui concerne les effets en droit privé des autorisations publiques. Même s'il ne s'agit à nouveau pas d'une décision d'ordre public, elle est néanmoins pertinente dans le contexte de ce rapport. Même si l'Autriche avait, de façon générale, donné effet aux autorisations publiques accordées par d'autres États membres, il est probable qu'elle aurait invoqué sa politique d'opposition aux centrales nucléaires à l'encontre d'une autorisation tchèque. Comme l'indique cet arrêt, cette opposition aurait été inacceptable en droit de l'Union européenne - ce qui démontre une fois de plus que le droit de l'Union européenne peut imposer des limites à l'application d'un ordre public national.

[1700] CJUE, 27 oct. 2009, *Land Oberösterreich c/ ČEZ*, préc.
[1701] CJCE, 5 oct. 2004, *Pfeifer*, préc.

β. L'exception d'ordre public international, outil au service des objectifs européens

1230. Le droit de l'Union européenne utilise l'exception d'ordre public international pour imposer le respect, par le juge du for, de ses règles et principes revêtant une importance essentielle.

1231. Dans l'hypothèse où la loi désignée par la règle de conflit du for est celle d'un État membre n'ayant pas ou mal transposé une directive européenne, une distinction pourrait alors être faite selon que l'on est en présence d'un principe fondamental exprimé par le législateur européen sous la forme d'une règle présentant les caractères requis pour être dotée d'effet direct, ou d'un principe général qui n'édicte pas de règle précise de comportement[1702].

1232. Dans le premier cas, il serait inutile de recourir à l'exception d'ordre public international ; le procédé alors utilisé par le juge national consisterait à appliquer la règle dotée d'effet direct dès lors que la situation entre dans son domaine d'application plutôt que d'évincer la loi étrangère[1703]. Dans le second cas de figure, le recours à l'exception d'ordre public de droit international privé serait approprié. Ainsi, le juge du for mettrait à l'abri l'État dont il relève, d'une action en manquement ainsi qu'en responsabilité[1704].

1233. On peut aussi distinguer selon que les normes en question incarnent les objectifs européens trouvant[1705] ou non leur source dans le droit de l'Union europénne (mais dont ce dernier s'est inspiré et qu'il a réceptionnés en manifestant son attachement à leur égard, notamment à l'article 6 TUE[1706]).

[1702] M. FALLON, *Rec. cours La Haye*, vol. 253, 1995, p. 255 et s., n° 148.

[1703] D. ARCHER, *Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflits de lois)*, 2006, p. 195.

[1704] *Idem.*, p. 252, n° 145. Le recours en manquement devant la Cour de justice a pour objet de sanctionner la violation par un État membre d'une obligation du droit de l'Union (par exemple la mauvaise transposition d'une directive). Ces recours sont formés dans la quasi-totalité des cas par la Commission européenne mais peuvent l'être aussi par les États membres. En cas de manquement constaté, l'arrêt s'impose à l'État membre concerné et, s'il ne s'y conforme pas, la Cour peut lui infliger des sanctions pécuniaires (somme forfaitaire ou astreinte), à la demande de la Commission. Le traité de Lisbonne simplifie la procédure de sanction, qui est désormais plus rapide (une des deux phases préalables avant la saisine de la Cour, celle de l'avis motivé, ayant été supprimée). Le principe de la responsabilité des États membres vis-à-vis des particuliers a été degagée par la Cour de justice et découle de la non-application ou de la mauvaise application d'une norme de droit de l'Union européenne. Les particuliers peuvent s'adresser au juge national pour demander réparation à condition que le dommage soit imputable à l'État membre et qu'il découle d'une activité matérielle ou législative en relation avec le droit de l'Union européenne. Les conditions relatives à l'engagement de responsabilité sont: le résultat prescrit par l'acte du droit de l'Union comporte l'attribution de droits au profit de particuliers ; le contenu de ces droits doit être identifié sur la base des dispositions de l'acte du droit de l'Unon ; un lien de causalité entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées doit aussi exister.

[1705] Comme, par exemple, celles liés aux exigences du fonctionnement du marché intérieur.

[1706] Le droit de l'Union européenne a puisé ces principes dans les traditions constitutionnelles communes aux États membres et dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

1234. Si les principes réceptionnés par le droit de l'Union européenne peuvent accepter l'exception d'ordre public international[1707], cette méthode paraît, cependant, inappropriée en ce qui concerne les normes du droit de l'Union européenne qui trouvent leur source exclusivement dans ce droit et qui sont liées aux objectifs de réalisation d'un marché intérieur. Celles-ci s'imposent dans les États membres en vertu du principe de primauté et bénéficient de l'effet direct. C'est pourquoi elles devraient faire l'objet d'une application directe de la part des juges nationaux, sans que ceux-ci aient besoin de recourir à l'exception d'ordre public de droit international privé. En même temps, l'application de l'ordre public européen passe par des changements importants au niveau des États membres, ce qui peut entrainer une réaction de méfiance de leur part.

b. Des changements au niveau des États membres

1235. Les relations entre l'ordre juridique européen et les ordres juridiques nationaux sont caractérisées par des hésitations de la part des uns et des autres concernant la reconnaissance d'un ordre public européen qui puisse mieux gérer les interférences entre le droit de l'Union et le droit international privé. Cela peut être dû au dédoublement de la *lex fori* (α), ainsi qu'au domaine de plus en plus restreint des compétences des États membres en matière d'ordre public (β).

α. Une double lex fori pour le juge national

1236. Le respect du droit de l'Union européenne s'impose dans les relations entre États membres non en vertu des mécanismes du droit international privé, mais en vertu de ceux qui relèvent du droit de l'Union européenne, le principe de primauté et l'effet direct. Pour les juges et les autres organes des États membres, le droit de l'Union européenne fait partie de leur propre droit. Les juges ont alors une double *lex fori,* et ils sont « organes » tant de leur État membre que de l'Union européenne. Chaque fois que l'ordre public européen est en jeu, les juges des États membres sont tenus de le faire valoir. La *lex fori* se trouve ainsi investie d'une nouvelle fonction dans le contexte européen. L'analyse de cette fonction pourrait d'ailleurs être envisagée sous un angle quelque peu différent selon que l'on se place du point de vue du droit national ou du droit de l'Union européenne. Du point de vue national, l'accent serait mis sur la nécessité de préserver

[1707] La jurisprudence communautaire en fournit des exemples en matière de reconnaissance des jugements dans le cadre de la convention de Bruxelles ; voy. en ce sens CJCE, 28 mars 2000, *Krombach,* C-7/98, *Rec.,* p. I- 1935: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2000, p. 481, note H. MUIR WATT et CJCE, 11 mai 2000, *Régie nationale des usines Renault SA c. Maxicar SpA et Orazio Formento*, C-38/98, *Rec.,* p. I- 2973 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 2000, p. 497, note H. GAUDEMET-TALLON.

l'État contre un manquement au droit de l'Union européenne ; du point de vue européen, elle exprimerait l'effet utile. Cette fonction pourrait s'appeler « fonction de conformité au droit de l'Union européenne » ou « fonction européenne de l'application subsidiaire de la *lex fori* »[1708]. Par exemple, indépendamment des dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), la chambre sociale de la Cour de cassation, a fait application d'office, au titre de l'interprétation conforme, des dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[1709]. Elle a ainsi appliqué d'office l'article 31 de la Charte sur le droit à des conditions de travail qui respectent la santé du travailleur[1710]aussi que l'article 27 de la Charte reconnaissant le droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise[1711].

1237. L'invocation de la Charte présente un intérêt certain pour la Cour de cassation qui se trouve souvent confrontée, à la différence du Conseil d'État, à la limitation de l'absence d'effet direct horizontal des directives de l'Union européenne, c'est-à-dire à l'impossibilité dans un litige entre particuliers d'invoquer une directive non ou mal transposée. En effet, il est possible d'invoquer un principe général du droit tel que concrétisé par telle ou telle directive, y compris dans un litige entre particuliers, puisque les principes généraux du droit ou les droits fondamentaux[1712] sont d'application générale, y compris dans les litiges horizontaux[1713]. C'est ainsi que, par un arrêt du 11 avril 2012[1714], la chambre sociale a été amenée d'office à poser une question préjudicielle sur le point de savoir si le droit fondamental relatif à l'information et à la consultation des travailleurs, reconnu par l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, tel que précisé par les dispositions de la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, peut être invoqué dans un litige entre particuliers aux fins de vérifier la conformité d'une mesure nationale de transposition de la directive.

[1708] D. ARCHER, *Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflits de lois*, *op. cit.*, p. 205.

[1709] 2007/C 303/01.

[1710] Cass., soc., 29 juin 2011, nº pourvoi 09-71.107, *Bull. civ.* 2011, V, nº 181 ; Cass., soc., 31 janvier 2012, nº pourvoi 10-19.807, *Bull. civ.* 2012, V, nº 43 ; Cass., soc., 26 septembre 2012, nº pourvoi 11-14.540, *Bull.* 2012, V, nº 250 ; Cass., soc., 24 avril 2013, nº pourvoi 11-28.398, *Bull. civ.* 2013, V, nº 117

[1711] Cass., soc., 17 mai 2011, pourvoi nº 10-12.852, *Bull. civ.* 2011, V, nº 108.

[1712] La distinction entre les deux devant d'ailleurs s'estomper compte tenu de l'article 6, 3, du TUE qui dispose que « les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

[1713] CJCE, 22 novembre 2005, *Werner Mangold c/ Rüdiger Helm*, C-144/04, *Rec.* ; CJUE, 19 janvier 2010, *Seda Kücükdeveci/ Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07, *Rec.*

[1714] Cass., soc., 11 avril 2012, nº pourvoi 11-21.609 : *Bull. civ.* 2012, V, nº 122.

1238. À côté de la Charte des droits fondamentaux, la chambre sociale s'est fondée sur le principe général de non-discrimination en raison de l'âge, tel que reconnu par les deux arrêts précités de la Cour de justice, pour exiger des juges du fond qu'ils appliquent d'office la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail[1715]. L'on observe donc la *lex fori* européenne qui s'impose au juge qui est obligé, à son tour, de l'appliquer d'office. Or, cela pourrait être vu comme une menace à l'encontre de la compétence du juge du for en matière l'ordre public international.

β. Une compétence étatique menacée

1239. Il est difficile de préciser les limites de l'incursion du droit de l'Union européenne dans le domaine de l'ordre public étatique des États membres. La marge qui est reconnue aux États membres pour maintenir et développer leurs divergences sur les principes et les droits fondamentaux reste toujours ouverte.

1240. Cela n'empêche pas un État membre de l'Union européenne d'intégrer explicitement, dans le contenu de l'ordre public international, les principes fondamentaux du droit de l'Union européenne. Il faut ainsi remarquer la situation existante en droit international privé roumain où l'ordre public international a reçu, après la dernière reforme en la matière, un contenu légal explicite, avec trois composantes principales : les principes fondamentaux du droit roumain, du droit de l'Union européenne et des droits de l'homme[1716]. Or, c'est justement l'inclusion des principes fondamentaux du droit de l'Union européenne (issus à la fois des traités mais aussi de la jurisprudence de la Cour de justice) qui est un choix assez intéressant par rapport à son potentiel

[1715] Cass., soc., 11 mai 2010, pourvoi nº 08-43.681 : *Bull. civ.* 2010, V, nº 105 ; Cass., soc., 16 février 2011, pourvoi nº 09-72.061 : *Bull. civ.* 2011, V, nº 52. De la même manière, dans un arrêt du 10 juillet 2013, la chambre sociale a justifié un arrêt de cour d'appel, également en matière de discrimination fondée sur l'âge, par un motif de pur droit tiré de la directive du 27 novembre 2000, préc., voy. Cass., soc., 10 juillet 2013, pourvoi no 12-19.740, *Bull. civ.* 2013, V, nº 193. La chambre a ainsi jugé « qu'aux termes de l'article 6.1 de la directive du Conseil 2000/78/CE du 27 novembre 2000, nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires » ; qu'il en résulte que l'accord de branche des sociétés d'assurances relatif à l'application de la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites, en date du 14 octobre 2004, qui prévoit des contreparties en termes d'emploi et ne vise la mise à la retraite que des salariés en mesure de bénéficier d'une pension de retraite à taux plein, ne méconnaît pas les dispositions de la directive du 27 novembre 2000; que, par ce motif de pur droit, l'arrêt se trouve justifié « .

[1716] Selon l'art. 2564 (2) Nouveau C. civ. roumain « l'application de la loi étrangère viole l'ordre public du droit international privé roumain dans la mesure ou elle conduirait à un résultat incompatible avec les principes fondamentaux du droit roumain ou du droit de l'Union Européenne et avec les droits fondamentaux de l'homme ».

champ d'application. Cette composante pourrait ainsi jouer à l'encontre de la loi d'un autre État membre, dans le cas où l'application de la législation de celui-ci conduirait à un résultat contraire aux principes du droit de l'Union (dans le cas de la non-transposition ou de la transposition inexacte d'une directive essentielle pour l'ordre juridique de l'Union européenne par exemple, ou d'une législation étatique manifestement contraire au droit de l'Union européenne, mais sur la compatibilité de laquelle la Cour de justice n'ait pas eu la possibilité de se prononcer[1717]). Il est évident que dans ce cas le but de cette intégration est celui de faciliter l'application de l'exception de l'ordre public européen à l'encontre des législations des États tiers, à travers une notion du for[1718]. Dans ce cas nous sommes face à une attitude active de la part du législateur national qui choisi d'intégrer les principes fondamentaux du droit de l'Union européenne dans le contenu de l'ordre public international, réalisant ainsi un renforcement de la protection accordée en la matière.

1241. Cependant, tenir compte de l'importance de l'ordre public européen ne veut pas dire qu'un État membre, conscient de sa dignité et de son identité, devra se plier aveuglément à ce qui lui est imposé par l'Union européenne. En effet, le droit des États membres et de leurs organes d'invoquer leur ordre public étatique n'est pas un droit gracieusement consenti par l'Union européenne, mais un droit d'origine pré-Union européenne, intouchable pour l'Union et non négociable. L'article 33 du Traité sur l'Union européenne précise, d'ailleurs , que « le présent titre ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure ». Cependant, l'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société[1719], l'État membre devant exercer cette compétence « dans le respect du droit de l'Union européenne ». Une abstention de l'État membre en la matière peut être constitutive d'un manquement ; on retrouve cette idée, par exemple, dans les affaires *Oméga c. Ville de Bonn* du 14 octobre 2004[1720] ou *Van Duyn*[1721]. De toute évidence, dès qu'il s'agit d'un problème juridique qui entre dans le domaine du droit de l'Union européenne, le juge du for est

[1717] La nécessité d'un recours préjudiciel devant la CJUE dans un tel cas dépasse l'objet de notre analyse.
[1718] Du latin *forum,* designant la place publique sur laquelle siégeait le tribunal romain, la notion de « for » signifique, en droit international privé, le fait que la loi qui doit être appliquée à une situation déterminée est celle en vigueur de l'ordre juridique auquel appartient de la juridiction qui a été saisie. Or, les tribunaux des États membres de l'Union européenne appartiennent, en même temps, à deux ordres juridiques: l'ordre juridique des États membres et l'ordre juridique de l'Union européenne, qui se superpose au premier.
[1719] CJCE, 14 mars 2000, *Église de Scientologie*, C-54/99, *Rec.,* p. 1-1335, nº 17.
[1720] CJCE, 14 oct. 2004, *Omega c/ Bundesstadt Bonn*, C-36/02, *Rec.,* p. 1-9609.
[1721] CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn c/ Home Office*, C-41/74, *Rec.,* p. 1337, nº 272.

donc contraint de tenir compte des règles européennes et l'ordre public européen ne saurait pas en être exclu.

CONCLUSION DE SECTION

1242. En conclusion, il est impossible de définir l'ordre public de droit international privé de façon exhaustive. L'exception ne se manifeste que dans une suite d'espèces concrètes, probablement rebelles à toute synthèse. L'exception d'ordre public de droit international privé est dès lors l'exemple type de la figure juridique fonctionnelle. Cette exception définit la mesure d'ouverture de l'ordre juridique du for aux normes étrangères ; en ce sens elle constitue un point névralgique du droit international privé et la tentation peut être grande d'invoquer l'exception d'ordre public à chaque fois que le droit étranger nous paraît « étrange » mais cela ne justifie pas son éviction, sinon cela condamnerait le droit international privé dans son ensemble. Il faut donc éviter de multiplier les hypothèses d'éviction de la loi étrangère. L'exception d'ordre public doit garder son caractère d'exception. Pour ce faire, il faut en réserver l'application aux situations véritablement exceptionnelles. Le caractère exceptionnel de l'ordre public est parfois encore renforcé lorsque l'on opte pour la formule de la violation « manifeste » de l'ordre public, formule traditionnelle des Conventions de La Haye, qui a été reprise par le Règlement 44/2001 (art. 34).

1243. Se pose, pourtant, la question de savoir si l'exception d'ordre public, telle qu'elle est aujourd'hui définie par la jurisprudence et la doctrine dominante, est conciliable avec un règlement international des conflits de lois. Dans ce sens seule l'unification des règles matérielles doit conduire à ce résultat. En revanche, lorsque le traité a pour objectif de réaliser l'unification des droits au seul niveau de leurs règles de conflit, il n'y a aucune raison d'écarter le jeu de l'ordre public[1722]. En effet, d'une part, ces règles de conflit peuvent conduire, notamment si la convention porte loi uniforme, à l'application de lois étrangères relevant d'États tiers dont le contenu est susceptible de heurter les conceptions du for. D'autre part, même dans les rapports entre États membres, le rapprochement opéré par le traité entre leurs règles de conflits laisse subsister les différences et oppositions entre leurs droits internes. Il ne peut en outre empêcher l'évolution ultérieure des législations. Ainsi, l'arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 2015[1723]

[1722] Cass., civ., 21 janv. 1936, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1936, p. 510, note M.-L. NIBOYET-HOEGY, rendu à propos de l'application du Traité franco-belge du 8 juill. 1899 sur la compétence judiciaire et la reconnaissance des jugements.
[1723] Cass., 1re civ., 28 janvier 2015, C100096.

reflète la réalité de cette situation. En l'espèce il s'agissait de deux personnes de même sexe, l'un français, l'autre marocain, ayant décidé de se marier[1724] après l'entré en vigueur de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Si la cour d'appel avait autorisé cette union, le procureur général, en revanche, avait formé un pourvoi en cassation sur la base de l'article 55 de la Constitution, considérant que ce mariage violait la Convention franco-marocaine de 1981.

1244. Cette convention du 10 août 1981 prévoit, en effet, que, pour déterminer si le mariage est autorisé, il faut se référer, pour chaque époux, à la loi de l'État dont il a la nationalité. Or, le Maroc ne reconnaît pas aux couples de même sexe le droit de se marier. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en application de l'article 4 de la convention franco-marocaine qui prévoit que la loi de l'un des deux pays peut être écartée lorsque celle-ci est manifestement incompatible avec l'ordre public. Or, garantir la liberté fondamentale de se marier fait partie de l'ordre public français et doit, de ce fait, être protégé. L'exemple reflète donc un changement survenu dans l'ordre public de l'un des États liés par une convention entre le moment de sa signature et le moment de l'utilisation de l'exception d'ordre public.

1245. L'utilisation de l'exception, dans ce cas, pour écarter la loi étrangère désignée par la règle conventionnelle, ôte à cette dernière une bonne partie de son efficacité. Mais ce qui est vrai des règles issues d'un traité, l'est également pour les règles nationales. Il convient aussi d'observer que les conventions récentes ont, pour se prémunir contre ce risque, pris soin de prescrire au juge de ne recourir à l'exception que de façon très exceptionnelle[1725]. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne va dans le même sens lorsqu'elle limite l'application du critère d'ordre public à des cas exceptionnels dans lesquels l'application de la loi étrangère aurait des effets déraisonnables, cette exception étant généralement soumise au principe de proportionnalité.

1246. L'exception d'ordre public n'est pas le seul mécanisme permettant au juge du for d'évincer la loi étrangère. En effet, le mécanisme d'exception de fraude à la loi offre au juge du for la possibilité d'évincer la loi étrangère, comme sanction du comportement frauduleux des plaideurs.

[1724] Le C. civ. permet aux couples de même sexe de se marier, dès lors que cette union est autorisée soit par la loi de l'État dont est ressortissant l'un des deux partenaires, soit par la loi du territoire sur lequel il est domicilié (art. 202-1, al. 2).

[1725] Il en est ainsi notamment des Conventions de La Haye qui n'autorisent l'intervention de l'ordre public qu'en cas d'incompatibilité manifeste entre la loi étrangère et la loi du for, du règlement Rome I sur la loi applicable avec obligations contractuelles et du Règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.

SECTION 2

L'EVICTION DE LA LOI ETRANGERE COMME SANCTION DU COMPORTEMENT FRAUDULEUX DES PLAIDEURS

1247. La loi étrangère peut également être évincée afin de sanctionner un comportement frauduleux des parties à un rapport juridique comportant un élément d'extranéité. En effet, la diversité des lois peut inspirer aux individus des stratégies, licites ou illicites, d'évitement des lois contraignantes. C'est la différence entre l'utilisation judicieuse d'une norme disponible et le contournement d'une règle applicable. Dans le premier cas, c'est la loi qui autorise les parties à se laisser guider par leurs intérêts, alors que dans le second, les parties usent d'un artifice pour se placer en-dehors du champ d'application d'une loi et se soustraire à son autorité. De ce point de vue la célèbre affaire de la princesse De Bauffremont offre un bel exemple en la matière. Il s'agissait ainsi d'une ressortissante française qui au XIXe siècle obtint la nationalité du duché de Saxe-Altenburg, afin d'échapper à la loi française prohibant à l'époque le divorce et de voir, par application du droit de cet État, sa séparation de corps convertie en divorce, conformément à l'article 3, alinéa 3, du Code civil français qui soumet le statut personnel à la loi nationale[1726]. Cette manœuvre avait permis à la princesse d'épouser le prince Bibesco à Berlin, en obtenant l'application d'une loi autre que celle en principe compétente pour régir la situation internationale. La naturalisation obtenue « en fraude à la loi française » fut, cependant, privée d'effet en France, la princesse restant soumise au statut personnel français prohibitif.

1248. Cet exemple reflète le refus de la jurisprudence française de permettre aux individus d'utiliser les règles de conflit afin de se soustraire aux dispositions légales de fond normalement applicables, le moyen permettant de priver d'efficacité la fraude et de préserver l'autorité de la loi fraudée étant représenté par l'exception de fraude à la loi. Tout comme l'exception d'ordre public, il s'agit d'un mécanisme d'éviction de la loi en principe compétente d'après la règle de conflit de lois du for. Cependant, à la différence de l'ordre public, il ne s'agit pas de corriger la neutralité de l'élément de rattachement, mais de sanctionner le comportement frauduleux des plaideurs. En effet, à partir du moment où la volonté des individus, directement ou indirectement, joue un rôle dans le règlement des conflits de lois, il y a lieu de prévoir et de sanctionner les abus possibles. On pourrait penser qu'il s'agit, le plus souvent, d'une hypothèse d'école, le moyen étant assez onéreux pour être d'utilisation courante : un individu ne change pas de nationalité, ne transporte pas son

[1726] Cass., civ., 18 mars 1878, *S.* 78. I. 193, note X. LABBE ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GAJDIP*, n° 6.

domicile à l'étranger sans frais ni inconvénients. Le développement des échanges sociaux et commerciaux au niveau mondial et, implicitement, la facilité d'accès aux moyens de transport, ont permis, cependant, aux fraudeurs de ne plus considérer ces obstacles comme étant suffisamment importants pour les décourager. Dès lors l'État ne saurait admettre la possibilité d'utiliser le droit international privé pour narguer l'autorité de ses lois, la fraude à la loi se présentant, de ce point de vue, comme un mécanisme qui met en cause l'application d'une loi normalement compétente à travers des manœuvres frauduleuses. On va, pourtant, observer que, de nos jours, la fraude à la loi est tombée en désuétude, car les sujets de droit trouvent des moyens de plus en plus astucieux pour obtenir l'application d'une autre loi que celle normalement compétente, comme, par exemple, le *forum shopping*, sans risquer de voir les droits ainsi obtenus frappés d'une inopposabilité. De plus, à la différence de la sanction de la fraude en droit interne, la sanction de la fraude à la loi en droit international privé reste assez modeste, s'agissant, dans la plupart des cas, seulement d'une inopposabilité.

1249. Quelle influence réelle la fraude à la loi peut-elle avoir par rapport à l'application d'une loi étrangère ? L'éviction de la loi étrangère est-elle bien concrète ou peut-on plutôt parler d'un refus de reconnaissance des droits obtenus avec des moyens frauduleux, sachant que la sanction reste l'inopposabilité ? De même, lorsque l'on parle de fraude à la loi étrangère, s'agit-il, comme sanction appliquée dans ce cas, de faire application de cette même loi étrangère fraudée ou de faire seulement le constat de la fraude pour appliquer, par la suite, la *lex fori* ? Ces questions supposent de comprendre la spécificité de la notion de « fraude à la loi » (§1), afin de déceler son fonctionnement dépassé à travers les conditions et les effets de sa mise en œuvre (§2).

§ 1. La specificite de la notion de « fraude a la loi »

1250. Fraus omnia corrumpit. Autour de cet adage, la jurisprudence et la doctrine ont élaboré une théorie générale de la fraude, alliance d'une notion et d'un régime de sanction. Si le correctif de fraude est reconnu comme un principe général du droit, la notion de « fraude » demeure méconnue.

1251. Plusieurs auteurs ont, d'abord, tenté de réduire le phénomène de fraude à une forme de violation de la loi, de cause illicite ou d'agissement immoral. Le critère de l'intention frauduleuse du sujet s'est ensuite imposé. Cette analyse, admise aussi bien par la jurisprudence que par la majorité de la doctrine, n'est guère satisfaisante : une intention ne peut être déclarée frauduleuse qu'une fois la qualification de fraude objectivement établie. Ce critère ne renseigne en rien sur ce

qu'est frauder ni n'explique la réaction intransigeante de l'ordre juridique. Il n'est qu'un sophisme dissimulant la réalité du raisonnement complexe permettant de qualifier la fraude.

1252. Afin de définir la fraude, il est nécessaire de prendre appui sur la seule certitude la concernant : le principe de sa sanction systématique, lequel conduit à rechercher l'élément répréhensible justifiant cette rigoureuse réaction du droit. Cet élément est l'illégitimité du résultat atteint. Propre à la notion de « fraude », ce critère doit être complété par un critère technique partagé avec la notion d'habileté : l'anormalité du moyen mis en œuvre. Ces deux critères permettent d'opérer la qualification des trois types de fraude qu'il est possible de distinguer : la fraude par élusion de l'applicabilité de la loi, par neutralisation de l'application de la loi et par détournement de l'application de la loi. La fraude à la loi en droit international privé consiste « à modifier volontairement un rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente »[1727]. L'on peut, ainsi, changer de nationalité pour se faire appliquer une législation plus libérale sur le divorce ou sur le mariage pour tous ou déplacer un objet volé pour le revendre dans un pays protégeant l'acquéreur *à non domino*. L'exception de fraude à la loi est donc un instrument judiciaire de moralisation des comportements des parties pour empêcher que celles-ci ne profitent de la dimension internationale de la situation pour se jouer de l'autorité des lois. Cette notion est, cependant, sujette à diverses interprétations comme celle d'une simulation du point de rattachement. De même, l'interprétation de la licéité du moyen utilisé pose également problème. En plus, il est souvent très difficile de voir nettement les contours de la notion par rapport à d'autres notions avec lesquelles elle peut interagir dans certains points. Il convient donc d'éclairer une notion sujette à interprétations (A) avant de la mettre en relation avec des notions voisines pour en déduire des contours plus nets (B).

A. Une notion sujette a interpretations

1253. Traditionnellement, la fraude à la loi se caractérise par le jeu de son auteur avec le champ d'application des lois de droit privé des différents États[1728]. Ce jeu mérite d'être qualifié de frauduleux lorsque, quel que soit le moyen employé, il est pratiqué par le sujet de droit dans le but exclusif de se soustraire à l'autorité d'une loi étatique. La conception de la fraude à la loi ainsi exposée se trouve en harmonie avec la définition que la Cour de cassation a esquissée[1729] et selon laquelle il y a fraude à la loi dès lors que les parties ont « volontairement modifié le rapport de

[1727] Cass., 1re civ., 17 mai 1983, *Lafarge* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1985, p. 346, note B. Ancel.
[1728] Voy. B. Ancel et Y. Lequette, *GAJDIP*, p. 45, où est évoqué le « glissement délibéré de la situation du fraudeur de l'empire d'une loi à celui d'une autre loi ».
[1729] Cass., 1re civ., 17 mai 1983, *Lafarge, Rev. crit. dr. internat. privé* 1985, p. 346, note B. Ancel.

droit dans le seul but de le soustraire à la loi compétente ». La notion de « fraude » à la loi consiste ainsi dans l'emploi d'un moyen *a priori* licite pour obtenir un résultat illicite, autrement dit pour faire ce que la loi prohibe ou ne pas faire ce à quoi elle oblige[1730].

1254. La doctrine semble se diviser, en revanche, sur la question de savoir si le moyen utilisé, *a priori* licite, doit être considéré comme définitivement licite. Pour certains, il est doté d'une efficacité juridique inattaquable qui le place hors d'atteinte de la loi fraudée. De ce point de vue seule la maxime « fraus omnia corrumpit » pourrait permettre de déjouer la manœuvre, par application de l'exception de fraude[1731]. Pour d'autres, l'illicéité du résultat obtenu permettrait toujours de condamner le moyen utilisé ; celui-ci ne serait qu'en apparence licite, mais la loi fraudée pourrait conduire à sanctionner la manœuvre ourdie contre elle. Il serait donc toujours possible de réprimer la fraude par l'application directe de la loi frauduleusement écartée[1732].

1255. Cependant, tenir provisoirement pour licite la manœuvre utilisée, pour la sanctionner ensuite, permettrait également de dissimuler le raisonnement consistant à corriger les concepts - nécessairement imparfaits. Cela permettrait, en droit international privé, de dissimuler l'abandon de la méthode conflictuelle au profit de la méthode unilatéraliste[1733]. A notre avis les deux théories ne diffèrent qu'en apparence, alors que sur le fond elles soutiennent la même chose, c'est-à-dire, la détérioration de la licéité du moyen utilisé en raison de la fraude réalisée. En effet, le moyen utilisé, sans l'emploi de la fraude, reste et restera licite. Sa nature se détériore au moment où la fraude est réalisée. C'est à ce moment précis que le moyen licite devient illicite et mérite d'être sanctionné, la sanction s'appliquant rétroactivement.

1256. Un autre aspect concernant l'interprétation de la notion, qui mérite notre attention, implique les deux acceptions de la fraude à la loi. Ainsi, dans un premier temps on a pris en compte la version étroite de la fraude à la loi qui impose la simulation d'un facteur de rattachement. Les parties peuvent véritablement feindre un facteur de rattachement en stipulant, par exemple, dans un contrat, qu'il a été rédigé et qu'il sera exécuté entièrement dans un certain État, pour éviter l'application de la loi normalement compétente. L'arrêt *Audi c/ NSU*[1734] en fournit l'exemple : s'agissant d'un contrat de concession entre un concédant établi en Allemagne et un concessionnaire établi en Belgique, le concessionnaire désirait obtenir compensation pour la résiliation fautive du contrat. Or, la question de la compétence internationale était soumise à la

[1730] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*
[1731] J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude,* Dalloz, 1957.
[1732] B. AUDIT , *La fraude à la loi*, Paris, Dalloz, 1974.
[1733] J. MOULY, *La « délocalisation procréative »* : *fraude à la loi ou habileté permise ?*, Recueil Dalloz 2014, p. 2419 et s.
[1734] Cass., civ., 28 juin 1979, *Pas.* 1979. I. 1260.

Convention de Bruxelles de 1968, qui retient deux critères : le domicile du défendeur (celui-ci étant établi en Allemagne, ce critère n'était pas favorable au concessionnaire) ou le lieu d'exécution des prestations (le contrat prévoyait que toutes les obligations des parties devaient être exécutées en Allemagne). Cette clause était rédigée de façon judicieuse pour écarter la compétence des tribunaux belges et l'application de la loi belge. La Cour de cassation belge y a vu un cas de fraude, le lieu d'exécution étant manifestement situé en Belgique : « la clause contenue dans l'article 15 du contrat de concession de vente exclusive et déterminant le lieu d'exécution de l'obligation, avait pour objet de simuler un élément d'extranéité contraire à la réalité des choses et que la demanderesse avait ainsi eu pour but d'écarter par un artifice la loi belge normalement applicable, au profit d'une loi étrangère ». Dans ce cas, il y a consensus pour écarter le facteur de rattachement. Pourtant, cette version étroite de la fraude à la loi est unanimement combattue car il s'agit en fait de simulation plus que de fraude. C'est, en effet, au niveau du moyen utilisé pour frauder que se trouve la différence entre la simulation et la fraude à la loi : le moyen utilisé pour simuler consiste dans une fausse déclaration, par rapport à la réalité, des rapports juridiques établis entre les parties. Il s'agit dans notre cas d'une fausse déclaration indiquant comme lieu d'exécution du contrat de concession un autre que celui correspondant à la réalité. Or, dans le cas d'une fraude à la loi, le moyen utilisé sera toujours licite, le lieu d'exécution du contrat étant en concordance avec les stipulations du contrat. C'est la raison du choix du lieu d'exécution du contrat qui indiquera s'il s'agit ou non d'une fraude.

1257. Dans un deuxième temps, la fraude à la loi représenterait une manipulation d'un facteur de rattachement. Ainsi, l'on peut constater, dans certains cas, que le facteur de rattachement retenu correspond à la réalité, mais qu'il a été constitué pour échapper à l'application d'une loi particulière. Par exemple, sous l'Ancien Régime, des époux changeaient leur domicile de Normandie à Paris pour pouvoir se marier sous le régime de la communauté de biens, ce régime étant prohibé par la coutume de Normandie. De ce point de vue il ne faut pas la confondre la fraude à la loi avec la fraude portant sur une situation de fait en elle-même. Par exemple, il y a fraude matérielle et non pas fraude à la loi dans le cas d'un mariage simulé ou mariage fictif, à savoir un mariage sans intention de vie commune, puisqu'elle vise à obtenir non pas l'application d'un droit national différent par le biais d'un facteur de rattachement qui serait manipulé, mais bien un avantage matériel direct, comme pouvoir bénéficier du regroupement familial ou d'une possibilité d'acquérir la nationalité. La fraude à la loi, quant à elle, impose un changement de facteur de rattachement qui n'a rien d'illégal ; il est permis par la loi (de changer de domicile,

d'acquérir une autre nationalité, etc.), mais c'est le résultat, l'effet de ce changement en soi légitime, qui pose problème puisqu'il a un impact sur la loi applicable.

1258. Dans certains cas la fraude est manifeste alors que dans de nombreux autres cas, il sera plus difficile de décider de façon certaine son existence. Cela peut s'expliquer également par le fait que la fraude à la loi présente des liens étroits avec des notions voisines.

B. DES CONTOURS DEDUITS DES RAPPORTS AUX NOTIONS VOISINES

1259. Certains éclaircissements s'imposent afin de mieux cerner les contours de la notion, sans lesquels l'on risque de ne pas prendre en compte des situations susceptibles d'évincer la loi étrangère compétente en raison de la fraude réalisée et de maintenir une situation de droit ainsi obtenue ou de ne pas la sanctionner en concordance avec sa vraie nature. Or, la fraude à la loi en droit international privé entretient des liens assez ambigus avec la fraude aux droits d'autrui (interne ou internationale), la fraude à la juridiction, la violation de la loi, l'abus de droit ou la simulation. L'on observe, en effet, que la notion de « fraude à la loi » peut être confondue avec d'autres notions en raison d'ambiguïtés terminologiques (1) - le même terme entrant dans la dénomination de la fraude à la loi et celle aux droits d'autrui - ou de mécanismes similaires (2) - la fraude à la juridiction, la violation de la loi, l'abus de droit ou la simulation présentant tous des rapprochements de fond avec la fraude à la loi.

1. DES AMBIGUÏTES CAUSEES PAR UNE MEME TERMINOLOGIE

1260. Dans un premier temps, la fraude à la loi en droit international privé entretient des relations indéniables avec la fraude de droit interne ou *fraus alterius* (aux droits d'autrui) et dont l'archétype est la fraude paulienne[1735]. En effet, la maxime *fraus omnia corrumpit* est utilisée dans les deux cas de fraude pour fonder juridiquement les décisions la sanctionnant. La distinction reste assez « imprécise et actuellement de peu de portée »[1736] et peut être admise seulement en présence d'un critérium assez précis. Or utiliser un critère de différenciation tiré de la seule psychologie du fraudeur et fondé sur le but poursuivi par lui[1737] n'est d'aucune utilité car dans les deux cas cet élément est le même : l'obtention d'un effet du rapport juridique qui n'existe pas ou qui est même interdit en application de la loi normalement compétente.

[1735] Voy. J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude, op. cit.*, p. 273 et s..
[1736] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale, op. cit.*, n° 815.
[1737] H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, Paris, 1927, p. 45 et s.

1261. La distinction entre les deux types de fraude porte sur le fait qu'aucune de ces notions ne peut se réduire à l'autre. En effet, la fraude à la loi n'implique pas nécessairement la fraude aux droits d'autrui[1738]. Par exemple, dans l'affaire *Vidal*[1739], avant l'acceptation du divorce en France, deux époux français séparés de corps ont obtenu ensemble la nationalité suisse et ont divorcé en Suisse dans le même mouvement[1740]. Ce cas de fraude ne porte pas atteinte aux droits d'autrui mais est considérée comme une fraude au sens du droit international privé. A l'inverse, la fraude aux droits d'autrui ne se réduit pas automatiquement à la fraude à la loi. Par exemple, l'auteur d'une *fraus alterius*, tentant de se soustraire à une obligation préexistante, se mettrait en contrariété avec la loi dans laquelle cette obligation trouve sa source[1741].

1262. De même, les moyens de la violation sont différents dans les deux cas de fraude. Ainsi, dans le cas de la fraude aux droit d'autrui, le fraudeur, sans tenter de remettre en cause l'applicabilité à sa situation d'une loi, agit directement sur les circonstances conditionnant cette solution, en faisant en sorte que, par sa manœuvre, elle ne puisse pas se produire en l'espèce, en fait ou en droit. C'est ainsi que dans la fraude paulienne classique, le fraudeur ne remet pas en cause l'applicabilité à sa situation des règles juridiques dans lesquelles son obligation trouve sa source, mais, par un acte juridique, tel une donation, organise son insolvabilité, empêchant le créancier d'obtenir le paiement de sa créance et aboutit à l'inefficacité de la sanction prévue par ces textes en cas de violation.

1263. A l'inverse, dans le cas de la fraude à la loi, le fraudeur s'extrait du champ d'application de la loi qu'il veut évincer et se place dans le domaine d'une autre loi qu'il souhaite se voir appliquer. Cette attitude permet au fraudeur non seulement d'adopter un comportement irrégulier selon la loi normalement compétente, mais encore de camoufler l'irrégularité effective de son comportement en lui donnant une apparence de légalité[1742].

1264. Dans un deuxième temps, la fraude de droit interne peut acquérir des caractéristiques internationales pouvant également être confondue avec la fraude à la loi. Pourtant, la sanction internationale de la *fraus alterius* est différente de la sanction internationale de la fraude à la loi car c'est la loi désignée par la règle de conflit qui fournira au juge saisi l'outil par lequel il assurera, le

---

[1738] H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française, op. cit.*, p. 46 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., LGDJ, 1949, rééd. 1994, p. 327, n° 173.

[1739] Trib. civ. Seine, 31 janv. 1877, *D.* 78. 2. 6, confirmé par CA Paris, 30 juin 1877, *ibid.*

[1740] Comp. récemment, Cass., 1re civ., 2 oct. 1984, Favreau, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1986. 91, note M.-N. Jobard-Bachellier, *JDI* 1985. 495, note B. AUDIT .

[1741] J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude, op. cit.*, p. 69 ; comp. L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, 1928, Dalloz, rééd. par CNRS, 1984, p. 227, n° 185.

[1742] Comp. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles, op. cit.*, p. 327 et s., nos 173 et s.

cas échéant, la sanction ; alors que la fraude à la loi est toujours sanctionnée par le droit international privé du for. Une illustration de cette solution est offerte par l'arrêt *Lafarge*, dans lequel la Cour de cassation, après avoir rappelé qu'« il appartient au juge français (de l'exequatur) de vérifier que les décisions étrangères qui sont soumises à son contrôle n'ont pas consacré une fraude à la loi », approuve la cour d'appel de s'être « refusée à examiner l'allégation (des défenderesses) suivant laquelle le concordat aurait été obtenu dolosivement, dès lors que la loi compétente leur ouvrait à cet effet un recours dont elles auraient pu user ». Or, l'obtention dolosive du concordat a été sanctionnée en appliquant le droit matériel désigné par la règle de conflit et non le droit international privé du for. C'est pourquoi l'on peut regarder le problème de la *fraus alterius* internationale comme une question de droit interne (français ou étranger selon la solution du conflit de lois).

2. Des ambiguïtes causees par des mecanismes similaires

1265. La fraude à la loi peut également être confondue avec des mécanismes proches du sien, présentant, à travers leur finalité, des ressemblances très importantes avec cette notion. Ainsi, des manœuvres frauduleuses peuvent être mises en place afin de déclencher non plus l'applicabilité d'une loi incompétente, mais la compétence d'un juge sans pouvoir : saisine artificielle du juge étranger alors que le litige ne présente aucun lien avec le système juridictionnel étranger ; fraude aux droits de la défense d'autrui en profitant de l'éloignement du procès étranger pour empêcher le défendeur d'exercer une défense utile ; fraude au jugement, en sollicitant du juge étranger une décision qui n'aurait pas pu être rendue par les juges du for, pour profiter notamment de l'effet atténué de l'ordre public.

1266. Ces diverses formes de fraude ne sont, d'ailleurs, pas exclusives les unes des autres, ni d'une fraude à la loi au sens des conflits de lois. C'est pour cela que cette situation est souvent traitée par la doctrine comme une fraude à la loi ; mais il paraît préférable de la dénommer fraude à la juridiction, car s'il peut arriver que pareille pratique aboutisse à une véritable fraude à la loi, la plupart du temps cette notion n'est aucunement concernée. Nous allons, dès lors, observer de plus près les différences entre la fraude à la loi et les diverses formes de fraude à la compétence juridictionnelle.

a. Fraude à la compétence juridictionnelle et fraude à la loi

1267. Dans certains cas, l'avantage que le fraudeur attendra de sa manipulation sera purement procédural : un changement de domicile sera opéré seulement pour parvenir à la compétence

d'un juge lointain (géographiquement ou culturellement) de l'adversaire, afin de décourager ce dernier de plaider, ou de l'amener à transiger. Dans cette hypothèse l'on se trouve en face d'une fraude aux droits procéduraux de l'adversaire car la modification du domicile n'est en effet pas tant destinée à évincer la loi normalement applicable, qu'à fausser l'application de la règle de compétence internationale normalement applicable au cas d'espèce.

1268. Sous l'angle de la compétence internationale directe, d'abord, la Cour de cassation[1743] a admis l'incompétence des tribunaux français, nonobstant la nationalité française du demandeur, dans un cas où l'article 14 du code civil ne conduisait à la compétence judiciaire française qu'à la suite d'une cession frauduleuse de créance. On retrouve dans cette solution l'illustration du principe selon lequel « la fraude fait exception à toutes les règles »[1744], y compris aux règles de compétence judiciaire internationale, idée qui se retrouve également dans la théorie anglo-américaine du *forum non conveniens*.

1269. La fraude à la juridiction réalisée à des fins purement procédurales est aussi combattue en matière de compétence internationale indirecte. Dans l'arrêt *Simitch*[1745], la Cour de cassation précise que ne saurait produire d'effet en France un jugement étranger rendu sur le fondement d'une compétence judiciaire obtenue par fraude aux droits procéduraux de l'adversaire. Assortie d'une fraude à la loi, la fraude à la juridiction est exploitée afin d'aboutir à la consécration judiciaire d'un droit subjectif au bénéfice du fraudeur, là où le tribunal normalement compétent, à défaut de manœuvres, aurait tranché dans un sens moins favorable à celui-ci. C'est l'exemple fourni par l'affaire *Weiller*[1746]. Souhaitant obtenir un divorce qui lui soit aussi favorable que possible, Mme Weiller, Française domiciliée à New York, saisi le tribunal de Reno, au Nevada, connu pour sa complaisance en la matière. Ayant obtenu satisfaction par application de la loi de l'État du Nevada, elle se heurta en France à M. Weiller, qui contesta devant le juge français la régularité internationale du jugement américain. Celui-ci fut déclaré inopposable au mari au motif de la double fraude (à la loi et à la juridiction française) qu'il consacrait : « Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que la dame Weiller, dans l'intention de se soustraire à

[1743] Cass., 1re civ., 24 nov. 1987, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1988, p. 364, note G.A.L. DROZ, *JDI* 1988, p. 793, note E. LOQUIN.

[1744] Cass., civ., 26 mars 1855, *D.* 55. 1. 326.

[1745] Cass., 1re civ., 6 févr. 1985, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1985, p. 369, et chron. P. FRANCESCAKIS, p. 243, *JDI* 1985, p. 460, note A. HUET, *D.* 1985, p. 469, note J. MASSIP, et *D.* 1985, IR 497, obs. B. AUDIT, *GAJDIP*, nº 67 ; voy. Cass., 1re civ., 2 oct. 1984, préc.

[1746] Cass., civ., 22 janv. 1951, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1951, p. 167, note Ph. FRANCESCAKIS, *JCP* 1951. II. 6151, note S. et T., *S.* 1951. 1. 187, *Gaz. Pal.* 1951.1.210, *D.* 1952, p. 35, *GAJDIP*, nº 24 ; approuvant CA Paris, 15 déc. 1948, *D.* 1949, p. 461, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1949, p. 113, note Ph. FRANCESCAKIS, *S.* 1949. 12. 69, note G.-R. Delaume, *JCP* 1949. II. 4950, note R. SARRAUTE et P. TAGER.

sa loi nationale normalement compétente, en saisissant arbitrairement de sa demande en divorce un tribunal étranger appliquant la loi locale, a manifestement procédé à un simulacre d'établissement de domicile dans l'État de Nevada, qu'elle a d'ailleurs abandonné dès l'obtention du divorce ; que le juge de Reno a statué sans la moindre précision, sur la simple affirmation par la dame Weiller de « faits de cruauté » et sans autre preuve que le serment de la demanderesse ; Attendu 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 débat sérieux ». Dans cette affaire, fraude à la loi et fraude à la juridiction étaient vues comme mêlées car une partie de la doctrine considère que ce qui doit retenir l'attention en matière de fraude à la loi, c'est la relation entre la situation litigieuse et la règle de droit privé fraudée. De ce fait, la règle de conflit de lois n'est pas au centre du phénomène de la fraude à la loi et n'y intervient que parce qu'elle est un outil qui conditionne la fixation, pour les particuliers, du domaine d'application des lois de droit privé dans les relations internationales[1747]. L'on peut contester la pertinence de l'emploi de la notion de « fraude à la loi » dans les situations du type des époux Weiller, au motif que lorsque l'applicabilité de la loi recherchée résulte de la saisine frauduleuse d'un tribunal étranger, il n'y aurait pas « détournement », mais violation directe de la règle de conflit de lois, aucune « manipulation du critère de rattachement » n'ayant eu lieu[1748].

1270. Une autre forme de fraude à la juridiction, le *forum shopping*, résulte de l'option devant laquelle se trouve souvent, en matière de compétence internationale, le demandeur, en raison de la pluralité fréquente des tribunaux éventuellement compétents pour trancher un litige international donné[1749]. C'est en portant son choix sur une des juridictions compétentes que le justiciable pratique le *forum shopping*. Profiter de la compétence d'un juge étranger pour obtenir une décision favorable n'est pas nécessairement frauduleux[1750]. C'est pourquoi la doctrine française ne parle de *forum shopping* que lorsque le choix du tribunal saisi est frauduleux[1751].

[1747] Comp. D. HOLLEAUX et autres, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 986.

[1748] P. FRANCESCAKIS, note sous Cass., civ., 22 janv. 1951, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1951, p. 167, spéc. 172 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 5e éd., 1994, Montchrestien, n° 392.

[1749] Voy. F.K. JUENGER, « Forum shopping », *RabelsZ*, vol. 45, 1982. 708.

[1750] Il s'agit du cas du *forum shopping* toléré et le *forum shopping* prohibeé ou du *forum shopping bonus* et le *forum shopping malus*. Sur la distinction, voir P. de VAREILLES-SOMMIERES, « Le *forum shopping* devant les juridictions françaises », *Trav. Com. fr. dr. int. pr.* 1998-1999, p. 49. Dans ce cas l'abus dénoncé consiste à profiter d'un for disponible. Comment admettre en effet que l'exercice d'une règle de compétence - ou d'une option de compétence - puisse se prêter à un abus de droit ? Quel est le droit subjectif détourné et de quelle finalité ? Peut-on dire qu'une

b. Mécanismes frauduleux voisins et fraude à la loi

1271. Il existe d'autres mécanismes qui, malgré des différences évidentes, risquent d'être confondus avec la fraude à la loi, comme c'est le cas, par exemple, de l'abus de droit, la simulation ou la violation de la loi.

1272. L'abus de droit est caractérisé alors que les parties n'ont procédé à aucune modification des éléments de fait, comme c'est le cas dans la fraude à la loi, mais se sont contentées d'exploiter une situation préexistante[1752], une situation leur ouvrant un choix ou un droit d'option. Par exemple, l'on peut avoir un abus de droit dans le cas d'une internationalisation du contrat par le seul choix d'une loi étrangère (internationalisation abusive)[1753]. L'on essaie pourtant de lutter contre cette tentation d'abus en mettant en place la règle prévoyant que le libre choix du droit applicable des parties ne peut pas leur permettre d'échapper aux dispositions impératives du pays dans lequel tous les éléments de la situation de fait sont localisés. Le choix d'un droit étranger dans une telle configuration demeure sans effet. Or la fraude est incompatible avec ce type de règles de conflit qui confère d'emblée aux parties la liberté de se placer sous l'empire de la loi la plus avantageuse.

---

règle de compétence judiciaire consacre un véritable droit subjectif, susceptible de dégénérer en abus, du fait d'un exercice excessif des prérogatives qui en découleraient pour les justiciables ? Par ailleurs, les finalités des règles de compétence sont multiples. Elles ne reposent pas toutes sur des objectifs de proximité procédurale (notamment les règles retenant le critère de la nationalité). Comment, dès lors, caractériser une mauvaise foi à partir des avantages d'une autre nature qu'en tire le plaideur ? Le problème, en réalité, vient ici non pas du comportement du plaideur mais du laxisme de la règle de compétence qui autorise la saisine d'un juge ne présentant que des liens très faibles avec le litige. Dès lors, en effet, que le litige présente des liens étroits avec le juge saisi, personne ne songe à reprocher au plaideur de profiter des procédures probatoires ou conservatoires du juge saisi ou de ses règles de conflit de lois. Ainsi, dans l'exemple de l'affaire Stolzenberg (CA Paris, 5 oct. 2000 et 4 juin 2001, *Sotlzenberg* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 2002, p. 704, note H. MUIR WATT ; *Gaz. Pal.* 23 juil. 2002, p. 26, et la note ; Cass., 1ere civ. 30 juin 2004, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2004, p. 815, note H. MUIR WATT ; *JCP G.* 2004. II. 10198, avis de M. SAINTE-ROSE, *R.T.D.Civ.* 2004, p. 549, obs. P. Théry ; *Gaz. Pal.* 2005, p. 28, *JDI* 2005, p. 114, note G. CUNIBERTI), la Cour de cassation a eu raison de reconnaître l'équivalence fonctionnelle entre l'injonction *Mareva* et les formes de mesures conservatoires françaises, y compris quand la mesure est prise par un juge anglais et susceptible de déployer ses effets dans tous les autres pays. Le problème essentiel - outre ceux du respect du principe de contradiction et des effets concrets de l'injonction - est celui de savoir si le rattachement avec le juge anglais était suffisamment sérieux pour permettre au demandeur de profiter de cet avantage. Or la technique de l'abus de droit n'est pas le moyen adéquat pour corriger les faiblesses du rattachement des règles de compétence. Ce que l'on consacre derrière cette invocation de l'abus de droit, c'est en réalité une clause d'exception similaire à la clause d'exception à la loi applicable, c'est-à-dire une clause correctrice, dans un cas d'espèce donné, de l'application d'une règle de rattachement.

[1751] D. HOLLEAUX et autres, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 231, nº 448.

[1752] Sur la distinction entre la fraude et l'abus, voy. G. CORNU, *Théorie critique de lu fraude à la loi, Étude de droit international privé de la famille*, Defrénois, 2006, nº 381 et s. ; la distinction est, cependant, moins claire dans l'hypothèse d'une internationalisation abusive du rapport de droit qui peut tout aussi bien être classée dans l'abus (exploitation d'une liberté) et la fraude (internationalisation frauduleuse).

[1753] Voy. l'article 3 al. 3 du Règlement Rome I, préc. ; la solution a été étendue, en faveur de l'application des dispositions du droit de l'Union européenne, à l'hypothèse où la situation est entièrement localisée dans l'espace régional européen, à l'article 3-4 du même règlement. L'abus est néanmoins ici beaucoup moins net dans la mesure où la situation est par hypothèse transfrontière, donc internationale sauf à considérer que l'espace européen ne constitue plus désormais qu'un espace interne élargi à l'ensemble des États membres.

1273. L'incidence croissante de la protection des libertés de circulation pourrait d'ailleurs prochainement revivifier la notion d'abus de droit en droit international privé de l'Union européenne[1754]. Par exemple, même si la liberté d'établissement permet aux sociétés de bénéficier dans tous les États membres du statut que leur a conféré le droit de l'État dans lequel elles se sont constituées, et ce même si elles s'y sont incorporées dans le but manifeste de profiter d'une législation plus libérale, la Cour de justice a néanmoins indiqué qu'elle pourrait sanctionner l'existence d'un abus[1755]. Elle n'a cependant pas encore, semble-t-il, usé de cette arme en cette matière, et l'on peut douter de sa volonté de contenir la concurrence que se livrent les États membres pour attirer les investisseurs en mettant en compétition leurs systèmes législatifs[1756].

1274. La simulation peut aussi être confondue avec la fraude à la loi. Or, en cas de fraude, la situation artificieusement créée est bien réelle car « la fraude ne ment pas »[1757]. Elle n'en a pas besoin car le moyen juridique employé est parfaitement efficace pour atteindre le résultat voulu. C'est ce qui la distingue des multiples hypothèses dans lesquelles une situation est feinte : la saisine d'un codéfendeur fictif pour profiter de la compétence du tribunal de son domicile, le mariage blanc pour acquérir la nationalité française, le rattachement fictif d'un navire à un État (le pavillon de complaisance). Dans toutes ces hypothèses, une simulation est organisée afin de profiter de l'application d'une règle donnée. Pour déjouer une telle simulation, il suffit de faire tomber le masque du simulacre et contempler la situation réelle[1758].

1275. La violation de la loi présente des points tellement similaires avec la fraude à la loi qu'elle peut même être oubliée dans un cas l'impliquant. Ainsi, il suffit parfois de constater l'irrégularité de la situation créée pour déjouer une manœuvre frauduleuse. Dans l'exemple de la Princesse de Bauffremont, l'invocation de la fraude était superfétatoire. Son changement de nationalité était en effet inefficace, puisqu'il n'avait pas été précédé d'une autorisation maritale, requise à cet effet par le droit français de l'époque. Cet exemple n'illustre donc la notion de « fraude » au sens technique d'utilisation d'un moyen juridique efficace pour tourner la loi, que si l'on occulte cet élément de fait propre à l'espèce.

[1754] Voy. S. VRELLIS, « « Abus » et « fraude » dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques », *Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 633.

[1755] Voy. la série des arrêts *Centros*, CJCE, 9 mars 1999 et 5 nov. 2002, *Ubcrseering BV*, C-212/97, *Rec.,* CJCE ; CJCE, ass. plén., 30 septembre 2003, *Inspire Art*, péc. ; sur l'abus en droit de l'Union européenne, voy. aussi CJCE, 12 mai 1998, *Kejalas*, C-367/96, *Rec.,* CJCE, 23 mars 2000, *Diamonds*, C-373/97, *Rec.,* et sur la fraude, CJCE, 12 sept. 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, *Rec.*

[1756] Sur la notion de concurrence entre les ordres juridiques en droit des sociétés, voy. T. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, Paris 1, 2007.

[1757] Voy. B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GAJDIP*, n° 6, p. 5.

[1758] Voy. G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, « La fraude à la loi », *Trav. Com. fr. dr. int. pr.,* 1971-1973, p. 117.

§ 2. LE FONCTIONNEMENT DE LA FRAUDE A LA LOI

1276. Pour mieux comprendre comment la fraude à la loi arrive à évincer la loi étrangère ou celle du for (en cas de fraude à la loi étrangère) compétentes, il est nécessaire de regarder de plus près le fonctionnement de ce mécanisme à travers les conditions et les effets de sa mise en œuvre. Les conditions concernent les trois éléments de la fraude à la loi : une modification volontaire du rapport de droit par le fraudeur, l'intention d'échapper à une disposition impérative de la loi et une loi dont la compétence est protégée (A). En ce qui concerne ses effets, il faut partir du principe que si en droit civil interne, la fraude a pour effet de détruire complètement l'acte qui en est entaché, en droit international la sanction ne peut être aussi complète car il ne dépend pas de l'État du for de décider si l'acte est valable dans le pays étranger où il a été accompli. De ce point de vue, l'on parle plus d'inopposabilité que de nullité en la matière (B).

A. LES CONDITIONS D'EXISTENCE DE LA FRAUDE A LA LOI

1277. C'est en partant de la définition proposée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Lafarge*[1759] que ressortent les trois conditions essentielles pour se trouver en présence d'une fraude à la loi : une modification volontaire, par les parties, du rapport de droit, dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente. L'on distingue donc une modification volontaire du rapport de droit par le fraudeur, c'est-à-dire une utilisation volontaire d'une règle de conflit (élément matériel) (1) ; l'intention d'échapper à une disposition impérative de la loi (élément moral) (2) et l'existence d'une loi dont la compétence est protégée (élément légal) (3)[1760]. A ces conditions il faut rajouter celle de l'effet boumerang de la manœuvre frauduleuse qui consiste dans le fait que la fraude réalisée à l'étranger produira toujours des effets « perturbateurs » dans le système de droit d'origine (4).

1. MODIFICATION VOLONTAIRE DU RAPPORT DE DROIT

1278. La modification volontaire du rapport de droit correspond à l'élément matériel de la fraude à la loi et doit se faire d'une manière consciente, volontaire, effective et par des moyens licites. Il s'agit donc d'une manœuvre de la part du fraudeur, réalisée dans le but d'obtenir un résultat différent de celui proposé par la loi compétente fraudée par cette opération. Il faut

[1759] Cass., 1re civ., 17 mai 1983, *Lafarge, préc.*

[1760] Ces conditions s'approchent de celles prévues en droit roumain. C'est, en effet, l'article 2564 du C. civ. roumain qui, dans son alinéa 1er, prévoit qu'en cas où la loi étrangère contrevient à l'ordre public de droit international privé roumain ou si la loi étrangère est devenue compétente en raison de la fraude à la loi roumaine, elle est évincée au profit de la loi roumaine.

portant attirer l'attention sur le fait que ni la simple intention de frauder ni le changement de loi applicable résultant d'une opération indépendante de la volonté du fraudeur (l'hypothèse du conflit mobile) ne suffissent à déclencher le mécanisme de l'exception de fraude à la loi. Les manœuvres disponibles sont variées et la doctrine en propose une classification tripartite[1761], passant par une action sur l'élément localisateur du rapport de droit en exploitant le facteur de rattachement de la règle de conflit (a), par l'exploitation de la catégorie de rattachement, du fait de la manipulation de la qualification du rapport de droit (b) ou par l'exploitation de la diversité des systèmes nationaux de droit international privé(c).

a. L'exploitation du facteur de rattachement

1279. Afin de réaliser une fraude à la loi, l'on peut modifier volontairement (dans un but illicite) l'élément localisateur du facteur de rattachement de la règle de conflit, facteur dont la localisation dépend de façon directe ou indirecte de la volonté des individus. L'on peut, ainsi, agir, en premier lieu, sur la nationalité, facteur de rattachement de principe pour le statut personnel, conformément à l'article 3 du code civil français. L'opération de changement de nationalité afin de provoquer une fraude au statut personnel a été employée pour les questions de divorce, en matière de capacité ou de filiation.

1280. En matière de divorce, la fraude au droit français par acquisition d'une nationalité étrangère a pu être observée avant la loi Naquet de 1884 rétablissant le divorce en France[1762]. Elle n'a pas prospéré après, même au profit de lois autorisant, contrairement au droit français en vigueur jusqu'en 1975, le divorce par consentement mutuel[1763]. D'autres manœuvres ont en effet été jugées plus expédientes par les fraudeurs, telle l'exploitation de chefs de compétence de tribunaux étrangers appliquant la *lex fori*. En revanche, on a pu observer certains cas d'acquisition de la nationalité française pour échapper à une loi étrangère ignorant le divorce[1764].

1281. Il existe des décisions qui se sont prononcées sur l'éventualité du caractère frauduleux d'un changement de nationalité entraînant un changement de régime de protection des incapables, notamment refusant de tenir compte de la naturalisation britannique d'un prodigue obtenue aux

[1761] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, p. 364.
[1762] Voy. outre l'arrêt *Princesse de Bauffremont*, préc., Cass., req., 16 déc. 1845, *S.* 46. 1. 100 ; Cass., civ., 19 juill. 1875, préc.
[1763] Voy. B. AUDIT, *La fraude à la loi,* Paris, 1974, Dalloz, n° 448.
[1764] Cass., civ., 5 févr. 1929, préc., n° 24 ; CA Paris, 12 déc. 1963, préc.

fins de « paralyser l'exercice des droits accordés par la législation française […] à tout parent d'une personne qu'il paraît nécessaire de protéger contre ses habitudes de prodigalité en France »[1765].

1282. En matière de filiation, la fraude à la loi n'est pas très fréquente[1766] car les tribunaux se sont montrés exigeants quant à la preuve de la fraude ; dans deux cas où le changement de nationalité eut lieu en cours d'instance afin d'obtenir pour l'enfant le bénéfice de la loi française sur la recherche de paternité naturelle, les juges français ont refusé de considérer la manœuvre comme frauduleuse[1767]. Il faut également préciser que la loi française n° 2006-911 du 24 juillet 2006 sur l'immigration réprime les reconnaissances d'enfant aux seules fins d'obtenir ou de faire obtenir un titre de séjour ou le bénéfice d'une protection contre l'éloignement[1768].

1283. Autre critère de rattachement sur lequel les candidats à la fraude à la loi peuvent vouloir agir, le domicile, la résidence habituelle ou le siège social. C'est la jurisprudence *Rivière*[1769] qui a reconnu au domicile commun des époux un rôle important dans la détermination de la loi applicable aux effets du mariage, y compris le divorce. La réforme du divorce en 1975 n'a en rien changé à cette règle, puisque l'article 310 du code civil (devenu l'article 309) consacre le domicile comme facteur de rattachement à la loi française chaque fois qu'il se trouve en France. La solution présente l'inconvénient de faciliter la fraude à la loi, puisqu'il suffit à deux époux n'ayant pas la même nationalité de déplacer leur domicile dans un nouvel État - ce qui est *a priori* moins difficile que de changer de nationalité -, pour déclencher un changement de statut personnel. Cependant, l'obtention facile du divorce en France, depuis bien avant 1975, ne pousse pas les époux à frauder le droit français du divorce mais plutôt le droit procédural français.

1284. De même, l'on retrouve la fraude à la loi en matière de filiation résultant d'une gestation pour autrui (GPA). Dans ce cas, le simple fait pour des nationaux français d'établir leur résidence dans un État acceptant ce genre de convention, leur a permis de bénéficier de cette législation tolérante et de se voir accorder le droit d'avoir un enfant à travers cette méthode. La GPA

[1765] Voy. Trib. civ. Seine, 8 mars 1884, confirmé par CA Paris, 26 juin 1884, *JDI* 84, p. 637 ; dans d'autres cas la fraude n'a pas été considérée comme certaine ; Trib. civ. Seine, 10 nov. 1905, *JDI* 1906, p. 145, concl. BOULLOCHE ; Trib. civ. Seine, 31 déc. 1910, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1911, p. 348 ; Trib. civ. Seine, 6 mai 1911, *ibid.* 1911, p. 349 ; Trib. civ. Seine, 12 mars 1920, *JDI* 1920, p. 209 ; CA Limoges, 26 juin 1939, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1939, p. 461.

[1766] Voy. cependant un cas de reconnaissance mensongère destiné à donner à l'enfant la nationalité française et à le soustraire ainsi à la législation brésilienne restrictive en matière d'adoption : Trib. GI Paris, 5 janv. 1994, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1994, p. 529, note E. POISSON-DROCOURT et J. RANGEL, confirmé par CA Paris, 19 sept. 1995, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996, p. 112, note H. MUIR WATT.

[1767] Trib. civ. Toulouse, 3 déc. 1917 et 15 juill. 1918, *Mihaesco* : *S.* 1920. 2. 65 ; Cass., req., 8 juin 1921, *S.* 1922. 1. 113, *JDI* 1922, p. 141 ; comp. CA Rabat, 3 févr. 1925, *JDI* 1926, p. 432

[1768] *JO* 25 juill.

[1769] Cass., 1re civ., 17 avr. 1953, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1953, p. 412, note H. BATIFFOL, *JDI* 1953, p. 860, note R. PLAISANT, *JCP* 1953. II. 7863, note J. BUCHET, *GAJDIP,* n° 26.

représente « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance »[1770] et fait l'objet des variations de législations à travers le monde, différences qui sont le fondement de la fraude à la loi de droit international privé. Si certains États ont légiféré sur la pratique de la gestation pour autrui avec plus ou moins de latitude et de dispositifs d'encadrement des pratiques[1771], le Code civil du Québec contient une disposition similaire à l'article 16-7 du Code civil français, en son l'article 541[1772], la filiation par procréation assistée avec don de gamètes étant, en revanche, reconnue. Au niveau européen la gestation pour autrui est expressément interdite dans quatorze des trente-six États membres du Conseil de l'Europe[1773] ou interdite sous réserve de la réunion de conditions strictes[1774] et paraît être tolérée dans quatre États où elle ne fait pas l'objet d'une règlementation[1775]. Dans treize de ces trente-cinq États[1776], il est possible pour les parents d'intention d'obtenir la reconnaissance juridique du lien de filiation avec un enfant né d'une gestation pour autrui régulièrement pratiquée à l'étranger, soit par l'exequatur, soit par la transcription directe du jugement étranger ou de l'acte de naissance étranger sur les registres d'état-civil, ou d'établir juridiquement un tel lien par l'adoption. Cela semble également possible dans onze autres États où la gestation pour autrui est interdite ou n'est pas prévue par la loi[1777].

1285. Du fait de ces variations de législations et de la liberté de circulation des personnes, il existe un « tourisme procréatif » qui pose aux États le problème de la transcription sur les actes d'état civil d'actes de naissance effectués à l'étranger[1778] et qui favorise également des manœuvres frauduleuses. Depuis la loi no 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain[1779],

---

[1770] Cass., ass. plén., 31 mai 1991 : *Bull. civ.* n 4 ; *D.* 1991, *Jur.*, p. 417, rap.Y. CHARTIER, et note D. THOUVENIN ; *JCP* 199. II. 21752, comm. J. BERNARD, concl. DANTEWILLE. Dans cette affaire, la mère porteuse était la mère biologique de l'enfant.

[1771] Afrique du Sud, Argentine, Australie (en majeure partie), Brésil, Canada, États-Unis, Iran, Israël, Russie, Ukraine.

[1772] Disposant que « toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue ».

[1773] Allemagne, Autriche, Espagne, Estonie, Finlande, France, Islande, Italie, Moldavie, Monténégro, Serbie, Slovénie, Suède, Suisse et Turquie.

[1774] Albanie, Géorgie, Grèce, Pays-Bas, Royaume-Uni, Russie et Ukraine.

[1775] Belgique, République tchèque, Luxembourg et Pologne.

[1776] Albanie, Espagne, Estonie, Géorgie, Grèce, Hongrie, Irlande, Pays-Bas, République tchèque, Royaume-Uni, Russie, Slovénie et Ukraine.

[1777] Autriche, Belgique, Finlande, Islande, Italie (s'agissant du moins du lien de filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique), Malte, Pologne, Saint-Marin, Suède, Suisse et Luxembourg.

[1778] H. BOSSE-PLATIERE, « Le tourisme procréatif. L'enfant hors la loi française », 2006, *Informations sociales* (CNAF), no 131 2006/3, p. 88-99.

[1779] En 1989 la Cour de cassation prononce la dissolution de l'association Alma Mater (Cass., 1re civ., 13 décembre 1989, *Association Alma Mater*, nº pourvoi 8815655 : *Bull. civ.* 1989. I. nº 387, p. 260, *JCP* 1990. II. 21526, note A. SERIAUX) qui s'occupait de la médiation entre les couples infertiles et les mères-porteuses. Mais plusieurs juges avaient refusé d'accepter cette constatation. Finalement le 31 mai 1991 la Cour de cassation s'est prononcée contre la

la France interdit la GPA car contrevenant « tant au principe de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes »[1780]. Cette position empêchait l'établissement d'un lien juridique de filiation entre l'enfant issu d'une telle convention et les parents d'intention, même biologiques, par le biais de la transcription sur les registres de l'état civil des mentions figurant sur l'acte de naissance régulièrement dressé à l'étranger[1781]. Le refus de transcription des actes de naissance était justifié « lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre publique selon les termes des (articles 16-7 et 19-9 du code civil) »[1782]. « En présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention EDH (...) ne sauraient être utilement invoqués »[1783].

1286. La situation a changé sinon intégralement, au moins partiellement, au vu des deux condamnations de la France par de la Cour EDH, prononcées le 26 juin 2014[1784], dans les affaires *Mennesson* et *Labassee* : la Cour EDH a considéré que l'opposition de la France à la reconnaissance et à l'établissement du lien de filiation, à l'égard de leurs pères biologiques, des enfants conçus à l'aide de conventions de gestation pour autrui, soulevait une question de compatibilité avec le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et a constaté la violation de l'article 8 de la Convention EDH sur le droit au respect de la vie privée, dans l'acception de droit qui implique que chacun puisse établir sa filiation. En faisant ainsi, la Cour EDH a fait prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant sur l'existence des manœuvres frauduleuses en choisissant de ne pas punir l'enfant pour les agissements des parents.

1287. En matière de successions mobilières, la règle de conflit française donne compétence à la loi du dernier domicile du défunt. La fraude à la loi peut donc se réaliser par un déplacement du

---

procréation pour autrui au titre de l'indisponibilité de l'état des personnes et de l'indisponibilité du corps humain (Cass., ass. plén, 31 mai 1991, *Bull* n 4, *D.* 1991, *Jur.*, p. 417, rap. Y. CHARTIER, et note D. THOUVENIN ; *JCP* 1991. II. 21752, comm. J. BERNARD, concl. DANTEWILLE). La loi du 29 juillet 1994 interdira finalement formellement la pratique de la mère porteuse.

[1780] Cass., ass. plén. 31 mai 1991, *préc.,* p. 5.

[1781] Il existe deux autres moyens d'établir un lien juridique de filiation entre l'enfant issu d'une GPA et les parents d'intention, à savoir, par le biais de l'adoption (Cass., 1ère civ., 29 juin 1994 : *Bull. civ.* 1994, I, nº pourvoi 226, p. 164 ; dans cette affaire également, la mère porteuse était la mère biologique de l'enfant) ou par l'effet de la possession d'état (Cass., 1re civ., 6 avril 2011, nº pourvoi 09-17130).

[1782] Cass., 1re civ., 13 septembre 2013, nos pourvois 12-18315 et 12-30138 et 19 mars 2014, nº pourvoi 13-50005.

[1783] Cass., 1re civ., 13 septembre 2013, préc.

[1784] CEDH, 5ème Section, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, Req., nº 65192/11 ; CEDH, 5ème Section, 26 juin 2014, *Labassee c. France*, Req. nº 65941/11.

domicile de l'intéressé en vue de changer de statut successoral. Ainsi, il a été jugé que le déplacement de domicile de France vers les États-Unis d'Amérique, opéré par le *de cujus* peu avant son décès en vue d'échapper à la loi française applicable, constituait une fraude « qui, si elle était établie, pourrait être de nature à faire soumettre la succession à la loi française » [1785].

1288. Le changement de siège social peut, en théorie, présenter un intérêt pour le fraudeur puisque, en France, le lieu du siège social détermine la *lex sociétatis*. Cependant une jurisprudence[1786] qui s'attache, pour la solution du conflit de lois, au siège social réel et non simplement statutaire rend ce type de fraude difficile à réaliser, sauf à considérer que ces décisions ne recourent précisément au concept de siège social réel que lorsqu'il s'agit précisément de démasquer une fraude[1787].

1289. Puis, l'action sur le lieu de situation d'un meuble peut également provoquer une fraude à la loi. Par exemple, dans le domaine du commerce d'œuvres d'art, un type de fraude a pu se développer selon le schéma suivant : un bien volé dans un État est transporté puis vendu dans un autre État dont le droit des biens prévoit une forte protection pour le sous-acquéreur *a non domino.* Dès lors que le déplacement international du meuble a été précisément réalisé pour évincer la loi du lieu de situation initiale du bien, trop protectrice du *verus dominus*, la fraude à la loi devrait être considérée comme consommée et l'exception de fraude produire ses effets stérilisants.

1290. L'action sur le lieu de formation d'un acte peut également provoquer une fraude à la loi. L'on part du principe que les conditions de régularité formelle des actes juridiques sont régies par la *lex loci actus.* Or, l'hypothèse d'une fraude aux règles de forme se rencontre en pratique surtout en matière extrapatrimoniale, où la règle *locus regit actum* est impérative et la fraude aux règles de forme est donc à craindre, spécialement en matière de mariage. Encore faut-il que l'intention frauduleuse soit clairement établie (ce qui n'était sans doute pas le cas dans l'arrêt du 2 octobre 1997, où la célébration du mariage à l'étranger ne paraissait pas destinée à permettre aux époux de se soustraire aux prescriptions de l'art. 146-1 C. civ.) ; à défaut, seule la violation de la loi devrait être constatée, non la fraude.

1291. En matière de forme des actes juridiques patrimoniaux, la règle *locus regit actum* est traditionnellement considérée comme facultative, ce qui permet aux parties d'opter pour certaines

[1785] Trib. civ. Meaux, 4 mai 1928, *JDI* 1928 p. 1223.
[1786] Cass., civ., 22 déc. 1897, *Construction Ltd.* : *S.* 97. 1. 84 ; Cass., crim., 21 nov. 1889, *Rouvre*, *JDI* 89, p. 850.
[1787] Voy. Y. LOUSSOUARN, J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international,* 1969, Sirey, p. 284, n° 267.

lois plus favorables que la loi du lieu de l'acte si elles souhaitent se soustraire à cette dernière, sans qu'il leur soit nécessaire de monter une machination à cet effet.

1292. Enfin, pour les questions placées par la règle de conflit sous l'empire de la *lex fori,* une manière facile d'éluder la compétence d'une loi gênante consiste à susciter la compétence d'un for étranger dont la loi est plus favorable. La compétence législative découlant ici de la compétence juridictionnelle, la loi du tribunal se substituera à la loi fraudée sans irrégularité apparente. La fraude à la loi se double dans ce cas d'une fraude à la juridiction, puisque les manœuvres ont non seulement pour objet de substituer une compétence législative à une autre, mais aussi de créer ou d'exploiter une compétence judiciaire au détriment d'une autre.

1293. C'est surtout la procédure qui est le domaine d'élection de la fraude à la loi du for, à savoir une fraude aux règles de procédure normalement applicables. Par exemple, certains divorces étrangers avaient été obtenus de tribunaux dont la compétence était surtout recherchée pour le pouvoir que leur laissait leur droit judiciaire - et dont ils usaient sans modération - de se déclarer convaincus, au seul vu du serment du demandeur, de la véracité des faits reprochés par lui à son adversaire[1788]. Dans l'affaire Weiller, nonobstant une fraude aux règles de fond du divorce, le jugement étranger consacrait une fraude au droit procédural applicable, l'applicabilité de la procédure du for n'ayant résulté que de manœuvres (établissement du domicile d'un époux dans le ressort du tribunal sollicité) visant précisément à obtenir la substitution de cette procédure à celle du tribunal normalement compétent.

b. L'exploitation de la catégorie de rattachement

1294. Frauder c'est aussi jouer sur les qualifications, de façon à ce que celle retenue pour le rapport de droit entraîne sa soumission à une règle de conflit désignant une loi plus avantageuse pour le fraudeur que celle normalement compétente. Le fraudeur exploite ainsi la diversité des règles de conflit du for en faisant passer son rapport de droit de la catégorie de question à laquelle il ressortit normalement à une autre catégorie conduisant, elle, à l'application d'une loi plus avantageuse. Ce moyen de frauder la loi est particulièrement utile dans les cas où la règle de conflit retient, pour le rapport de droit en cause, un facteur de rattachement fixe privant l'élément localisateur de la mobilité normalement requise pour permettre la fraude. Ainsi, en matière de droits réels immobiliers, l'élément localisateur du rapport de droit, le lieu de situation du bien, est par hypothèse fixe mais cela n'a pas empêché qu'une fraude à la loi française soit réalisée dans

[1788] CA Paris, 15 nov. 1960, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1961, p. 397, note Y. LOUSSOUARN ; Trib. civ. Seine, 6 juin 1962, *D.* 1962, p. 653, note P. MALAURIE.

l'affaire Caron. Le fraudeur a ici agi sur les circonstances permettant de qualifier le rapport juridique[1789]. Il s'agissait d'une affaire successorale dans laquelle le *de cujus,* domicilié aux États-Unis et propriétaire d'un immeuble situé en France, avait décidé quelques années avant son décès de vendre son immeuble à une société de droit américain créée pour l'occasion et dont il détenait deux tiers des actions. Un mécanisme juridique fut par ailleurs imaginé par lui pour qu'à son décès deux personnes soient gratifiées des parts qu'il détenait dans la société, au détriment de ses descendants au premier degré. L'opération ainsi réalisée permettait, d'un point de vue successoral, de rendre meuble l'immeuble, la dévolution ne portant que sur les actions, meubles incorporels, et non sur l'immeuble lui-même. Or cette modification de la nature du bien permettait de soustraire la dévolution successorale à la loi française - celle-ci ne visant, en vertu de la règle de conflit en matière de succession immobilière, que les immeubles situés en France - en la soumettant à la loi américaine applicable à la succession mobilière à titre de loi du dernier domicile du défunt. Le changement de loi applicable ainsi réalisé aboutissait à priver les enfants du défunt de la réserve héréditaire connue du droit français (du lieu de situation de l'immeuble), mais ignorée par le droit américain (du lieu du dernier domicile du *de cujus*). La Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir considéré le montage ainsi élaboré comme réalisé en fraude à la loi française compétente.

1295. Un autre type d'action sur la qualification, permettant de réaliser une fraude à la loi, met en cause le caractère interne ou international du rapport de droit litigieux. C'est surtout en matière de contrats qu'une telle action présente un intérêt, à raison de la différence de régime que connaît la liberté des parties selon que leur convention est de nature interne ou internationale. Le contrat international étant seul soumis à la loi d'autonomie, le risque existe que les parties internationalisent leur contrat (en se rendant par exemple à l'étranger pour le conclure), à seule fin de choisir une loi applicable autre que le droit interne qui s'appliquerait à défaut de cette manœuvre[1790]. Une partie de la doctrine considère qu'une telle opération devrait conduire au déclenchement de l'exception de fraude, dès lors que l'action sur la qualification a effectivement eu pour objet de soustraire le contrat à la loi compétente[1791]. Pourtant, dans ce cas, l'internationalisation du contrat a comme fin non pas l'obtention d'un certain avantage d'une loi plus favorable par rapport à la loi normalement compétente, mais une diversification de l'offre des

[1789] Cass., 1re civ., 20 mars 1985, *Caron* ; CA Aix-en-Provence, 9 mars 1982, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1983, p. 282, note G.A.L. DROZ.
[1790] CA Rennes, 26 juill. 1926, préc.
[1791] Voy. H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, t. 2, 1993, p. 272, n° 574.

lois à choisir afin de soumettre, par la suite, le contrat à celle qui convient le mieux aux parties. Les parties n'envisagent pas, à ce stade, les avantages de la loi à laquelle le contrat sera soumis, puisqu'elles ne l'ont pas encore choisie. Leur seul intérêt dans cette maneouvre est d'avoir plus de choix que ce que l'application du principe de l'autonomie de la volonté leur permettrait d'obtenir. De ce point de vue l'on pourrait comparer ce cas avec celui du *forum shopping.* Or, profiter d'une règle étrangère de compétence afin d'obtenir une décision favorable n'est pas nécessairement frauduleux. De même, provoquer l'internationalité d'un contrat afin d'avoir plus de choix de lois éventuellement compétentes, tiens plus d'une habilité juridique que d'une intention de frauder.

c. L'exploitation de la diversité des systèmes nationaux de droit international privé

1296. Une autre modalité pour réaliser une fraude à la loi consiste à profiter de la multiplicité des systèmes nationaux de droit international privé, en déclenchant la compétence d'un juge autre que celui normalement compétent pour en obtenir un jugement par application de la loi désignée par sa règle de conflit de lois, au détriment de celle désignée par la règle de conflit du juge normalement compétent. L'arrêt *Weiller* est représentatif de ce genre de pratique car en déplaçant son domicile, l'épouse française avait créé un chef de compétence judiciaire à l'État de Nevada, permettant d'obtenir l'application du droit du divorce du Nevada désigné par la règle de conflit de cet État, au lieu du droit français applicable aux époux français. Dans cette hypothèse, la fraude à la loi se double d'un *forum shopping* frauduleux puisque la compétence juridictionnelle du juge étranger est elle-même obtenue par déplacement frauduleux de l'élément localisant le litige (en l'occurrence, le domicile de l'épouse)[1792].

1297. Certains auteurs[1793] estiment que dans ce cas il ne s'agit pas d'une fraude à la loi mais seulement d'un cas de *forum shopping* et qu'il faudra faire la distinction entre celui-ci et la fraude à la loi. De ce point de vue ils avancent plusieurs arguments : ainsi, c'est l'application de la loi normalement compétente qui a été éludée et non pas de sa compétence ; ensuite, aucune manipulation du point de rattachement n'a pas été réalisée car l'on considère que l'épouse n'avait pas changé sa nationalité ; enfin, la règle de conflit française qui devait être respectée par le juge étranger n'a pas été contournée mais violée. Il suffirait donc de constater l'incompétence de la loi applicable sans utiliser l'exception de fraude à la loi. Cependant, l'on peut observer très facilement que l'argument de la manipulation manquante du point de rattachement ne tient pas puisque

[1792] P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *Trav. Com. fr. dr. int. pr.,* 1998-2000, p. 49 et s..
[1793] P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2014, p. 285-392.

l'effet est le même (obtention de la compétence d'une autre loi que celle normalement compétente) qu'il s'agisse d'un changement de nationalité ou de domicile.

1298. La multiplicité des ordres juridiques peut également être exploitée dans des cas où les mécanismes classiques de protection contre la fraude ne peuvent fonctionner normalement, en raison de l'existence de conventions bilatérales limitant leur utilisation. Ainsi, en matière de divorce et de ses effets, une certaine pratique s'était développée consistant à mettre en concurrence les juridictions françaises et étrangères (notamment algériennes ou marocaines). Des jugements marocains ou algériens étaient généralement réclamés et obtenus alors qu'une procédure était pendante en France. Les jugements se sont vus privés d'efficacité par le juge français en raison du choix frauduleux de la juridiction étrangère chaque fois qu'il apparaissait que celle-ci avait été saisie « dans le seul but d'échapper aux conséquences d'un jugement français »[1794]. Dans ces situations l'objectif n'est pas pour le fraudeur de se soustraire à la loi normalement compétente, mais à un jugement qui lui est défavorable, s'agissant donc d'une fraude au jugement. Elle se singularise non seulement par son élément légal, mais aussi par son élément matériel : la manœuvre n'est pas tant une action sur les circonstances de fait déclenchant la compétence d'une loi ou d'un juge, que l'exploitation d'une option de compétence juridictionnelle aux fins de faire échec à une procédure ou à un jugement français[1795].

2. L'INTENTION D'ECHAPPER A UNE DISPOSITION IMPERATIVE DE LA LOI

1299. En l'absence d'une définition jurisprudentielle précise de la fraude à la loi[1796], les auteurs s'accordent généralement à chercher des points de comparaison dans la théorie de l'abus de droit[1797], comparaison qui révèle qu'il ne s'agit point ici de l'abus d'une situation individuelle, mais de l'abus d'une faculté : de la faculté d'acquérir une nationalité étrangère ou un domicile à l'étranger en vue d'échapper à la loi de la nationalité ou du domicile antérieurs, d'emprunter les formes du mariage en vigueur dans le pays dans lequel on se trouve pour échapper à la publicité d'un mariage célébré en France, de la faculté de répudier sa femme à l'étranger en vue de paralyser

---

[1794] Cass., 1re civ., 6 juin 1990, préc. ; 4 mai 1994, préc. ; 13 déc. 1994, préc. ; et déjà 1re mars 1988, préc. ; *adde*. Cass., 1re civ., 18 juill. 1995, *Bull. civ.* I, nº 321 ; 14 janv. 1997, *Bull. civ.* I, nº 13 ; 18 déc. 1990, *Bull. civ.* I, nº 295 ; inversement le juge français déclare irrecevable, en raison de la fraude, une demande formée devant lui qui tend à faire échec à un jugement marocain obtenu sans fraude, voy. CA Versailles, 27 févr. 1992, 1re esp., *Rev. crit. dr. internat. privé* 1993, p. 473, note H. MUIR WATT.

[1795] Pour un cas où, quoique la manoeuvre fût patente, la fraude n'a pas été invoquée, voy. Cass., 1re civ., 6 juill. 1988, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, p. 733, 2e esp., note M.-L. NIBOYET-HOEGY.

[1796] La cour de cassation a cependant fait une tentative prudente à l'occasion de l'arrêt *Lafarge*, Cass., 1re civ., 17 mai 1983, préc., qui incite les juges de fond à rechercher si les parties n'ont pas changé volontairement le rapport juridique dans le but de se soustraire à la loi normalement compétente.

[1797] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1947, rééd. 2014, nº 174.

l'action en divorce intentée par elle en France[1798], etc. Il en résulte que l'anormalité des circonstances n'est pas en soi suffisante à caractériser la fraude ; un élément intentionnel est indispensable. Il n'y a donc fraude que si l'on prouve l'intention de frauder, d'éluder la loi normalement compétente. Sans cette intention, la modification volontaire d'un élément de sa situation ne porte pas à conséquences.

1300. L'élément moral peut se définir donc comme l'intention animant l'auteur d'une manœuvre d'éluder par celle-ci la loi normalement compétente. Le changement de loi applicable doit être non seulement l'effet de la manœuvre, mais aussi son « seul but »[1799], au moins direct. L'intention frauduleuse sera souvent difficile à prouver, le juge devra procéder à un examen des consciences (« sonder les reins et les cœurs »). On a proposé de l'abandonner et de ne retenir que la simulation de l'élément d'extranéité. Cet élément de la fraude s'est, en effet, heurté à l'hostilité d'une partie de la doctrine, au motif que l'intention ne peut être découverte que si l'on scrute les mobiles des agissements du fraudeur, ce qui est un facteur d'insécurité juridique à raison de la part d'arbitraire que les recherches d'intention comportent nécessairement, et parce qu'il est souvent difficile de savoir, parmi tous les déterminants possibles de l'action, s'il en est un qui a joué un rôle exclusif, ou même à défaut celui qui a joué le rôle principal[1800]. L'hostilité doctrinale s'est traduite de différentes manières. Certains auteurs ont tenté de minimiser le rôle de l'intention dans la fraude, en présentant une théorie objective de la fraude à la loi[1801] ; d'autres ont manifesté plus catégoriquement leur incrédulité dans l'opportunité de l'utilisation de l'exception de fraude en droit international privé positif en militant en faveur de son abandon[1802].

1301. La Cour de cassation est restée insensible à ces considérations, en conservant tout leur rôle en droit positif, tant à l'exception de fraude à la loi qu'à son élément moral[1803]. En effet, s'il est exact que l'intention frauduleuse est parfois difficile à prouver - en cas de doute, la bonne foi se présumant, la fraude devra évidemment être écartée -, elle sera dans d'autres hypothèses manifeste soit en raison de l'aveu du fraudeur[1804], soit eu égard aux circonstances objectives qui entourent la

---

[1798] Cass., civ. 1 mars 1988, *D.* 1988, p. 486, note J. MASSIP, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, p. 721, note SINAY-CYTERMANN, 6 juin 1990 somm. comm. 269, obs. B. AUDIT .

[1799] Cass., 1re civ., 17 mai 1983, *Lafarge,* préc.

[1800] J. PERROUD, « La fraude à la loi en droit international privé », *JDI* 1926, p. 23 et p. 24.

[1801] A. LIGEROPOULO, *Le problème de la fraude à la loi,* Aix, 1928, p. 56.

[1802] J. PERROUD, « La fraude à la loi en droit international privé », *loc. cit.*, et à l'étranger, plus récemment, J.-J. FAWCETT, « Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law », *C.L.J.* 1990, p. 50 et s. ; *adde*. les auteurs cités dans H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, t. 1, 1993, n° 372, note 2.

[1803] Voy. les arrêts Cass., 1re civ., 17 mai 1983, *Lafarge, préc.* et Cass., 1re civ., 20 mars 1985, *Caron*, préc., où « la fin » ou « le but » de l'auteur de la manoeuvre apparaissent bien comme l'un des éléments essentiels de la fraude.

[1804] Il ne sera, il est vrai, pas toujours efficace, voy. Cass., 1re civ., 19 janv. 1983, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1984, p. 492, note P. MAYER, déclarant irrecevable l'action par laquelle le demandeur invoque sa fraude pour obtenir

manœuvre, et qui peuvent former autant d'indices du but poursuivi par le fraudeur. La preuve peut être rapportée par tous moyens et notamment des présomptions du fait de l'homme tirées de l'attitude du plaideur et des circonstances de fait. Ainsi, le fait de ne jamais résider dans l'État dans lequel le domicile a été situé peut démontrer l'intention frauduleuse animant l'auteur de la modification du domicile permettant l'application d'une autre loi que la loi normalement compétente pour régir son divorce[1805].

1302. La jurisprudence attache une importance particulière à certains indices tirés de l'attitude du plaideur soupçonné de fraude, consistant par exemple à demander le bénéfice de la loi rendue applicable par la manœuvre, très peu de temps après la réalisation de celle-ci, alors que la situation créée par la manœuvre est largement privée d'effectivité[1806] ; à invoquer dans l'État évincé par la manœuvre le jugement étranger peu de temps après l'avoir obtenu[1807] ; à multiplier les instances à l'étranger et à invoquer en France un des jugements obtenus alors que les tribunaux français avaient précédemment débouté le demandeur[1808] ; à saisir un tribunal dont les liens avec le litige sont occasionnels alors que le centre de gravité du litige est situé dans un autre État et que le jugement obtenu consacre une solution différente de celle qu'aurait retenue le juge de cet autre État[1809] ; à saisir un juge étranger dont on peut attendre un jugement différent de celui que rendra le juge du for, alors qu'une instance est pendante devant ce dernier[1810], ou vient de s'achever[1811]. Pareille intention du fraudeur n'est d'ailleurs pas toujours la seule en cause lorsqu'une fraude à la loi se produit : cette dernière n'est bien souvent possible qu'avec la complicité d'un législateur étranger offrant complaisamment la compétence de sa loi à qui veut en profiter[1812]. Cette donnée peut être encore un signe de la fraude[1813]. Cependant, une fraude à la loi peut exister même sans législation de complaisance[1814] ; inversement, l'exploitation délibérée des facilités proposées par une législation de complaisance ne déclenche pas automatiquement la mise en œuvre des

---

l'inopposabilité du jugement rendu à l'étranger sur sa propre demande ; *adde*: Cass., crim., 11 juin 1996, *D.* 1997, p. 576, note E. AGOSTINI, *R.T.D.Civ.* 1997, p. 106, obs. J. HAUSER.

[1805] Civ. 1re, 11 juill. 1977, *Giroux*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1978, p. 151, note B. AUDIT.

[1806] Cass., civ., 5 févr. 1929: *S.* 1930.1.81, note J. AUDINET, *JDI* 1929, p. 1258.

[1807] Cass., req., 16 déc. 1845, préc.

[1808] Trib. GI Paris, 6 juill. 1972, préc.

[1809] Cass., 1re civ., 6 juill. 1988, préc.

[1810] CA Paris, 6 juill. 1982, préc. ; Cass., 1re civ., 6 juin 1990, préc. ; 13 déc. 1994, préc. ; 18 juill. 1995, *Bull. civ.* I, n° 321.

[1811] Cass., 1re civ., 1er mars 1988: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, p. 721, note A. SINAY-CYTERMANN.

[1812] Voy. B. AUDIT, *La fraude à la loi, op. cit.*, 1974, n° 40.

[1813] Voy., en matière fiscale, les présomptions de fraude à la loi mises en place par les textes fiscaux - CGI, art. 209 B - pour les contribuables exploitant les facilités offertes par les législations de complaisance des États à fiscalité privilégiée.

[1814] Cass., 1re civ., 20 mars 1985, *Caron*, préc.

mécanismes de lutte contre la fraude. Ainsi, la pratique des pavillons de complaisance en droit maritime a pu se développer sous l'impulsion de certains États (Libéria, Honduras…) sans que l'exception de fraude n'intervienne mécaniquement à son encontre[1815] ; de même, en droit des sociétés, les incorporations de complaisance du type de celles offertes par le Delaware en Amérique ne sont pas aveuglément privées d'effet sur le fondement de la fraude[1816].

1303. En réalité, l'intention apparaîtra le plus souvent des éléments objectifs manipulés, le changement des éléments de rattachement constituera le plus souvent un indice de la volonté de manipulation. Par exemple, dans l'affaire *Caron*, le facteur de rattachement avait été modifié : de la localisation de l'immeuble, on est passé au domicile du futur défunt. De même, l'article 18 du Code de droit international belge retient également l'élément intentionnel de la fraude, parce qu'il évoque les « faits et actes constitués dans le seul but d'échapper à l'application du droit désigné par la présente loi ».

3. EXISTENCE D'UNE LOI DONT LA COMPETENCE EST PROTEGEE

1304. L'existence d'une loi à frauder, considérée dans son sens large de véritable règle mais aussi de jugement, représente l'élément légal de la *fraus legis*. Par exemple, la Cour de cassation a déclaré qu'elle estimait frauduleuse la saisine du tribunal étranger faite « dans le seul but d'échapper aux conséquences du jugement français »[1817]. De même, lorsqu'il s'agit d'une véritable règle que le fraudeur tente de tourner, la diversité qui marque cette catégorie fait naître certaines hésitations.

1305. On s'est d'abord demandé s'il fallait distinguer selon que la foi fraudée est étrangère ou française. La question a, un temps, agité la doctrine[1818], qui finit par admettre qu'une loi étrangère méritait comme la loi du for une protection contre la fraude[1819]. En effet, la sanction de la fraude

---

[1815] B. AUDIT, *La fraude à la loi, op. cit.*, 1974, n° 96.

[1816] B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, n°s 524 et s.

[1817] Cass., 1re civ., 6 juin 1990, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1991, p. 593, note P. COURBE ; 4 mai 1994, 1re esp., *Rev. crit. dr. internat. privé* 1995, p. 103, note J. DEPREZ ; 13 déc. 1994, 1re esp., *JDI* 1995, p. 343, note P. KAHN ; comp. Cass., 1re civ., 1er mars 1988, préc.

[1818] P. LOUIS-LUCAS, « La fraude à la loi étrangère », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1962, p. 1 et s. ; P. SPITERI, « La fraude à la loi étrangère », *Ann. Fac. Toulouse* 1967, t. XV, fasc. 2, p. 37), de nos jours elle n'embarrasse plus le droit positif. Devancée par certains juges du fond (Trib. GI Seine, 14 mai 1962, *de Gunzburg: D.* 1962, p. 653, note Ph. MALAURIE, *JDI* 1963, p. 110, note J.-D. BREDIN ; confirmé par CA Paris, 18 juin 1964, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1967, p. 340, note J. DEPREZ, *JDI* 1964, p. 810, note J.-D. BREDIN ; *contra*: CA Paris, 12 déc. 1963, *JDI* 1965, p. 122 note J.-D. B.) et encouragée par les auteurs (H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, t. 1, 1993, n° 373 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, n° 268, la Cour de cassation a fini par revirer sa jurisprudence, d'ailleurs ambiguë, inaugurée par l'arrêt *Mancini* (Cass., civ., 5 févr. 1929, préc.).

[1819] Cass., 1re civ., 11 juill. 1977, *Giroux*, préc. ; et depuis, employant une motivation ne distinguant délibérément pas, pour la sanction de la fraude à la loi, selon l'origine nationale de la règle fraudée, Cass., 1re civ., 17 mai 1983,

à la loi étrangère au profit de la loi du for n'a pas toujours été admise en jurisprudence car l'idée répandue soutenait que seule la compétence de la loi française était protégée par l'exception de fraude. Une telle limitation de la fraude à la loi avait été admise par la Cour de cassation dans l'arrêt *Mancini*[1820] à propos d'une Italienne qui s'était fait naturaliser française pour échapper à la prohibition du divorce consacrée à l'époque par la loi italienne[1821], et ce au motif discutable que la prise en considération de la fraude à la loi dans cette hypothèse eût impliqué de la part des juges français une critique de l'acte administratif de naturalisation. Cette position qui réduit la fraude à la loi à un réflexe d'autodéfense de la loi française, et dans cette mesure, la rapproche de l'ordre public trouvait peut-être, à l'époque de la jurisprudence *Bisbal* un support plus solide dans la constatation que la loi étrangère n'est pas pour le juge français une règle dotée d'une impérativité égale à celle de la *lex fori* et que les tribunaux français ne sont pas dès lors garants de son autorité. Elle n'est pas pour autant satisfaisante dans l'optique d'un aménagement harmonieux des relations internationales et d'une prise en compte de l'évolution de la jurisprudence relative au régime de la loi étrangère. Aussi les tribunaux français accueillent l'exception de fraude à la loi étrangère au moins dans l'hypothèse où la fraude consiste à éluder la loi étrangère normalement compétente au profit non de la loi française, mais d'une autre loi étrangère[1822]. On doit également signaler comme révélatrices de cette tendance l'annulation de contrats conclus en fraude d'une loi étrangère[1823], la prise en considération de la fraude à un jugement étranger[1824] et enfin la formule générale employée par l'arrêt *Munzer* qui pose comme condition de l'exequatur « l'absence de toute fraude à la loi »[1825] sans distinguer apparemment la fraude à la loi étrangère de la fraude à la loi française. La jurisprudence contemporaine de la Cour de cassation a désormais tendance à ne pas distinguer dans sa motivation selon l'origine nationale de la règle fraudée lorsqu'elle fait jouer l'exception de fraude[1826].

---

préc. ; 20 mars 1985, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1986, p. 67, note Y. LEQUETTE, *JDI* 1987, p. 80, note M.-L. NIBOYET-HOEGY.

[1820] Cass., civ., 5 févr. 1929 : *S.* 1930. 1. 181, note J. AUDINET.

[1821] CA Paris, 12 decembrie 1963, *JDI* 1965, p. 122, note J.D.B., *JCP* 1964. I. 71.

[1822] Trib. GI Seine, 14 mai 1962, *Gunzburg c/ Dame Schrey* : D. 1962, p. 653, note Ph. MALAURIE ; Paris, 18 juin 1964, *JDI* 1964, p. 810, note BREDIN, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1967, p. 340, note J. DEPREZ ; Trib. GI Seine, 1er juill. 1865, *Gaz. Pal.* 1965. 2. 411. ; CA Paris 10 nov. 1959, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1960 p. 218, note Ph. FRANCESCAKIS, 6 aprilie 1962, *D.* 1962, p. 217, note Ph. MALAURIE, 1963, p. 364 ; Trib. GI Seine, 13 déc. 1967, *JDI*, 1968, p. 353, note KAHN Rappr. Cass., civ., 11 juill. 1977, préc.

[1823] Cass., com. 7 martie 1961, *Bull. civ* 1961. III. p.112.

[1824] CA Paris 19 febr 1960, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1961, p. 182 , note P. LAGARDE.

[1825] Cass., 1re civ., 7 ianuarie 1964, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1964, p. 344, note H. BATIFFOL, *JDI* 1964, p. 302, note B. GOLDMAN.

[1826] Cass., 1re civ., 20 martie 1985, *Lemarie*, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1986. 67, note Y. LEQUETTE, *JDI* 1987, p. 80, note M.-L. NIBOYET-HOEGY.

1306. La reconnaissance de la fraude à la loi étrangère est logique dès lors que le système de droit international privé français est fondé sur des règles de conflit de lois bilatérales. En effet, l'éviction de la loi étrangère normalement compétente d'après les conflits de lois françaises revient à violer une norme à laquelle la loi française a pourtant reconnu un caractère obligatoire dans un certain domaine d'application spatial. Il est donc logique d'admettre, dans son principe, la sanction de la fraude à la loi étrangère. L'arrêt *Lafarge* recourt à une formule qui ne distingue plus selon que la loi fraudée est française ou étrangère, ce qui compte, c'est que la loi soit normalement compétente d'après les règles de conflit de lois françaises[1827]. Cette solution est une des manifestations appréciables de l'évolution de la condition de la loi étrangère devant les juridictions françaises, dans le sens d'une plus grande égalité entre le droit français et le droit étranger.

1307. En second lieu, l'on s'est posé la question de savoir si une loi supplétive mérite, sous le rapport de la théorie de la fraude à la loi, un traitement à part. L'idée serait dans ce cas que les parties peuvent déroger librement à une règle de ce type ; en se plaçant hors de son champ d'application, elles ne font ainsi qu'user d'une prérogative que leur laisse la règle supplétive elle-même, l'idée d'une fraude à la loi paraissant exclue[1828]. Il faut, cependant, réserver l'hypothèse où, en matière contractuelle, l'une seule des parties au rapport juridique parviendrait, par une manœuvre unilatérale, à soustraire le rapport de droit à la règle supplétive normalement applicable. Or, la notion de « loi supplétive » prend un sens particulier en droit international privé des contrats parce que, en cette matière, c'est le principe d'autonomie qui tient lieu de règle de conflit. La question de savoir si une loi donnée est supplétive dans l'ordre international doit être posée à l'ordre juridique dont la règle provient : si celui-ci considère que, pour un type de contrat international déterminé, sa loi doit s'appliquer sans exception et est insusceptible d'être écartée par l'accord des parties, son caractère internationalement impératif doit être retenu ; il s'agit alors d'une loi de police, dont l'applicabilité n'est pas normalement déterminée par le principe d'autonomie mais par la volonté de son auteur. Ce type de loi peut donc en fait subir les assauts de fraudeurs cherchant à s'y soustraire et mérite, dans un for donné, la protection de l'exception de fraude dans la même mesure (ni plus, ni moins) qu'elle mérite d'y être dotée d'efficacité. Les exemples de réaction judiciaire à des fraudes ourdies contre des lois de police en matière contractuelle sont rares et anciens[1829] sans doute parce que les juges en ce domaine, plus

[1827] Cass.,1re civ., 17 mai 1983, préc.
[1828] Comp. B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GAJDIP,* p. 46.
[1829] CA Rennes, 26 juill. 1926, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1927, p. 523, note J.-P. NIBOYET, cassé par Cass., civ., 19 févr. 1930, *DH* 1930, p. 228, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1930, p. 282, *JDI* 1931. 290, *S.* 1933.1.41, note J.P.

qu'ailleurs, sanctionnent la fraude sans la relever, en appliquant la loi de police nonobstant la clause l'écartant[1830].

1308. Si la loi applicable au contrat n'est pas une loi de police, les parties ne peuvent y déroger dans l'ordre international qu'au profit de la loi d'un autre État[1831] ; ainsi les règles étatiques de droit des contrats ne sont pas rendues supplétives par le principe d'autonomie dans le sens qu'a ce terme en droit interne. Cela étant, si elle a lieu au profit d'un autre droit étatique, on voit mal comment l'éviction par les parties du droit des contrats d'un certain État pourrait être considérée comme frauduleuse, dès lors que la « loi normalement compétente », au regard de laquelle la fraude s'apprécie, est précisément, en vertu du principe d'autonomie, celle que désigne la clause d'*electio juris,* et non celle qu'elle écarte[1832]. C'est pourquoi l'on admet en doctrine que « la notion de « fraude à la loi » est incompatible avec le principe d'autonomie »[1833].

1309. L'inverse a pu être soutenu sur le fondement d'une analyse de la loi d'autonomie en termes objectivistes, la volonté des parties ne jouant dans la détermination du droit applicable qu'un rôle indirect, celui de localisation du contrat dans le domaine de la loi d'un État[1834]. Ainsi, une localisation du contrat par les parties dans le seul but de le soustraire au droit dans le domaine duquel il se localise objectivement peut être considérée comme frauduleuse. Cette vision semble ne pas avoir été prise en compte par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles[1835], qui, en utilisant la méthode de la reconnaissance, consacre une version subjectiviste de la loi d'autonomie laissant aux parties la faculté de choisir pour leur contrat une loi sans lien avec lui et barrant ainsi toute possibilité de fraude.

1310. Au vu de toutes ces conditions de l'existence de la fraude à la loi il paraît logique de s'interroger quant aux effets qu'elles entrainent.

NIBOYET ; en droit belge, voy. Cass., 1re ch., 28 juin 1979, *Pas.* 1979. 1. 1260, F. RIGAUX et G. ZORBAS, *Les grands arrêts de la jurisprudence belge, droit international privé,* Bruxelles, 1981, Larcier, p. 471.

[1830] Cass., soc., 9 déc. 1960, *JCP* 1961. II. 12029, note M. SIMON-DEPITRE ; Cass., 1re civ., 15 mars 1988, *D.* 1989, p. 577, note J. Robert ; *adde*. J.-J. FAWCETT, « Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law », *loc. cit.*, 57.

[1831] Cass., civ., 21 juin 1950, *GAJDIP,* n° 22, et les réf. citées.

[1832] Voy. J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux,* 1983, Economica, p. 262, n° 392

[1833] V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes,* 1990, GLN Joly, p. 131, n° 92.

[1834] H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, t. 2, 1993, p. 274, n° 575.

[1835] *JO* 3 mars 1991.

4. Le retour au point de depart ou l'effet boomerang de la manœuvre frauduleuse

1311. Un autre élément qui devrait être pris en compte pour caractériser une fraude à la loi est représenté par un mouvement de va et vient du rapport juridique fraudé, mouvement qui peut être comparé à celui d'un boomerang. Qu'est-ce que cela implique concrètement ? A l'origine, le rapport juridique détient certaines caractéristiques qui le projettent sous la compétence d'une certaine loi normalement compétente. En raison de la fraude qui se réalise par la suite, le rapport juridique souffre une mutation due à un changement de domicile, nationalité, qualification, ce qui modifie la situation juridique existante entre les parties (un divorce est prononcé, une succession est réalisé au détriment des descendants au premier degré, une filiation est déclarée en raison d'une GPA, etc.). Pourtant, la fraude n'est pas encore parfaite car elle a encore besoin de produire ses effets dans le système juridique d'origine, action sans laquelle la fraude existera mais ne pourra pas être prouvée.

1312. C'est justement par rapport à la preuve de la fraude que l'on voit l'intérêt de ce dernier élément. La fraude réalisée à l'étranger produira toujours des effets « perturbateurs » dans le système de droit d'origine : un mari se trouvera du jour au lendemain sans épouse à la suite d'un divorce déclaré à l'étranger comme dans l'affaire de la princesse de Beaufremont ; des successeurs légaux verront l'immeuble de leur succession disparaître juridiquement suite à une exploitation de la catégorie de rattachement, comme dans l'affaire *Caron* ; des parents retourneront en France avec des bébés issus des GPA à la suite de leurs vacances prolongées aux États Unis, comme dans les affaires *Mennesson ou Labassee*. C'est en cela que consiste l'aspect boomerang de la fraude à la loi: ses effets ne resteront jamais qu'à l'étranger mais seront conçus pour affecter directement ou indirectement une certaine cible dans l'État d'origine.

B. Les effets de la fraude a la loi

1313. Les manœuvres évoquées ci-dessus ne devraient déclencher le fonctionnement de l'exception de fraude à la loi que si elles entraînent une modification réelle et objectivement régulière de l'élément sur lequel elles portent ; telle est du moins la position générale de la doctrine[1836]. Les auteurs justifient cette règle par le caractère subsidiaire de l'exception de fraude, en vertu duquel celle-ci ne doit intervenir qu'en dernier recours, lorsque aucune autre arme ne

[1836] J. Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente…, op. cit.,* p. 158 ; J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude, op. cit.,* p. 183 et s. ; B. Ancel et Y. Lequette, *GAJDIP,* p. 46.

permet d'anéantir les conséquences de l'acte nuisible[1837]. L'affirmation doit être cependant nuancée si l'on veut rendre compte de la pratique des tribunaux français. Ceux-ci n'hésitent pas en effet à sanctionner expressément la fraude à la loi lorsqu'ils pourraient se contenter de viser les causes objectives d'irrégularité de la manœuvre, ou le caractère fictif du résultat auquel elle aboutit[1838]. Ainsi, dans l'affaire *Bauffremont* l'acquisition de la nationalité étrangère par la princesse était irrégulière parce que réalisée sans l'autorisation de son mari. Il eût donc suffi au juge français de viser cette irrégularité pour priver d'effet la manœuvre incriminée mais il a préféré se placer directement sur le terrain de la fraude.

1314. De même, s'il reste vrai que le droit n'a pas besoin de l'exception de fraude pour refuser de tenir compte d'un simulacre, parce qu'il lui suffit alors de faire prévaloir la réalité sur l'apparence, les tribunaux ne se privent guère, le cas échéant, de dénoncer et sanctionner le caractère frauduleux de comportements simplement destinés à créer une fiction. C'est ainsi que la création de faux domiciles (aff. *Weiller*, *de Gunzburg*, *Giroux*) ou de sièges sociaux fictifs[1839] a été tenue pour frauduleuse par les juges, préférant punir la fraude que réagir à la simulation. Il est vrai, aussi, que la fraude, lorsqu'elle est avérée, est souvent un moyen pratique de faire mieux ressortir la simulation[1840].

1315. Une modification du rapport de droit techniquement régulière peut parfaitement être remise en cause par le jeu de l'exception de fraude, qui jette ainsi une passerelle entre la théorie de la fraude à la loi et celle de l'abus de droit[1841]. L'individu ne peut en aucun cas exciper de la licéité objective de l'acte visant à soustraire son rapport de droit au domaine de la loi normalement applicable, pour le rendre indestructible[1842]. Un changement réel de domicile, formellement régulier au regard du principe de liberté domiciliaire, n'en tombe pas moins sous le coup de l'exception de fraude, lorsqu'il est fait uniquement dans l'intention d'échapper à la loi normalement compétente.

[1837] J.-P. NIBOYET, « La fraude à la loi en droit international privé », *RDILC* 1926, p. 488. D'où les affirmations souvent rencontrées qu'une modification purement fictive n'est pas constitutive de fraude, mais de simulation (P. ARMIJON, « La fraude à la loi en droit international privé », *JDI* 1920, p. 409 et 1921, p. 62 et p. 419 ; J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude, op. cit.,* p. 183.), et qu'à la supposer réelle, mais objectivement illicite, l'opération tombera pour cette seule raison, sans qu'il soit besoin d'invoquer la fraude (J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente…, op. cit.*, p. 159).

[1838] Voy. G. DE LA PRADELLE, « La fraude à la loi », *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1972-1973, p. 122.

[1839] Cass., civ., 22 déc. 1897, *Construction Ltd.*, préc., et les décisions des juges du fond citées par B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, n° 517, note 2, et n° 518, note 2.

[1840] Voy. B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, 2013, n° 194.

[1841] Voy. J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente…, op. cit.,* p. 163 ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GAJDIP*, p. 48.

[1842] Cass., 1re civ., 20 mars 1985, *Caron*, préc.

1316. Si en droit civil interne, la fraude a pour effet de détruire complètement l'acte qui en est entaché sur la base du principe *fraus omnia corrumpit*, en droit international, la sanction ne peut être aussi complète car il ne dépend pas de l'État du for de décider si l'acte est valable dans le pays étranger où il a été accompli. En défiant l'autorité de la loi qu'elle représente, la fraude à la loi provoque sa réaction, qui peut être le fait soit du législateur (a), soit de la jurisprudence (b).

1. L'OEUVRE DU LEGISLATEUR

1317. Le but du législateur est surtout de prévenir la fraude et dans ce sens il utilise plusieurs méthodes. Ainsi, il peut chercher à rendre l'élément matériel de la fraude plus difficile à réaliser en soumettant la modification qui le constitue à une autorisation administrative[1843]. Le problème est qu'en entravant la manœuvre, elle restreint certes la liberté des fraudeurs mais aussi celle des honnêtes gens.

1318. Le législateur peut également priver d'effet quant au conflit de lois telle ou telle modification de l'élément localisateur du rapport de droit, empêchant ainsi l'élément matériel de la fraude de produire les résultats escomptés. Ainsi, en précisant que, à défaut de choix par les parties, la loi applicable au contrat est normalement celle du domicile du débiteur de la prestation caractéristique au moment de la conclusion du contrat, la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles prévient une fraude facile qui consisterait, pour ce débiteur, à déplacer son domicile après la formation du contrat dans un État dont la législation lui est plus favorable.

1319. L'on peut, enfin, exclure du domaine de la règle de conflit tel ou tel point de droit pour lequel le rattachement prévu par celle-ci ne paraît pas adapté, en raison des risques de fraude qu'il fait naître. Par exemple, l'article 170 du Code civil prévoit, à peine de nullité du mariage, l'obligation de respecter, même dans le cas où le mariage est célébré à l'étranger, certaines formalités préalables au mariage d'un Français[1844]. En supprimant l'influence du choix du lieu de célébration sur l'applicabilité de l'article 3 du Code civil, il coupe court à toute possibilité de fraude à la loi française par fixation à l'étranger du lieu du mariage.

[1843] L. 26 juin 1889, faisant de l'autorisation du gouvernement une condition de la perte de la nationalité française pour les hommes soumis aux obligations militaires.

[1844] Publication, par voie d'affiche, du mariage envisagé, art. 63 C. civ.

2. L'OEUVRE DE LA JURISPRUDENCE

1320. Chaque fois que l'action du législateur s'est révélée insuffisante ou inexistante, l'exception de fraude est l'outil forgé par la jurisprudence pour sanctionner la fraude à la loi. Il s'agit dans ce cas de rendre inefficace la manœuvre frauduleuse, autrement dit d'écarter l'application de la loi devenue compétente du fait de la fraude et appliquer la loi que le plaideur a cherché à évincer. Par la suite le juge va traiter la rapport de droit à l'occasion duquel il y a eu fraude sans prendre en considération la modification apportée par le fraudeur, de sorte que la loi applicable sera celle normalement compétente et non celle dont l'application était issue de la manœuvre[1845]. La mise en œuvre de cet outil permet donc de priver la manœuvre frauduleuse de l'effet sur lequel le fraudeur comptait. Ainsi, dans le domaine du conflit de lois, le déplacement de l'élément localisateur sera considéré comme n'ayant pas eu lieu ; la modification de la qualification sera jugée non avenue. Dans le domaine du conflit de juridictions, la règle de compétence internationale directe sera appliquée sans considération du changement opéré par la manœuvre frauduleuse ; le jugement étranger obtenu en fraude sera traité comme s'il avait été rendu par un juge incompétent et/ou selon une loi incompétente.

1321. Parce que l'exception de fraude conduit à l'éviction de la loi désignée par la règle de conflit et à son remplacement par la loi fraudée, une tendance doctrinale a voulu la rapprocher de l'exception d'ordre public[1846], l'exception de fraude intervenant au stade du rattachement de l'affaire à l'ordre juridique compétent, tandis que l'exception d'ordre public suppose cette étape franchie, et intervient au stade de l'application de la loi étrangère désignée.

1322. L'exception de fraude ne se borne pas toujours à influer sur l'opposabilité de la manœuvre frauduleuse. Ainsi, l'inefficacité du jugement étranger obtenu en fraude à la loi française n'est pas simplement l'effet indirect d'une exception de fraude à la loi se contentant de frapper d'inopposabilité la manœuvre qui a permis de l'obtenir (par ex., le déplacement du domicile du fraudeur), d'où résulterait l'incompétence du tribunal étranger entraînant elle-même l'irrégularité de la décision au regard des critères de compétence internationale indirecte posés par le droit français. L'arrêt *Munzer*[1847] érige l'absence de fraude à la loi au rang de condition autonome de régularité internationale du jugement étranger. L'irrégularité du jugement frauduleusement

---

[1845] Cass., 1re civ., 15 juin 1982.

[1846] E. BARTIN, *Études…, op. cit.,* 1899, p. 247. Les auteurs contemporains s'accordent à considérer ce rapprochement comme abusif : voy. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, t. 1, 1993, p. 599, nº 374.

[1847] Cass., 1re civ., 7 janv. 1964, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1964, p. 344, note H. BATIFFOL, *JDI* 1964, p. 302, note B. GOLDMAN, *JCP* 1964. II. 13590, note M. ANCEL, *GAJDIP*, nº 41.

obtenu est donc la sanction immédiate de la fraude, et non la conséquence seconde de l'inopposabilité de la manœuvre frauduleuse. Cette précision importe, car il se peut que lors de l'examen de la régularité internationale du jugement étranger, le contrôle de la compétence juridictionnelle ou législative soit réduit ou supprimé, notamment par voie conventionnelle. Dans ce cas, l'inopposabilité de la manœuvre ne peut pas conduire à l'irrégularité du jugement pour violation des règles de compétence juridictionnelle ou législative, puisque la vérification du respect de ces règles est exclue. C'est alors que la condition d'absence de fraude à la loi prend toute son importance puisqu'elle permet de sanctionner la fraude par l'inefficacité du jugement sans avoir à passer par le relais, fermé, d'autres conditions[1848].

1323. Quant à l'étendue de l'inopposabilité, certains souhaitent la limiter aux seuls résultats que le fraudeur en espérait, alors que d'autres estiment que l'acte vicié de fraude doit être privé de tous ses effets[1849]. Autrement dit, l'inopposabilité doit-elle s'appliquer à l'acte frauduleux dans son entier ou seulement aux conséquences frauduleuses que l'intéressé se proposait de lui faire produire ? La distinction entre ces deux sanctions peut être illustrée en se référant à l'affaire *Princesse de Bauffremont*. Il est possible en effet de sanctionner la fraude en décidant que la naturalisation intervenue en fraude de la loi française est dépourvue de toute valeur en France. Il en résulte qu'aux yeux des juges français la princesse de Bauffremont est demeurée française avec toutes les conséquences que cela entraîne non seulement en matière de conflits de lois, mais aussi dans les autres domaines. Mais on peut aussi concevoir que l'on se contente d'écarter la conséquence frauduleuse que l'intéressé se proposait de faire produire à l'acte. La princesse de Bauffremont est alors considérée comme ayant acquis la nationalité allemande. Mais nous refusons de reconnaître son divorce et son remariage, qui concrétisent le but frauduleux par elle poursuivie.

1324. Bien que quelques auteurs se soient prononcés en faveur de cette dernière sanction[1850], la doctrine dominante est favorable à la sanction frappant l'ensemble de l'acte frauduleux, qui présente l'avantage d'être tout à la fois mieux adaptée et d'une mise en œuvre plus facile. Ainsi, en matière de naturalisation frauduleuse, à tout le moins, elle paraît bien admettre que la nationalité délaissée subsiste globalement et non pas dans le seul champ du droit des conflits de lois[1851]. En revanche, dans un cas où le mariage a été célébré en fraude au droit de la nationalité, seul l'effet

[1848] Voy. Cass., 1re civ., 6 juin 1990, préc. ; 4 mai 1994, préc. ; Cass., 1re civ., 13 déc. 1994, préc.
[1849] Voy. B. AUDIT , V° « Fraude », *Rép. intern. D.*, n° 68.
[1850] J. P. NIBOYET, *Traité de droit internztional privé français*, vol. III, n° 1090.
[1851] Cass., req., 16 déc. 1845, préc. ; Cass., civ., 19 juill. 1875, préc.

acquisitif de nationalité a été remis en cause, l'union frauduleuse, maintenue, conservant ses autres effets[1852]. Toutefois l'application globale de la sanction à l'ensemble des effets de l'acte frauduleux ne joue que s'il s'agit d'un acte juridique. Si la fraude se réalise par un acte matériel, par exemple le déplacement d'un meuble à l'étranger, le refus des conséquences frauduleuses de cet acte ne saurait empêcher l'existence de ce dernier, ce qui conduit à lui faire produire les autres conséquences qui peuvent être les siennes. Si, par exemple, un meuble a été transféré frauduleusement à l'étranger dans le but d'échapper à certaines dispositions du droit français sur le transfert de propriété, ces dispositions demeureront applicables. En revanche, si une fois à l'étranger, le meuble en question est endommagé par un tiers, la responsabilité du tiers sera soumise à la loi étrangère, car le bien est effectivement situé à l'étranger[1853].

1325. Il faut, cependant, préciser que la nullité peut être retenue si l'opposabilité ne permet pas de parvenir à l'inefficacité de la fraude. Toutefois, la nullité ne peut être prononcée que s'il n'est pas porté atteinte à la souveraineté d'une autorité étrangère : l'opération frauduleuse ne doit donc pas relever de la compétence d'un État étranger (par exemple la nationalité).

1326. Au plan procédural, l'efficacité de l'exception de fraude à la loi mériterait d'être renforcée par l'exploitation, en pratique, des possibilités offertes par l'article 423 du nouveau Code de procédure civile. La fraude à la loi devrait être automatiquement considérée comme un fait portant atteinte à l'ordre public au sens de ce texte, et fondant l'action du ministère public comme partie principale devant les juridictions de l'ordre civil[1854].

CONCLUSION DE SECTION

1327. Le mécanisme de l'exception de fraude à la loi représente la garantie de la sanction du comportement frauduleux des parties d'un rapport juridique de droit international privé. L'effet principal de cette sanction est représenté par l'éviction de la loi compétente à travers la fraude à la loi, qu'il s'agisse d'une loi étrangère ou de la *lex fori*. L'on observe, dans ce sens, qu'il n'existe plus de « discrimination » de traitement entre la *lex fori* et la loi étrangère, la fraude à la loi étrangère étant, de nos jours, sanctionnée de la même manière que la fraude à la *lex fori*. Cette évolution de

[1852] Cass., 1re civ., 17 nov. 1981, *D.* 1982, p. 573, note P. GUIHO, *JCP* 1982. II. 19842, note M. GOBERT, *Gaz. Pal.* 1982. 2. 567, note J. MASSIP, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1982, p. 669, note J. FOYER.

[1853] H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, t. 1, 1993, n° 375.

[1854] Il arrive, d'ailleurs, que le législateur incite le Ministère public à l'action en lui rappelant qu'elle est ouverte en cas de fraude à la loi : voy. C. civ., art. 190-1, résultant de la L. n° 93-1027, 24 août 1993, *D.* 1993. 485, et selon lequel « le mariage qui a été célébré en fraude à la loi peut être annulé à la demande […] du Ministère public » ; voy. CA Paris, 2 oct. 1997, préc.

la conception contemporaine concernant la sanction de la fraude à la loi peut s'expliquer, à notre avis, par une vision individualiste ainsi que par une vision globalisée des systèmes juridiques. La vision individualiste provoque, au sein du système juridique du for, l'adoption d'une attitude d'ouverture entraînant un accommodement du législateur et de la jurisprudence à l'idée de la protection de la loi étrangère en cas de fraude à celle-ci.

1328. La vision globalisée représente, quant à elle, l'effet, traduit dans le monde juridique, de notre monde globalisé dans lequel les ordres juridiques sont interdépendants et qui doivent ainsi adapter leur comportement afin de permettre la création simplifiée des rapports juridiques. Or, cela entraîne, en matière de fraude à la loi, l'adoption, par les systèmes juridiques, d'un raisonnement de sanction du comportement frauduleux dans toute circonstance, y compris lorsque la loi fraudée est la loi étrangère, et non seulement lorsque ledit comportement touche le système juridique du for. Les systèmes juridiques adoptent ainsi des comportements qui s'inscrivent dans l'idée plus générale d'une coordination de leur protection juridique dans le but d'une même sanction du comportement frauduleux des parties, sans tenir compte du système juridique saisi de l'affaire.

1329. Ainsi, malgré leur apparente antithèse, ces deux visions sont interdépendantes et se conditionnent réciproquement car l'attitude d'ouverture d'un système juridique envers l'étranger ne peut s'expliquer qu'en raison des échanges produits entre ses propres nationaux et ceux appartenant à des systèmes juridiques étrangers du fait de notre monde globalisé.

CONCLUSION DE CHAPITRE

1330. L'éviction de la loi étrangère à travers l'utilisation des deux mécanismes, l'exception d'ordre public et la fraude à la loi, rend indisponible cette loi dans le cadre du système juridique du for car celui-ci est intolérant aux effets de son application. Cependant, si ces effets sont contraires aux conceptions fondamentales du for dans le cas de l'utilisation de l'exception d'ordre public, dans le cas de la fraude à la loi c'est le comportement des parties qui n'est pas toléré, l'éviction de la loi étrangère se faisant non pas en raison de son contenu mais en raison de la façon, provoquée par les parties, dont le juge est amené à appliquer cette loi.

1331. Une observation s'impose dès lors par rapport au *sensus* (le sens caché) de l'éviction de la loi étrangère dans les deux mécanismes. A notre avis, le *sensus* de l'éviction de la loi étrangère cache une tentation qui appartient à des participants différents au litige international posant ce problème. Ainsi, d'un côté, l'utilisation de l'exception d'ordre public peut cacher la tentation du juge du for de revenir à la *lex fori* dès que la loi étrangère présente des différences trop importantes. L'ordre public exprime, de ce fait, la mesure de l'ouverture de l'ordre juridique du for aux normes étrangères et il faut se retenir d'utiliser le mécanisme de l'exception d'ordre public trop souvent. D'un autre côté, la fraude à la loi exprime la tentation de la partie intéressée d'échapper à l'application d'une loi normalement compétente traduite dans la manipulation de l'élément de rattachement afin d'obtenir l'application d'une loi étrangère. La sanction de la fraude à la loi vient ainsi corriger ce comportement.

1332. Dans les deux cas c'est la tentation qui doit être corrigée : le juge du for doit s'abstenir d'utiliser trop souvent l'exception d'ordre public ; la partie doit s'abstenir de provoquer un changement de rattachement dans le seul but d'obtenir l'application d'une autre loi plus favorable. De ce fait l'on peut conclure que pour pouvoir développer des rapports respectueux des systèmes juridiques de droit international privé il ne suffit pas d'avoir une législation très protectrice mais il est également nécessaire d'avoir des participants à ces rapports qui comprennent pleinement les conséquences de leurs actions.

1333. De même, il faut faire la précision que, parfois, le contenu de la loi étrangère, devenue compétence à travers des méthodes frauduleuses, peut également être contraire à l'ordre public international. Dans ce cas, vu que la fraude est plus difficile à prouver à cause de son élément subjectif, il s'avère plus simple, en pratique, d'invoquer seulement la contrariété de cette loi à l'ordre public international car il s'agit, dans ce cas, de prouver un élément objectif. Cela explique

pourquoi l'on invoque plus souvent la contrariété de l'ordre public à la place de la fraude à la loi comme, par exemple, dans les affaires précités *Mennesson* et *Labassee*.

1334. Afin de savoir de quelle façon les déséquilibres d'ensemble influencent l'application de la loi étrangère, une analyse a été menée par rapport aux types de déséquilibres considérés, par nous, comme entrant dans cette catégorie, à savoir, ceux provoqués par une multiplicité des lois étrangères et ceux provoqués par l'intolérance du système juridique du for à l'application de loi étrangère.

1335. La multiplicité des lois étrangères provoquant les déséquilibres d'ensemble peut, ainsi, à son tour, procéder du caractère hétéroclite du système juridique étranger (provoquant des confits interterritoriaux, interpersonnels ou du changement de souveraineté du droit étranger) ou de l'influence des facteurs espace et temps sur le conflit de lois (provoquant des conflits transitoires ou mobiles), alors que l'intolérance du for à l'application de la loi étrangère est née de la contradiction du contenu de celle-ci avec l'ordre public du for ou de la façon frauduleuse qui provoque sa compétence. Les solutions proposées pour résoudre ces déséquilibres couvrent, en règle générale, toute la panoplie des possibilités qui peuvent s'offrir au juge dans ces cas spécifiques. Le juge peut ainsi choisir la meilleure solution adaptée au cas d'espèce soumis à lui. Ainsi, lorsque en matière de conflits interterritoriaux ou interpersonnels c'est le rattachement territorial qui est pris en compte par la règle de conflit désignant ainsi le droit d'un État comprenant plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles de droit matériel, on applique directement le droit en vigueur dans l'unité territoriale où se concrétise le facteur de rattachement. Si, en revanche, la règle de conflit retient le critère de la nationalité ou si le système juridique étranger suscite un conflit interpersonnel, les solutions proposées afin de pallier le manque d'uniformité des règles de conflit de ce système juridique semblent accorder une réelle liberté au juge si le législateur n'a pas prévu de solution dans ce cas. Le juge du for peut ainsi déterminer lui-même la solution la plus convenable ou il peut faire application des principes généraux du for au moyen desquels il fera son choix entre les différentes règles de conflit en vigueur dans l'État étranger sur la base du principe de l'application de la partie du droit étranger avec laquelle la situation a les liens les plus étroits.

1336. En cas de conflits suscités par un changement de souveraineté les solutions proposées se partagent entre l'application de la loi étrangère effectivement en vigueur, mais émanant d'un législateur illégitime, l'application de la loi qui n'est plus en vigueur mais qui émane du législateur légitime ou lorsque les raisons humanitaires exigent que l'on tienne compte du fait que les habitants d'un territoire ne pouvaient se soustraire au respect des lois émanant d'un législateur

illégitime, l'application de ces lois à la place de celles provenant du législateur légitime. A notre avis une solution opportune devrait tenir compte du cas de l'espèce et le juge devrait envisager toutes ces différentes propositions et choisir la meilleure adaptée en fonction des circonstances du cas qui lui est soumis. Il faut donc laisser la solution à l'appréciation du juge confronté au cas concret et ne pas lui imposer une solution trop rigide car ces conflits sont souvent très délicats et les conséquences d'une mauvaise décision peuvent peser lourd dans les futures relations politiques de l'État du for.

1337. Les solutions prévues en matière de conflit transitoire et conflit mobile reflètent, quant à elles, les hésitations de la doctrine entre l'adoption des règles du droit interne et des règles tenant compte de la spécificité internationale du rapport juridique. A notre avis, la spécificité du rapport juridique devrait avoir une certaine prévalence dans la formulation *de lege ferenda* des règles concernant ces types de conflits. Les solutions concernant les déséquilibres provoqués par l'intolérance du système juridique du for à l'application de loi étrangère, qu'elle soit contraire à son ordre public international ou qu'elle soit devenue compétente à travers des méthodes frauduleuses, évincent cette loi dans le cadre du système juridique du for. En d'autres mots, le juge du for fait le choix de ne pas tenir compte de la désignation réalisée par la règle de conflit lorsque la loi étrangère contrevient à l'ordre public international du for ou si son application a été provoquée à travers la fraude.

1338. En règle générale, les règles concernant les conflits mobile ou transitoire ou celles concernant l'ordre public ou la fraude à la loi représentent des solutions qui, malgré leur imperfection, apportent un certain équilibre entre les visions différentes des systèmes juridiques en matière d'application de la loi étrangère.

1339. Le manque de proportions, d'harmonie ou de concordance, que la notion de « déséquilibre » évoque, présente une chance plus grande de survenir en droit international privé que dans d'autres matières juridiques. Cette réalité est ainsi démontrée par la palette large des déséquilibres qui peuvent intervenir entre le système juridique de la *lex fori* et celui de la loi étrangère, qu'ils soient provoqués par des concepts ou des rattachements différents, par une multiplicité des lois étrangères en concurrence ou par l'intolérance du système juridique du for à la loi étrangère applicable.

1340. Nous avons, ainsi, organisé ces divers déséquilibres en fonction de la portée de l'élément qui les provoque, ayant ainsi obtenu des déséquilibres dits ponctuels, causés par un élément de la loi comme un concept ou un rattachement, et des déséquilibres dits d'ensemble, causés par un problème qui concerne le système juridique en général, comme c'est le cas de la multiplicité des lois étrangères en concurrence ou l'intolérance du système juridique du for à la loi étrangère applicable. Tous ces déséquilibres démontrent, en règle générale, la difficulté d'appliquer une loi étrangère dans le système juridique du for. Utiliser, dans le système juridique du for, une règle appartenant à un système juridique étranger, peut provoquer un court-circuit dans la cohérence du système juridique du for car il forme un tout logique, ses règles s'emboitant et étant interdépendantes. De même, adapter le système juridique du for à l'application d'une règle étrangère correspondant à la logique du système d'origine peut causer des graves incohérences. Or, cette situation traduit ainsi un conflit de raisonnements, les déséquilibres risquant de fournir au juge du for un bon argument afin d'appliquer la *lex fori*.

1341. Il existe pourtant des procédés qui ont été crées afin de pallier ces déséquilibres comme, par exemple, la qualification, la substitution, la transposition ou l'équivalence pour résoudre les problèmes provoqués par des les concepts différents, le renvoi ou les questions préalables, dans le cas des difficultés en cas de rattachements différents, les règles concernant le conflit mobile ou transitoire, en cas de conflits de lois dans l'espace affectés des complications temporelles, ainsi que les exceptions de l'ordre public et de la fraude à la loi en cas d'intolérance du for à la loi étrangère applicable.

1342. L'analyse de ces déséquilibres en rapport avec l'application de la loi étrangère a eu comme but le fait de savoir si la façon dont ils sont gérés favorise ou, au contraire, empêche cette application.

1343. S'agissant de déséquilibres ponctuels nous avons ainsi observé que les solutions les concernant sont assez équilibrées concernant le poids qu'elles accordent à la prise en considération de l'opinion du for ou de l'opinion étrangère dans la résolution de ce type de situations. Ces solutions consistent dans la qualification, d'adaptation, la substitution, l'équivalence ou la transposition, en cas de concepts différents, et dans le renvoi ou le procédé des questions préalables, en cas de rattachements différents. Les deux problèmes qui se posent lorsque les concepts de la *lex fori* et ceux appartenant à la loi étrangère sont différents, à savoir, en fonction de quelle loi interpréter le concept étranger et comment les coordonner, sont ainsi partagés entre accorder prévalence à la volonté du for ou à la volonté du système juridique étranger. Pour déterminer ainsi en fonction de quelle loi interpréter le concept étranger, cela dépend du but de cette interprétation réalisée par le du juge : si son but est de choisir la loi applicable au problème juridique dont il est saisi, le juge interprète le concept étranger en fonction des règles prévues par la *lex fori.* Si, en revanche, le but est le choix des règles matérielles applicables dans le cadre de la loi étrangère déjà choisie, le juge interprète le concept juridique étranger en fonction des règles d'interprétation *lege causae.* Cette attitude s'explique par le fait qu'une fois que la loi étrangère est désignée, l'identification de la règle matérielle dépend plus du système juridique étranger que du système juridique du for. Cela facilite d'ailleurs les choses et empêche le juge du for d'identifier, à travers ses propres règles d'interprétation, une loi matérielle différente de celle qu'aurait identifié le juge étranger.

1344. De même, lorsqu'il veut coordonner des concepts différents appartenant à des systèmes juridiques différents et assurer ainsi la continuité d'un rapport litigieux partagé entre plusieurs systèmes juridiques, le juge doit retenir la règle générale que la réponse ne doit pas dépendre de la terminologie juridique utilisée, mais devrait plutôt être recherché par l'étude comparative des finalités suivies par les règles matérielles applicables. Il doit donc faire preuve de beaucoup de flexibilité en cette matière.

1345. Le juge a à sa disposition plusieurs procédés juridiques pour assurer la continuité d'un rapport juridique partagé entre plusieurs systèmes juridiques, comme l'équivalence, la substitution, l'adaptation ou la transposition. Cependant, l'utilisation de ces procédés juridiques n'est pas toujours très claire. L'équivalence peut aussi intervenir seule, lorsqu'elle se pose en rapport avec la règle de conflit du for, mais si elle est sollicitée en présence d'une règle matérielle son application postule la substitution. Dans ce dernier cas l'adaptation peut également être

employée si la combinaison des lois matérielles des systèmes intéressés parvient à un résultat trop éloigné de celui qu'aurait produit chacune des lois, appliquée seule et intégralement.

1346. Lors de la résolution des problèmes juridiques impliquant des rattachements différents retenus dans les systèmes juridiques impliqués, les procédés utilisés en ce sens, comme le renvoi ou les questions préalables, accordent une importance accrue aux solutions prévues dans le système juridique étranger. Ainsi le procédé du renvoi tient compte du refus du système juridique étranger de régir un rapport juridique et emploie, par conséquent, les règles de conflit étrangères afin de designer la loi que le législateur étranger voit comme applicable dans le cas de l'espèce. De même, la cause de l'existence du problème des questions préalables est justement la pise en compte du fait qu'au moment de l'application de la loi étrangère, entre les deux systèmes juridiques impliqués, il existe une différence de traitement du problème préalable soulevé par la loi étrangère appliquée. Sinon, le problème ne se poserait pas.

1347. S'agissant des déséquilibres d'ensemble, qu'ils soient provoqués par une multiplicité des lois susceptibles de s'appliquer au problème juridique ou par l'intolérance du système juridique du for à l'application de la loi étrangère, ils révèlent les problèmes profonds du droit international privé qui tiennent à des questions de stratégie politico-juridique traduite dans l'immixtion plus ou moins grande des éléments étrangers dans de droit interne. Ainsi, les solutions en matière de conflits interterritoriaux semblent plus simples lorsque le rattachement territorial est pris en compte, alors qu'elles sont bien plus compliquées lorsque l'on a pris en compte le rattachement de la nationalité pour résoudre un conflit interterritorial ou si le système juridique étranger suscite un conflit interpersonnel, même s'il faut remarquer la liberté dont dispose le juge dans ce cas. Les solutions qui s'imposent, à notre avis, en matière de conflits suscités par un changement de souveraineté seraient celles de la flexibilité et de l'application, au choix, de la solution la plus adaptée au cas par cas parmi les trois propositions : l'application de la loi étrangère effectivement en vigueur, mais émanant d'un législateur illégitime, l'application de la loi qui n'est plus en vigueur mais qui émane du législateur légitime et, lorsque les raisons humanitaires exigent que l'on tienne compte du fait que les habitants d'un territoire ne pouvaient se soustraire au respect des lois émanant d'un législateur illégitime, l'application de ces lois à la place de celles provenant du législateur légitime.

1348. Quant aux conflit transitoire qui se produit dans un même système juridique, entre le moment de la naissance d'un rapport juridique et celui de son appréciation en justice ou le conflit mobile entre les lois des deux systèmes juridiques distincts dont l'une n'a pas été abrogée par

l'autre mais qui sont simultanément en vigueur, chacune d'entre elles l'étant sur le territoire de l'État dont elle émane, les solutions reflètent bien les hésitations de la doctrine entre l'adoption des règles du droit interne et des règles tenant compte de la spécificité internationale du rapport juridique. Pourtant, la spécificité du rapport juridique devrait avoir une certaine prévalence dans la formulation des règles concernant ces cas.

1349. Ces sont les déséquilibres provoqués par l'intolérance du système juridique du for à l'application de loi étrangère qui révèlent l'intensité des réactions résultant de l'interaction des systèmes juridiques présentant des différences. L'application des exceptions de l'ordre public ou de la fraude à la loi entraine ainsi l'éviction de la loi étrangère dans le cadre du système juridique du for car celui-ci est intolérant aux effets de son application.

1350. Mais qu'il s'agisse d'une intolérance par rapport au contenu de la loi étrangère ou d'une réaction à la façon dont la compétence de celle - ci a été provoquée par les parties, on pénalise, dans tous ces cas, la différence entre les cultures juridiques des systèmes juridiques. Ainsi, en cas d'intervention de l'exception d'ordre public pour contrariété à l'ordre public international du for on pénalise les différences qui existent entre les systèmes juridiques et qui bousculent les fondements de la culture juridique du for. L'utilisation de l'exception d'ordre public permet donc au système juridique du for d'imposer ses propres règles fondamentales. Cela n'est, évidemment, pas bien grave si le for impose ses propres règles dans des matières comme le droit du travail ou droit de la consommation, car le but est de créer un cadre économique et social qui assure l'égalité des droits aux participants à ce type de rapports juridiques. Cependant lorsque le for exerce l'exception d'ordre public dans des matières comme celle du statut personnel, en imposant ainsi à tout prix sa vision des choses, cela peut provoquer des cicatrices profondes car cela peut toucher de très près les sujets de droit comme, par exemple, le droit à l'identité de l'enfant.

1351. En cas de fraude à la loi on pénalise également la différence de cultures juridiques qui, cette fois ci, fait que les parties bien informés ont succombé à la tentation de provoquer la compétence d'une loi étrangère leur procurant plus d'avantages que la loi normalement compétente. Dans ce cas ce n'est pas seulement la volonté des parties qui entre en jeu mais aussi la volonté des législateur étrangers qui provoquent, en connaissance de cause ou pas, ce type de compétence élargie de leur loi. Par exemple, l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil français prévoit désormais que « deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». Cette disposition permet donc d'écarter la loi ou les lois

personnelle(s) prohibitive(s) dès lors que la loi nationale ou la loi du domicile ou de la résidence de l'un des futurs époux admet le mariage homosexuel. Or, pour le système juridique dont fait partie la loi personnelle prohibitive, le changement de domicile de l'intéressé juste avant d'avoir contracté un mariage de même sexe en France, pourrait être considéré comme une fraude à la loi de la même manière dont la France considère comme étant une manouvre frauduleuse le fait de contracter une gestation pour autrui dans un État qui l'accepte.

1352. Cependant, malgré toutes ces différences ponctuelles ou d'ensemble entre les systèmes juridiques, il est nécessaire de se rappeler que l'on est toujours dans une matière impliquant des rapports juridiques privés et qui, de ce fait, touche de très près la vie des parties impliqués. Les systèmes juridiques doivent ainsi mettre en œuvre toute leur bonne volonté afin de permettre l'adoption des solutions qui protègent les individus se trouvant dans la tourmente de cette bataille idéologico-juridique.

1353. L'objet du droit international privé implique la prise en compte des spécificités juridiques étrangères par les systèmes juridiques. En suivant ce raisonnement, l'application de la loi étrangère devrait être une question habituelle dans cette matière et ne devrait pas provoquer de réactions défensives de la part des systèmes juridiques. La réalité semble, cependant, révéler une situation contraire à ce raisonnement, l'application de la loi étrangère constituant, encore, un problème délicat du droit international privé, problème que nos recherches sur la question ont confirmé. En effet, en droit international privé français, le processus d'application de la loi étrangère est affecté par une certaine réticence qui se vérifie à travers les problèmes présents au niveau de chacune de ses étapes et qui déstabilise, ainsi, le mécanisme.

1354. L'application de la loi étrangère pose des problèmes concernant son autorité dans le système juridique du for, la méthode appropriée pour assurer cette application, le régime juridique de la règle de conflit, l'accès au contenu de la loi étrangère ainsi que sa preuve ou son interprétation, les voies de recours ouvertes en cas de méconnaissance des règles d'application, l'atteinte que la loi étrangère peut engendrer par rapport à l'ordre public international du for, la fraude à la loi, etc. Si, en plus, s'ajoutent, au mécanisme normal d'application de la loi étrangère, des éléments perturbateurs provoquant des déséquilibres ponctuels, causés par un concept ou un rattachement différents, ou des déséquilibres d'ensemble, causés par la multiplicité des lois étrangères en concurrence ou l'intolérance du système juridique du for à la loi étrangère applicable, la situation se complique encore davantage. Ajoutons à ce cocktail déjà explosif le vide législatif au niveau du droit de l'Union européenne en matière de régime juridique de l'application de la loi étrangère, et nous obtenons les prémisses de l'analyse réalisée dans cette thèse.

1355. Au vu de tous ces éléments, il était, donc, nécessaire de s'interroger sur la capacité des règles concernant l'application de la loi étrangère ainsi que des solutions prévues pour pallier les déséquilibres provoquées par les éléments perturbateurs du mécanisme normal d'application de la loi étrangère[1855], à assurer l'application effective de la loi étrangère dans le système juridique du for. Notre analyse s'est ainsi effectuée par rapport à l'ensemble des règles juridiques permettant

[1855] Comme, par exemple, la qualification, la substitution, la transposition ou l'équivalence pour résoudre les problèmes provoqués par des les concepts différents, le renvoi ou les questions préalables, dans le cas des difficultés en cas de rattachements différents, les règles concernant le conflit mobile ou transitoire, en cas de conflits de lois dans l'espace affectées des complications temporelles, ainsi que les exceptions de l'ordre public et de la fraude à la loi en cas d'intolérance du for à la loi étrangère applicable.

(principes directeurs) ou influençant (éléments perturbateurs) l'application de loi étrangère dans le système juridique du for, afin de déceler les aspects qui peuvent rendre cette application difficile, voire impossible. C'est seulement en ayant une idée claire des difficultés avec lesquelles peut être confrontée l'application de la loi étrangère, qu'il est, par la suite, possible d'envisager des solutions permettant la création d'un espace juridique favorable à son application.

1356. L'analyse effectuée a ainsi confirmé le fait que le processus concernant l'application de la loi étrangère traduit à tous ses niveaux les réticences du système juridique français envers ce type d'application. Nos recherches ont ainsi montré la réticence à appliquer la loi étrangère qui s'observe avec prépondérance au niveau des instances de fond, révélant ainsi une déconnexion avec la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation, favorable en la matière. Pourquoi une telle attitude? La principale raison est, à notre avis, ce que Jean Carbonnier appelait « la réticence aux droit venus d'ailleurs »[1856], même si, de nos jours, les lois étrangères appartenant aux États membres de l'Union européenne ne paraissent pas si éloignées. En effet, le simple fait qu'il s'agit d'une loi ne faisant pas partie du système juridique du for, entraîne une attitude de rejet de la part des autorités qui ne sont pas tenues de la connaître. Malheureusement, cette attitude de rejet peut aller jusqu'à déclencher des comportements dangereux comme le non respect, par les autorités judiciaires ou non judiciaires, de leur propres règles juridiques nationales. Par exemple, dans l'étude menée par l'Institut suisse de droit comparé sur l'application de la loi étrangère dans les États membres de l'Union européenne, une question a été posée par rapport à l'évitement d'une telle application même si cela pouvait représenter une pratique illégale dans le système juridique des répondants. Or, à cette question plus de 35% des répondants ont indiqué qu'ils évitaient l'application de la loi étrangère, même si, évidemment, ils étaient parfaitement conscients des dangers d'un tel comportement[1857].

1357. Si l'accès difficile au contenu de la loi étrangère semble être l'une des principales raisons pour laquelle les autorités judiciaires ou non judiciaires sont réticentes à l'application de la loi étrangère, nos recherches ont révélé que la volonté des parties influence également ce résultat ainsi que les coûts impliqués par une telle procédure.

1358. Il reste, pourtant, nécessaire d'appliquer la loi étrangère dans le respect des indications de la règle de conflit, notre thèse consistant ainsi dans une plaidoirie pour une telle application, conforme à la désignation faite par la règle de conflit du for. Cela s'explique, d'un premier point

---

[1856] J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, rééd. 2006, p. 2.

[1857] Voy. l'Avis 09-184 de l'Institut suisse de droit comparé, « The application of foreign law in civil matters in the EU member states and its perspectives for the future », du 30 septembre 2011, préc.

de vue, par le fait qu'il faut respecter la désignation réalisée par la règle de conflit qui est une règle nationale et non pas étrangère. Ne pas appliquer la règle de conflit équivaut à ne pas appliquer son propre droit national. Dans ce sens, H. Motulsky affirmait que le juge national était obligé d'appliquer la règle de conflit pour la simple raison que celle-ci est du droit[1858], indifféremment de la nature juridique associée à la loi étrangère dans ce système juridique : droit, fait ou hybride. Ainsi, le législateur national a accepté, au moment de l'adoption de la règle de conflit, la possibilité de l'application d'une loi étrangère dans la logique qu'elle serait plus adaptée que la *lex fori* pour régir un problème juridique.

1359. D'un deuxième point de vue, ne pas appliquer la loi étrangère plongerait le système juridique du for dans un isolement juridique, dans le contexte de la globalisation actuelle. En effet, aujourd'hui, plus que jamais, les États sont interconnectés et interdépendants du fait de la globalisation, en tant que processus d'internationalisation des transactions industrielles, commerciales, financières, qui implique la libre circulation des biens et des services, des capitaux, des hommes, des idées et de la technologie. Si la globalisation économique se traduit par un effacement progressif des frontières nationales et par un accroissement des échanges de biens et de services, des mouvements de capitaux, du rôle des entreprises multinationales, des migrations internationales, elle peut également concerner d'autres domaines comme l'environnement, la politique, la culture, les questions sociales. Or, dans ce monde globalisé, il semblerait inopportun de vouloir défendre l'expression d'une souveraineté pro-territoriale contre le reste du monde. Ainsi le droit international privé doit évoluer en fonction de l'augmentation des relations internationales et, de ce point de vue, même l'exception d'ordre public international, principale gardienne de l'ordre public du for, a dû cesser de défendre le territoire de l'État contre l'application des lois étrangères pour se contenter de le protéger, c'est-à-dire ne refuser que l'inacceptable.

1360. Il est également nécessaire de souligner que la différence n'implique pas nécessairement l'infériorité. Léna Gannagé parle ainsi du « relativisme des valeurs »[1859], en affirmant que rien ne démontre aujourd'hui l'existence d'une société standard idéale à laquelle les sociétés devraient se conformer. Les sociétés ne doivent pas s'apprécier à partir du seul regard occidental et il faut

---

[1858] Pour H. MOTULSKY « le juge est tenu d'appliquer spontanément la loi parce qu'elle est la loi ; et non pas parce qu'elle est d'ordre public », *in* « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.,* 1964, *chron.* p. 243.

[1859] L. GANAGE, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs » *in Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, Séance du 14 mars 2008, éd. A. Pedone, Paris, 2010.

comprendre que chacune peut organiser son système politique, économique, familial, religieux ou culturel selon certaines valeurs en lesquelles elle croit, peu importe que celles-ci soient partagées ou non par l'ensemble de la communauté internationale.

1361. En outre, même si le système juridique choisissait de faire prévaloir la théorie unilatéraliste sur la méthode conflictuelle, il devrait, malgré tout, s'ouvrir aux autres systèmes de droit étrangers. Si la réalité du droit positif est, au moins pour certaines questions, celle d'une autodésignation multiple (chaque État désigne sa propre loi selon plusieurs critères alternatifs), pour que la méthode unilatéraliste fonctionne, il est, cependant, nécessaire de réaliser en compensation une reconnaissance élargie (chaque État doit ainsi reconnaître facilement les décisions des autres, en renonçant au contrôle de la loi appliquée et en diminuant considérablement le contrôle de la compétence indirecte) .

1362. D'un troisième point de vue, le droit international privé implique le maintien de l'équilibre entre la prépondérance du système juridique interne en rapport avec le système juridique international et la légitimité du commerce international privé. La prépondérance du système juridique interne en rapport avec le système juridique international s'explique par le fait que ce dernier ne dispose pas encore de règles et d'organes qui soient opératoires, de sorte qu'encore indifférencié, il est suppléé par les ordres juridiques étatiques. Or, la prépondérance du système juridique interne milite en faveur de l'application de la *lex fori* aux rapports de droit international privé.

1363. La légitimité du commerce international privé est tirée, en revanche, du fait que l'être humain est libre de nouer des contacts avec ses semblables, même ressortissants à d'autres groupes sociaux, à d'autres systèmes juridiques nationaux que celui auquel lui-même appartient. Cette liberté impose, au contraire, l'établissement d'un régime qui ne pénalise pas ce rapport de droit international privé, favorisant ainsi l'application de la loi étrangère. Le droit international priveé ne doit donc plus tenir compte uniquement du point de vue d'un État ; il est nécessaire de protéger l'individu se trouvant dans le feu croisé des volontés contradictoires des États (et des autres systèmes juridiques).

1364. Il faut, en outre, remarquer, au niveau du droit de l'Union européenne, la prédominance des normes européennes d'uniformisation des droits internationaux privés étatiques justifiée par la « libre mobilité des marchandises, des services, des personnes des entreprises (qui) engendre le litige transfrontalier »[1860]. Même dans la mesure où il reste encore du droit international privé de

[1860] L. GRARD, « La communautarisation de « Bruxelles I » », *RGDIP* 2013, t. 117, nº 3, p. 530.

source étatique non uniformisé, celui-ci est influencé de façon croissante par le droit matériel de l'Union européenne.

1365. En matière d'application de la loi étrangère, les choses ne sont, pour l'instant, pas assez claires en droit de l'Union européenne et il est, donc, souhaitable d'adopter un instrument européen afin de clarifier les situations et les méthodes à travers lesquelles une loi étrangère pourrait être choisie comme compétente pour régir un rapport ou un problème particulier. Dans l'idéal, l'instrument devrait concerner toutes les situations dans lesquelles une loi étrangère peut intervenir, qu'il s'agisse de règles de conflit européennes ou des États membres. Il est évident qu'une telle ambition implique un lissage de toutes ces règles de conflit et la réalisation, pour chaque aspect de droit international privé, de règles de conflit « maîtresses » applicables par tous les États membres. Or, pour que cela soit possible, l'Union européenne devrait unifier, en avance, ou au plus tard à l'occasion de la réalisation de cet instrument, une uniformisation du régime juridique de l'application de la loi étrangère et, en même temps, du régime juridique de l'application de la règle de conflit. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne aura déjà eu le temps de clarifier l'office du juge en matière d'application des règles de conflit. Il n'est pas impossible d'utiliser, par la suite, le modèle d'un tel instrument, dans la réalisation de conventions internationales en la matière. Cependant, vu les transformations profondes qu'un tel projet implique, sa réalisation ne sera possible que lorsque tous les États membres auront, enfin, laissé de côté leurs intérêts individuels et auront compris l'importance de l'existence d'une seule voix en la matière au niveau européen. On devrait, ainsi, commencer par un projet moins ambitieux et limiter la portée d'un tel instrument européen aux règles européennes de conflits de lois ainsi qu'à la loi qu'elles désignent. En effet, une compétence trop large manquera d'apporter l'homogénéité et la prévisibilité dans l'espace européen, étant données les différences existantes entre les règles de conflit des États membres. Pour les situations (nombreuses) où les règles européennes de conflit de lois acceptent le choix de la loi applicable, il serait utile de préciser, dans cet instrument, que la *lex fori* peut être choisie, avant ou après le début de la procédure judiciaire, et que ce choix doit être exprès. Il faudrait, aussi, indiquer que la loi applicable choisie ne régira pas forcement l'ensemble des relations entre les parties, à moins que celles-ci aient précisé leur intention dans ce sens.

1366. En matière d'office du juge lors de l'application de la règle européenne de conflit, les juges nationaux devraient être tenus, dans les cas où il ressort des éléments du dossier l'application de la règle de conflit européenne, d'indiquer cet aspect aux parties et de les inviter à formuler des avis

sur ce point. En revanche, la question de savoir si un juge devrait mener sa propre recherche et décider par lui-même de l'application de la loi applicable, indépendamment des observations des parties, devrait être laissée à la liberté de décision des systèmes juridiques des États membres, vu l'importance donnée à cette question au sein des systèmes juridiques nationaux et les grandes divergences qui existent à cet égard.

1367. Dans le cas des règles de conflit de lois européennes qui excluent le principe de l'application facultative de la loi applicable (de manière à protéger les intérêts de la partie faible, les intérêts publics ou pour veiller à l'application des règles impératives européennes ou des États tiers), les juges nationaux devraient prendre l'initiative d'attirer, sur ce point, l'attention des parties concernées. Si les règles impératives européennes sont jugées applicables, dans le cas d'espèce, leur application devrait obliger le juge à refuser des choix incompatibles faits par les parties.

1368. En matière de modes d'établissement du contenu de la loi étrangère applicable, il est nécessaire de maintenir le principe du libre choix des modes de preuve et de la liberté des États membres de mettre en avant les règles nationales de preuve, vu les différences importantes qui existent actuellement entre les États membres de l'Union européenne. Dans ce sens, en cas d'impossibilité d'établir le contenu de la loi étrangère, la solution de l'application de la *lex fori* devrait continuer à être utilisée ; mais rien n'empêche l'instrument européen d'attirer l'attention sur le fait que les règles de conflit de l'Union européenne utilisent parfois des rattachement alternatifs ou se réfèrent au système juridique avec lequel le rapport juridique présente les liens les plus étroits[1861].

1369. En matière de moyens de recours concernant la décision impliquant l'application d'une loi étrangère, les États membres devraient assurer aux parties le recours à au moins une instance supérieure. La nécessité de l'adoption d'un instrument européen n'est plus à démontrer vu les conséquences de la situation actuelle en matière d'application de la loi étrangère quant à la prévisibilité et la sécurité juridique dans l'espace européen.

1370. En conclusion, bien qu'il soit évidemment plus simple de préférer à l'application de la loi étrangère, l'application de la *lex fori* pour des raisons de cohérence juridique interne ou parce qu'il est très compliqué de mettre d'accord tous les États membres, au niveau de l'Union européenne,

[1861] Voy. l'Avis 09-184 de l'Institut suisse de droit comparé, « The application of foreign law in civil matters in the EU member states and its perspectives for the future », du 30 septembre 2011, préc.

dans le monde globalisé d'aujourd'hui il est nécessaire de tenir compte des spécificités étrangères à travers l'application de la loi étrangère, lorsque la règle de conflit la désigne comme applicable. Il s'agit d'une simple question de respect envers ceux avec qui nos nationaux ont établi des rapports juridiques concrétisée dans le fait d'assurer la sécurité juridique de ces rapports.

Plan

I. Bibliographie
- A. Traités, manuels, mélanges, cours, ouvrages spéciaux, monographies et thèses
- B. Articles et contributions
- C. Notes, observations, commentaires

II. Index de la jurisprudence citée
- A. Juridictions de l'Union européenne
- B. Juridictions françaises
  - 1. Cour de cassation
  - 2. Juridictions de fond
- C. Juridictions internationales et étrangères

III. Index des matières

IV. Table des matières

I. BIBLIOGRAPHIE

A. TRAITES, MANUELS, MELANGES, COURS, OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES ET THESES

AGOSTINI (E.), *L'application des règles de conflit étrangères et les conflits de systèmes en droit international privé*, 2 vol., Bordeaux, 1975, 565 p.

ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd., Dalloz, 2006, 814 p.

ANCEL (B.), *Histoire du droit international privé*, Université Pantheon-Assas (Paris II), 2008, cours disponible sur: http://www.u-paris2.fr/44834992/0/fiche_document/&RH=ACCUEIL_FR, 196 p.

ARCHER (D.), *Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflit de lois)*, 2 t., Cergy-Pontoise, 2006, 646 p.

AUDIT (B.) et D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Economica, 7e éd., 2013, 1140 p.

AUDIT (B.), *La fraude à la loi*, Dalloz, Bibliothèque de Droit Privé, 1974, 477 p.

BALLADORE-PALLIERI (G.), *Diritto internazionale privato*, 2e éd., Milan, 1950, 258 p.

BARTIN (E.), *Etudes de droit international privé*, éd. Paris, A. Chevalier-Marescq, 1899, 284 p.

BARTIN (E), *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, 3 t., Paris, 1930-1935, 634 p, 522 p, 397 p.

BASILE (B.), *Statut personnel et compétence judiciaire des communautés confessionnelles au Liban (étude juridique comparée)*, Kaslik, Université St. Esprit, 1993, 488 p.

BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), *Traité de droit international privé,* 2 t., 8e éd, LGDJ, 1993, 656 p.

BATIFFOL (H.), *Aspects philosophiques de droit international privé*, Dalloz, 1956, réédition 2002, 346 p.

BATIFFOL (H.), *Traité élémentaire de droit international privé,* 3e éd., LGDJ, 1959, 941 p.

BERGE (J.S.), *L'application du droit national, international et européen*, Dalloz, 2013, 380 p.

BERTONCINI (Y), CHOPIN (T.), DULPHY (A.), KAHN (S.), MANIGAND (C.) (dir.), *Dictionnaire critique de l'Union européenne*, éd. Armand Colin, Paris, 2008, 512 p.

BISCHOFF (J.-M.), *La compétence du droit français dans les règlements de conflits de lois*, LGDJ, 1959, 223 p.

BODEN (D.), *L'ordre public : limite et condition de tolérance. Recherche sur le pluralisme juridique*, thèse dactyl., Paris I, 2002, 993 p.

BOGDAN (M.), *Concise Introduction to EU Private International Law,* 3e éd., Paperback, 2016, 230 p.

BOULLENOIS (L.), *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, G. Desprez, 1766, 722 p.

BOURDELOIS (B.), *Mariage polygamique et droit positif français*, éd. GLN Joly, 1993, 398 p.

BRIERE (C.), *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, 2001, 426 p.

BRIGGS (A.), *The Conflict of Law's*, 2e éd., Oxford University Press, New York, 2008, 324 p.

BUCHER (A.), *Droit international privé suisse*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1998, 310 p.

BUCHER (A.), *La dimension sociale du droit international privé, Cours général*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, Adi-poche, 2011, 548 p.

BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, PUF, 2 t., 3e éd. 2014, vol. I, 780 p, vol. II, 712 p.

CACHARD (O.), *Droit international privé*, 4e éd., Larcier, 2015, 414 p.

CAPPELLETTI (M.), *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, 2 t., 1967, 4 vol., 880 p., 936 p., 1008 p., 983 p.

CARBONNIER (J.), *Droit civil. Introduction*, vol. I, PUF Paris, 27e éd. 2002, 384 p.

CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, réed. 2006, 296 p.

CARDUCCI (G.), *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art*, LGDJ, 1997, 493 p.

CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, t. 1, 1920, 888 p.

CHIOVENDA (G.), *Principi di diritto processuale civile*, 3e éd., Napoli, 1923, 1174 p.

CLARCKSON (C.M.V.), HILL (J.), *The conflict of laws,* Paperback, 2011, 584 p.

CLARKSON (C.M.V.), HILL (J.), *Jaffey on the Conflict of Laws,* 2e éd., Butterworth, 2002, 660 p.

COCTEAU-SENN (D.), *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois*, Paris I, 2001, 561 p.

COMBACAU (J.) et SUR (S.), *Droit international public*, 11e éd., LGDJ, 2014, 864 p.

CORNU (G.), *Théorie critique de la fraude à la loi, Étude de droit international privé de la famille*, Defrénois, 2006, 511 p.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 10e éd., Paris, PUF, 2013, 1099 p.

COURBE (P.), *Les objectifs temporels des règles de droit international privé,* PUF, 1981, 510 p.

CUNIBERTI (G.), *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, LGDJ, 2000, 424 p.

CURRIE (B), *Selected Essays on the Conflict of Laws, Durham, North Carolina*, éd. Duke University, 1963, 761 p.

D'AVOUT (L.), *Sur les solutions des conflits de lois en droit des biens*, Economica, 2006, 827 p.

DAILLIER (P.) et PELLET (A.), *Droit international public*, LGDJ, 7e éd., 2002, 1510 p.

DEBY-GERARD (F.), *Le rôle de la règle de conflit dans le réglement des rapports internationaux*, Paris, Dalloz, 1973, 457 p.

DERRUPPE (J.), LABORDE (J.-P.), *Droit international privé*, Mémento Dalloz, 17e éd., 2011, 194 p.

DESBOIS (H.), *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, Paris, 1927, 299 p.

DETIENNE (M.), *Transcrire les mythologies. Tradition, Ecriture, Historicité*, Paris, Albin Michel, 1994, 273 p.

DICEY (A.V.), MORRIS (J.H.C.), LORD COLLINS OF MAPESBURY (DIR.), *On the Conflict of Laws*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2015, 387 p.

DINH (N.Q.), PELLET (A.), *Droit international public*, 5e éd., LGDJ, 1994, vol. 1, 1317 p.

DONNEDIEU DE VABRES (J.), *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit de lois depuis le début du XXe siècle*, Sirey Paris, 1937, 782 p.

DREYFUSS-BECHMANN (L.), *La patrimonialité des droits extrapatrimoniaux*, 2002, S.I., 457 p.

DUBOS (O.), *Les juridictions nationales, juge communautaire*, *NBT* vol. 4, Dalloz Paris, 2001, 1028 p.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel. La règle de droit, le problème de l'État*, t. 1, E. Boccard, 3e éd., 1927, 763 p.

EHRENZEWEIG (A.A.), *Private international Law*, Leyden/Dobbs Ferry, 1967, 358 p.

EHRENZWEIG (A.A.), *A treatise on the conflict of law*, St-Paul (Minnesota), 1962, 824 p.

ESPLUGUES (C.), IGLESIAS (J.L.), PALAO (G.), *Application of the foreign law*, Sellier. Européen Law publishers GmbM, 2011, 443 p.

FALLON (M.), LAGARDE (P.) et POILLOT-PERUZZETTO (S.) (dir.), *Quelle architecture pour un Code européen de droit international privé?*, ed. Peter Lang, 2011, 388 p.

FALLON (M), RIGAUX (F.), *Droit international privé*, 3e éd., Larcier, 2005, 1040 p.

FAUVARQUE-COSSON (B.), *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, t. 272, LGDG, Paris, 1996, p. 451 p.

FAVRET (J.-M.), *Droit et pratique de l'Union européenne*, 2° ed., Gualino, Paris 1999, 430 p.

FENTIMAN (R.), *Foreign Law in English Courts: Pleading Proof and Choice of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1998, 368 p.

FERRER CORREIA (A.), *Da questao previa, Estudos Juridicos*-III, (*Direito internacional privado*), Coimbra, 1970.

FERRY (J.-M.), *La question de l'État européen*, Paris, Gallimard, 2000, 336 p.

FOHRER-DEDEURWAERDER (E.), *La prise en considération des normes étrangères*, LGDJ, 2008, 586 p.

FOYER (J.), *Filiation illégitime et changement de la loi applicable*, thèse Paris, 1964, 372 p.

FRANCESCAKIS (Ph.), *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958. 306 p.

FRANCQ (S.), *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant Bruxelles, LGDJ, 2005, 736 p.

FUCHS (A.), MUIR WATT (H.), PATAUT (E.) (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004, 295 p.

KAUF-KOHLER (G.), SCHULTZ (Th.), *Online dispute resolution: challenges for contemporary justice*, Kluwer Law International, 2004, 384 p.

GALANT (E.), *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Defrénois, 2004. 464 p.

GANNAGE (L.), *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé, Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2001, 382 p.

GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 3e éd., 2002, 563 p.

GEEROMS (S.), *Foreign Law in Civil Litigation. A Comparative and Functional Analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2004, 456 p.

GEORGE (P.) et VERGER (F.), *Dictionnaire de la géographie*, Paris, Presses universitaires de France, 2009. 480 p.

GHESTIN (J.) (dir.), HEUZE (V.), *La vente internationale de marchandises: droit uniforme. Traité des contrats*, LGDJ, 2000, 604 p.

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4e éd., LGDJ, 1994, 891 p.

GODECHOT-PATRIS (S.), *L'articulation du trust et du droit des successions*, Panthéon-Assas Paris II, 2004, 480 p.

GOLDSCHMIDT (W.), *Sistema y Filosofia del Derecho International Privado*, t. 1, 2e éd. Buenos Aires, Ed. Juridicas - Europa-América, 1954, 552 p.

GOLDSCHMIDT (W.), *Suma del derecho internacional privado*, 2e éd., Buenos Aires, 1961, 362 p.

GRAULICH (P.), *Principes de droit international privé. Conflit de lois. Conflits de juridictions, Paris*, Dalloz, 1961, 215 p.

GUILLAUME (F.), *Lex sociÉtatis - Principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse*, Zurich, 2001, 383 p.

GUTMANN (D.), *Droit international privé*, 5e édition, Dalloz, 2007, 328 p.

HAFTEL (B.), *La notion de matière contractuelle en droit international privé*, Paris II, 2008, 690 p.

HAGUNEAU (C.), *L'application effective du droit communautaire en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 619 p.

HALPERIN (J.-L.), *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, 1999, 192 p.

HAYTON (D.J.), KORTMANN (S.C.J.J.), VERHAGEN (H.L.E.) (éd.), *Principles of European Trust Law*, La Haye 1999, 215 p.

HERON (J.), *Le morcellement des successions internationales*, Economica, 1986, 359 p.

HERON (J.), *Principes du droit transitoire*, Dalloz, 1996, 168 p.

HERRERO Y RUBIO (A.), *Derecho internacional privado*, 2 t., 2e éd., Valladolid 1964, 605 p.

HEUZE (V.), *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes,* GLN Joly 1990, 392 p.

HOLLEAUX (D.), FOYER (J.) et DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, Masson, 1987, 667 p.

JACQUET (J.-M.), *Principe d'autonomie et contrats internationaux,* Economica, 1983, 342 p.

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), *L'apparence en droit international privé, Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, LGDJ, 1984, 425 p.

JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, 1928, Dalloz, rééd. par CNRS, 1984, 426 p.

KAHN (Ph.), *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, 2 t., Munich, 1928.

KAHN (Ph.) (dir.), *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. 154 et s.

KAHN-FREUND (O.), *General Problems of Private International Law*, Leiden, 1980, 336 p.

KASSIR (W.J.), *Réflexions sur le renvoi en droit international privé comparé. Contribution au dialogue des cultures juridiques nationales à l'aube du XX siècle*, LGDJ, 2002, 123 p.

KEGEL (G.) et SCHURIG (K.), *Internationales Privatrecht*, 9e éd., Munich, 2004, 1171 p.

KERCKHOVE (E.), *Particularisme et universalisme dans les conflits de lois*, 1988, Lille.

KESSLER (G.), *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, LGDJ, 2004, 464 p.

KINSCH (P.), *Le fait du prince étranger*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 240, LGDJ, 1994, 608 p.

KROPHOLLER (J.), *Internationales Einheitsrech. Allgemeine Lehre*, (Droit uniforme international. Théorie générale), Tubingen, J.C.B. Mohr, 1975, 386 p.

KOSTERS (J.) ET DUBBINK (C.W.), *Algemeen deel van het Nederlandse internationaal privaatrecht*, 1962, 936 p.

LAGARDE (P.) (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé: Actes du colloque international de La Haye* du 18 janvier 2013, Pedone, 2013, 238 p.

LAGARDE (P.) et VON HOFFMAN (B.), *L'européanisation du droit international privé*, *Pub. Académie de Trèves*, 1996, vol. 8, 188 p.

LAINE (A.), *Introduction au droit international privé*, t. I, Librairie Cotillon Paris, 1888, 440 p.

LAYTON (A.), MERCER (H.), *European Civil Practice*, 2e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2004, 2 vol., 1292 p.

LE BON (G.), *L'évolution de la matière*, Ed. Ernest Flammarion, Paris, 1905, 389 p.

LE CANNU (P.), DONDERO (B.) *Droit des sociétés*, LGDJ, 6e éd., 2015, 1080 p.

LECLERC (F.), *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (études de conflit de lois)*, Bruylant Bruxelles 1995, 776 p.

LEIBLE (S.), UNBERATH (H.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft*, 2013, 516 p.

LEMAIRE (W.L.G.), *Nederlands Internationaal Privaatrecht Hoofdlijnen*, 1968, 453 p.

LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Droit international privé*, 7e éd., Dalloz, 1959, 658 p.

LIGEROPOULO (A.), *Le problème de la fraude à la loi,* thèse, Aix, 1928, 359 p.

LITTRE (E.), *Dictionnaire de la langue française*, t. 4, Paris, Gallimard, Hachette, 1972.

LOUSSOUARN (Y.) et BREDIN (J.-D.), *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, 1033 p.

LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *Droit international privé*, 10e éd., Dalloz, 2013, 1170 p.

LOVELAND (I.), *Constitutional Law. A critical introduction*, Butterworth, London, 2000, 564 p.

MACHADO (B.), *Problemas na aplicaçao do direito estrangeiro*, B.F.D.C. 1960.

MAITLAND (F.W.), *The Forms of Actions at Common Law*, 1, éd. A.H. Chaytor & W.J. Whittaker, 1909, 1.

MAJOROS (F.), *Les conventions internationales en matière de droit privé, Abrégé théorique et traité pratique*, I, Pédone, 1976.

MARMISSE (A.), *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, Presses Universitaires de Limoges, 2000, 509 p.

MASTRULLO (T.), *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, Thèse Paris 1, PUAM, 2009, 641 p.

MATHIJSEN (P.S.R.F), *A Guide to the European Union Law*, 10e éd., Sweet&Maxwell, London, 2010, 858 p.

MAURY (J.), *L'éviction de la loi normalement compétente* : *l'ordre public et la fraude à la loi*, Valladoid, 1952, 340 p.

MAYER (P.), *Droit international privé*, 5e éd., Montchrestien, 1994, 703 p.

MAYER (P.), HEUZE (V.), *Droit international privé*, 11e éd., LGDJ, 2014, 788 p.

MAYER (P.), *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé,* coll. « Bibliothèque de droit international privé », vol. XVII, Paris, Dalloz, 1973, 244 p.

MELCHIOR (G.), *Die Grundlagen des deutchen internationalen Privatrechts*, Berlin si Leipzig, 1932, 558 p.

MENDELSSOHN-BARTHOLDY (A.), *Renvoi in modern English Law*; Scientia Verlag, 1937 rééd. 1977, 101 p.

MICHOUD (L.), *Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 2, LGDJ, 1998, 513 p.

MILLS (A.), *The Confluence of Public and Private International Law: justice, pluralism and subsidiarity in the international constitutional ordering of private law*, Cambridge University Press, 2009, 420 p.

MONEGER (F.), *Droit international privé*, 7e éd., LexisNexis, 2015, 260 p.

MORELLI (G.), *Elementi di diritto internazionale privato*, 8e éd. 1965.

MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, Paris 1948, réed. 2012, 183 p.

MUIR WATT (H.) et CAFAGGI (F.) (dir.), *Making European Private Law*, t. II, éd. Edward Elgar, 2008, 355 p.

MUIR WATT (H.), *La fonction de la regle de conflit de lois*, Université Paris II, 1985, 696 p.

NAJM (M.-Cl.), *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations, relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Dalloz Paris 2005, 705 p.

NIBOYET (J.-P.), *Traité de droit international privé français*, 3 t., 2e éd. Paris, Sirey, 1951.

NIBOYET-HOEGY (M.-L.), DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, 5e éd., LGDJ, 2015, 720 p.

NORTH (P.M.), FAWCETT (J.J.), et CARRUTHERS (J.), *Cheshire and North's Private International Law*, 13e éd., Oxford University Press, 2004, 1536 p.

NUBBAUM (A.), *Grundzüge des internationalen Privatrechts unter besonderer Berücksichtigung des amerikanischen Rechts*, Munich et Berlin 1952.

PACCHIONI (G.), *Diritto internazionale privato*, 2e éd., Padova, 1935, 442 p.

PARROT (K.), *L'interprétation des conventions de droit international privé*, Dalloz, 2006, 589 p.

PARTSCH (Ph.-E), *Le droit international privé européen. De Rome à Nice*, Bruxelles, Larcier, 2003, 500 p.

PERASSI (T.), *Diritto internazionale* (*appunti*), Roma, 1919.

PERELMAN (Ch.), *Méthodes du droit, logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1976, 193 p.

PEROZ (H.), *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, LGDJ, 2005, 326 p.

PICARD (E.), *Liban État de discorde, les fondations aux guerres*, Flammarion, 2000, 264 p.

PICONE (P.), *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en Droit International Privé*, *Rec. cours La Haye,* vol. 276, 1999.

PICONE (P.), *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, Naples, 1971.

PILLET (A.), *Traité pratique de droit international privé*, 2 vol., éd. J. Allier, 1923, 960 p.

POPA (N.), *Teoria generala a dreptului,* éd. All BECK, 5e éd., Bucarest, 2014, 272 p.

PRADEL (J.), CORSTENS (G.), VERMEULEN (G.), *Droit pénal européen*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2009, 834 p.

REMY (B.), *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, thèse Paris I, Dalloz, 2008, 466 p.

REMY-CORLAY, *Etude critique de la clause d'exception dans les conflits de lois*, Poitiers, 1997.

RIGAUX (F.), *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, 486 p.

RIGAUX (F.), *La théorie des qualifications en droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1956, 529 p.

RIGAUX (F.), *Droit international privé*, 2 t., Bruxelles, Larcier, 2e éd. 1987 (1977), 402 p.

RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., 1949, LGDJ, rééd. 2014, p. 421.

ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, 2e ed., trad. française FRANÇOIS (L.), GOTHOT (P.), coll. « Philosophie du droit», Paris, Dalloz, 1975, 174 p.

ROUBIER (P.), *Le droit transitoire, conflits de lois dans le temps*, Dalloz-Sirey, 1929-1933, rééd. 2008, 590 p.

SATCHIVI (A.), *Le déclin de l'État en droit international public*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001, 318 p.

SCELLE (G.), *Précis du droit des gens. Principes et systématique*, 2 t., Paris, Sirey, 1932, CNRS rééd. en 1 vol., 1984, 569 p.

SCHLESINGER (R.), *Formation of Contracts: A Study of a Common Core of Legal Systems*, 2 vol., Stevens & Sons, London, 1968, vol. 1-910 p. vol. 2-913-1727 p.

SCHMIDT (T.S.), *Die Sinnklausel der Rück-und Weiterverweisung in Internationalen Privatrecht nach Artikel 4 Absatz 1*, Satz 1 EGBGB, Francfort-sur-le-Main, 1998.

SCHULZ (C.), *Die Subsumtion ausländischer Rechtstatsachen*, *Schriften zum internationalen Recht*, t. 95, éd. Duncker & Humbolt, Berlin, 1997, 283 p.

SCOLES (E.F.), P. HAY (P.), BORCHERS (P.J.) and SYMEONIDES (S.C.), *Conflict of Laws*, 4e éd., St. Paul, 2004, 1565 p.

SFEIR (K.A.), *Droit international privé comparé*, t. 1, Editions juridiques Sader, 2005, 392 p.

SIEHR (K.), *Internationales Privatrecht*, C.F Müller Verlag, 2001, 648 p.

SINDRES (D.), *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, LGDJ, 2008, 356 p.

SOIRAT (F.), *Les règles de rattachement à caractère substantiel,* Paris I, 1995.

SOLENIK (D.), *L'application de la loi étrangère par les juges du fond anglais et français*, Le Manuscrit, 2006, 308 p.

SORESCU (I.), *Noul Cod Civil. Note. Corelatii. Explicatii*, C.H. Beck, 2011, 913 p.

SOULEAU-BERTRAND (M.), *Le conflit mobile*, Dalloz, 2005, 421 p.

STORY (J.), *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic*, Hilliard, Gray, 1834, 450 p.

STRÖMHOLM (S.), *Torts in the Conflict of Laws. A comparative Study*, Stockholm, 1961, 563 p.

SYMEONIDES (S. C.), *American Private International Law*, Wolters Kluwer, 2008, 376 p.

SYMEONIDES (S. C.), *Conflict of Laws*, 4e éd., St. Paul, 2004, 591 p.

TANOVICEANU (I.), *Curs de drept penal*, Bucarest, 1912, 380 p.

TAXIL (B.), *Recherches sur la personnalité juridique internationale* : *l'individu, entre ordre interne et ordre international*, Paris I Panthéon-Sorbonne, 2005, 785 p.

THEVENOZ (L.), *Trusts en Suisse: Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie*, Zurich, 2001, 400 p.

TOADER (T.), *Infractiunile prevazute in legile speciale - reglementare, doctrina, decizii ale Curtii Constitutionale, jurisprudenta*, éd. Hamangiu, Iasi, 2014, 360 p.

TOBICH (F.), *Les statuts personnels dans les pays arabes. De l'éclatement à l'harmonisation*, Éd. Presses universitaires d'Aix-Marseille Collection : Droit et religions, 2008, 354 p.

TOUSCOZ (J.), *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, LGDJ, 1964, 280 p.

TRICOT (J.), *Bibliothèque des textes philosophiques*, éd. Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1979, 227 p.

VANCEN (J.), *The Star King,* Tor Books, 1989, 240 p.

VIANGALLI (F.), *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, PUAM Aix-en-provence 2004, 515 p.

VIDAL (J.), *Essai d'une théorie générale de la fraude,* Dalloz, 1957, 481 p.

VISCHER (F.), *Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalen Privatrecht - Die Übereinstimmung der materiellen Rechtsinhalte als Voraussetzung des internationalen Privatrechts. Die Bedeutung der Äquivalenz*, Bâle, 1953, 350 p.

VON HOFFMANN (B.) et THORN (K.), *Internationales Privatrecht*, 9e éd., 2007, 568 p.

YOUNGS (R.), *English, French and German Comparative Law*, Routledge, London/New York, 2014, 701 p.

ZITELMANN (E.), *Internationales Privetrecht*, 2 t. en 4 vol., Munich et Berlin, 1912.

B. ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

AGO (R.), « Convenzione della aja sul matrimonio e questioni pregiudiziali in una recente sentenza », *Rivista* 1963, p. 3 et s.

AGO (R.), « Règles générales des conflits de lois », *Rec. cours La Haye*, vol. 58, 1936, p. 243.

AGOSTINI (E.), « Les questions préalables en droit international privé », in *Droit international et Droit communautaire*, Actes du Colloque de Paris des 5-6 avril 1990, 1991, p. 25 et s.

ANCEL (B.) et H. MUIR WATT (H.), « Aliments sans frontière », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2010, p. 457.

ANCEL (B.), « L'objet de qualification », *JDI* 1980, p. 227 et s.

ANCEL (B.), V° « Qualification », *Rép. intern. D.*, 2e éd., 1998 (actualisation 2009).

ANCEL (J.P.), « La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *in L'internationalité dans les institutions et le droit. Convergences et défis, Études offertes à A. Plantey*, Paris, Pedone. 1995, p. 59 et s.

ANCEL (M.-E.), « La protection internationale des sous-traitants », *Trav. Com. fr. dr. int. pr*, 2008-2010, p. 2 et s.

ARMIJON (P.), « La fraude à la loi en droit international privé », *JDI* 1920, p. 409 et s. et 1921, p. 62 et s.

ARMINJON (P.), « Les systèmes juridiques complexes et les conflits de lois et de juridictions auxquels ils donnent lieu », *Rec. cours La Haye*, vol. 74, 1949, p. 73 et s.

AUDIT ((B.), « Le droit international privé en quête d'universalité. Cours Général », *Rec. cours La Haye*, vol. 305, 2001, p. 1 et s.

AUDIT (B.), « Flux et reflux de la crise des conflits de lois », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1985, p. 59 et s.

AUDIT (B.), « Conflits de lois en matière de prescription extinctive d'une obligation contractuelle : renvoi de qualifications », *D.* 1994, p. 355 et s.

AUDIT (B.), « La loi et les conflits de souveraineté », *RJC*, 1984, p. 86 et s.

AUDIT (B.), « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit de lois (sur la « crise » des conflits de lois) », *Rec. cours La Haye*, vol. 111, 1984, p. 219 et s.

AUDIT (B.), « Le droit international privé à la fin du XXe siècle : progrès ou recul », *RIDC*, 1998, p. 421 et s.

AUDIT (M.), « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI* 2004 n° 35, p. 804 et s.

AVASILENCEI (C.), « La codification des conflits de lois dans le nouveau Code civil roumain : une nouvelle forme en attente d'un contentieux », *Rev. crit. dr. internat. privé,* 2012, p. 247 et s.

BADIALI (G.), « Le droit international privé des Communautés européennes », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1985, vol. 191, p. 9 et s.

BALLARINO (T.), « Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire », *Rev. crit dr. internat. privé*, 2003, p. 373 et s.

BALOGH (E.), « Le rôle du droit comparé dans le droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 057, p. 571 et s.

BARBERIS (J.A.), « Les liens juridiques entre l'État et son territoire : perspectives théoriques et évolution du droit international », *Ann. fr. dr. int.* 1999, p. 132 et s.

BARILE (G.), « La fonction historique du droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 116, 1965, p. 301 et s.

BARTIN (E.), « De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois », *JDI* 1897, p. 225 et s.

BASEDOW (J.), « Spécificité et coordination du droit international privé communautaire », *Trav. Com. fr. dr. int. pr* 2002-2004, éd. Pedone Paris 2005, p. 280 et s.

BASEDOW (J.), « The Communautarisation of the Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam », *C.M.L.Rev.*, 2000, p. 687 et s.

BATIFFOL (H.), « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 2, 1973, p. 75 et s.

BATIFFOL (H.), « Principes de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 97, 1959, p. 431 et s.

BAUER (H.), « Les traités et les règles de droit international privé matériel», *Rev. crit. dr. internat. privé* 1966, p. 53 et s.

BEAUD (O.), « Hans KELSEN : théoricien constitutionnel de la fédération », *in* HERRERA (C.M.) (dir.), *Actualité de KELSEN en France*, Bruxelles, Paris, Bruyant LGDJ, 2001, p. 54 et s.

BEHRENDT (Ch.), « La notion de « parliamentary sovereignity » en droit constitutionnel anglais : fondements, paradoxes et problèmes contemporains », *RIDC*, 2002, p. 221 et s.

BERAUDO (J.-P), V° « Trust », *Rép. intern. D.* 2012.

BERGE (J.-S.), « L'avenir communautaire du droit international privé des conflits de lois», in BERGE (J.-S.) et NIBOYET-HOEGY (M.-L.) (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 210 et s.

BERGE (J.-S.), « Le droit d'une « communauté des lois » : le front européen », *in Le droit international privé* : *esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 113 et s.

BERNARDEAU (L.), « Droit communautaire et les lois de police », *JCP* 2001, p. 1158 et s.

BERNARDEAU (L.), « Droit d'établissement et transfert du siège des sociétés », *Gaz. Pal.* 2003, p. 38 et s.

BERNSTEIN (J.J.), W.B. FREILICH (W.B.), « Griffith v. United Air Lines, Inc. : A Justification for Uncertainty », *Vill. L. Rev.*, vol. 10, 1964, p. 100 et s.

BERTONCINI (Y.), CHOPIN (T.), DULPHY (A.), KAHN (S.), MANIGAND (C.), (dir.), *Dictionnaire critique de l'Union européenne*, éd. Armand Colin, Paris, 2008, p. 413 et s.

BISCHOFF (J.-M.), « La convention de La Haye en matière d'obligations alimentaires », *JDI,* 1964, p. 759 et s.

BOELE-WOELKI (K.), R.H. VAN OOIK (R.H.), « The Communitarization of the Private International Law », *Yearbook of Private International Law*, vol. IV, 2002, p. 1 et s.

BOGDAN (M.), « Dead or Alive ? - The Status of Missing Disaster Victims in Swedish Substantive and Private International Law », *in Liber Memorialis Petar Sarcevic*, Sellier, Munich, 2006, p. 25 et s.

BOGDAN (M.), « Private International Law as Component of the Law of the Forum : General Course on Private International Law », *Rec. cours La Haye*, vol. 348, 2011, p. 9 et s.

BONELL (M. J.), « A Restatement of Principles for International Commercial Contracts: an Academic Exercise or Practical Need ? » , *Rev. Dr. Aff. Intern.*, 1988, p. 873 et s.

BORRAS (A.), « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir », *Rec. cours La Haye*, vol. 317, 2005, p. 1 et s.

BOSSE-PLATIERE (H.), « Le tourisme procréatif. L'enfant hors la loi française », 2006, *Informations sociales* CNAF, no 131 2006/3, p. 88 et s.

BOULENOUAR-AZZEMOU (M.), « Recueil légal (kafala) et droit(s) positif(s) », *Droit de la famille*, n° 1, Dossier Kafala, n° 3, 2009, p. 17 et s.

BOURGOIGNIE (T.), « Vers un Droit européen de la consommation, unifié, harmonisé, codifié ou fragmenté », *Cah. dr. eu.*, 2005, p. 153 et s.

BRILMAYER (L.), « The role of substantive and choice of law policies in the formation and application of choice of law rules », *Rec. cours La Haye*, vol. 252, 1995, p. 1 et s.

BUCHER (A.), « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 239, 1993, p. 81 et s.

BUCHER (A.), « La dimension sociale du droit international privé : cours general », *Rec. cours La Haye*, vol. 330, 2009, p. 1 et s.

BUCHER (A.), « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1993-94, p. 209 et s.

BUREAU (D.), « L'accord procédural à l'épreuve », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996, p. 587 et s.

BUREAU (D.), « L'application d'office de la loi étrangère. Essai de synthèse », *JDI* 1990, p. 317 et s.

BUREAU (D.), « Les conflits de conventions « , *Trav. Com. fr. dr. int. pr* 1998-2000, p. 201 et s.

BUSCHBAUM (M.), « La reconnaissance de situations juridiques fondées sur les actes d'état civil ? Réflexions critiques sur l'abandon de la méthode résultant des règles de conflit de lois », *D.*, 2011, p. 1094 et s.

BUSSANI (M.), MATTEI (U.), « Le fond commun du droit privé européen », *RIDC*, 2000, p. 35 et s.

BYSTRICKY (R.), « Les traits généraux de la codification tchécoslovaque en Droit international privé », *Rec. cours La Haye*, 1968, p. 409 et s.

CANIVET (G.), « L'amicus curiae en France et aux États-Unis », *RJC* nº 2, 2005, p. 102 et s.

CANIVET (G.), HUGLO (J.-G.), « L'obligation du juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts *Jeroen Van Schijndel* et *Peterbroeck* », *Europe* 1996, p. 3 et s.

CANSACCHI (G.), « Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois », *Rec. cours La Haye*, vol. 83, 1953, p. 79 et s.

CAVERS (D.F.), « Contemporary conflicts law in American perspective », *Rec. cours La Haye,* vol. 131, 1970, p. 73 et s.

CHANTELOUP (H.), « Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé », *Gaz. Pal. Rec.* 2000, p. 1715 et s.

CHARDENON (P.), « Dettes des rapatriés et nationalisations algériennes », *JDI* 1967, p. 90 et s.

CHEATHAM (E.E.), « Problems and methods in conflict of laws », *Rec. cours La Haye*, vol. 99 (1960), p. 233 et s.

CICOJ (S.), « Les droits acquis, les conflits mobiles et la rétroactivité à la lumière des Conventions de La Haye », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1978, p. 1 et s.

CONSTANTINESCO (L.J.), « La spécificité du droit communautaire», *R.T.D.Eur.*, 1966, p. 1 et s.

COPPOLA (R.), « Osservazioni sui l'accordo di modificazioni del Concordato lateranense », *Diritto di Famiglia e delle persone*, 1984, p. 697 et s.

CORNELOUP (S.), « L'application de la loi étrangère », *RIDC*, n° 2, 2014, p. 363 et s.

CORNELOUP (S.), « La responsabilité du fait des produits », *in Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, CORNELOUP (S.) et JOUBERT (N.) (dir.), LexisNexis, Litec, 2008, p. 85 et s.

CORNELOUP (S.), « Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé », *Trav.com. dr. int. pr.*, 2010-2012, p. 189 et s.

COURBE (P.), « Divorce et conflit mobile », *in Mélanges dédiés à D. Holleaux*, 1990, Litec, p. 69 et s.

COURBE (P.), « L'ordre public de proximité », *in Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p 227 et s.

COWAN (Th.A.), « Renvoi does not involve logical fallacy », *University of Pennsylvania Law Review*, 1938, vol. 87, n° 1, p. 34 et s.

D'OLIVEIRA (H.U.J.), « The EU and a Metamorphosis of Private International Law », *in Reform and Development of Private International Law, Essays in honor of Sir P. North*, Oxford University Press and Contributors, New York, 2002, p. 119 et s.

DAVID (C.), « Impôts », *Rép. intern. D.* 1998 (actualization 2016).

DAVIES (D.J.L.), « Règles générales des conflits de lois », *Rec. cours La Haye*, vol. 62, 1937, p. 423 et s.

DE BOER (Th.M.), « Facultative Choice of Law: the procedural status of choice-of-law rules and foreign law », *Rec. cours La Haye*, vol. 257, 1996, p. 223 et s.

DE BOER (Th.M.), « Forum Preferences in Contemporary European Conflicts Law: The Myth of a Neutral Choice », *in Festschrift für Erik Jayme*, éd. Sellier München 2004, p. 51 et s.

DE BURCA (G.C.P.), *EU Law. Text, Cases and Materials*, 6e éd., Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 301

DE LA PRADELLE (G.), « La fraude à la loi », *Trav. com. fr. dr. intern. privé* 1972-1973, p. 122 et s.

DE NOVA (R.), « Historical and comparative introduction to conflict of laws », *Rec. cours La Haye*, vol. 118, 1966, p. 435 et s.

DE NOVA (R.), «Les systèmes juridiques complexes en droit international privé», *Rev. crit. dr. internat. privé,* 1955, p. 1 et s.

DE SLOOVERES (F.J.), « The Local Law Theory and Its Implications », *Harvard Law Revue*, 1928, vol. 41, p. 451 et s.

DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), « L'exception d'ordre public et la régularité substantuielle internationale de al loi étrangère », *Rec. cours La Haye*, vol. 375, 2014, p. 153 et s.

DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. dr. internat. privé* 2011, p. 207 et s.

DE YANGUAS MESSIA (J.), « Les tendances autonomistes contemporaines en droit international privé », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, vol. I, Dalloz Paris, 1960, p. 567 et s.

DEGAN (V.-D.) « Disparition de l'État », *Rec. cours La Haye*, vol. 279, 1999, p. 280 et s.

DELANOY (L.-Chr.), « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Rev. arb.* 2007, p. 177 et s.

DELAPORTE (V.), V° « Forme des actes », *Rép. intern. D.* 2001 (actualisation 2013).

DEVERS (A.) et M. FARGE (M.), « Le nouveau droit international privé du divorce - À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce », *JCP* n° 26, 25 Juin 2012, p. 778 et s.

DIAMOND (A. L.), « Conventions and their Revision », *in* SAUVEPLANNE (J. G.) (dir.), *Unification and the Comparative Law in Theory and Practice*, Boston, Kluwer, 1984, p. 45 et s.

DOGAUCHI (M.), « Four-step analysis of private international law », *Rec. cours La Haye*, vol. 315, 2005, p. 1 et s.

DÖLLE (H.), « De l'application du droit étranger par le juge interne », *Rev. crit. dr. internat. privé,* 1955, p. 237 et s.

DÖLLE (H.), « Über die Anwendung ausländischen Rechts », *Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft* 1956, p. 50 et s.

DOMKE (M.), « La législation allemande sur les devises en Droit international privé », *JDI*, 1937, p. 226 et s.

DOMKE (M.), « Nouveaux aspects des restrictions de transfert en droit interantional privé », *JDI*, 1937, p. 990 et s.

DRAGO (R.), « Droit comparé », *in Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Quadrige-Lamy, PUF, Paris, 2003, II, p. 45 et s.

DROZ (G.), « L'activité notariale internationale », *Rec. cours La Haye*, vol. 280, 1999, p. 1 et s.

DROZ (G.A.L.), « Regards sur le droit international privé comparé », vol. 229, *Rec. cours La Haye*, p. 9 et s.

DROZ (G.A.L.), *J.-Cl. int.,* 1968, fasc. 557-30.

DUBOS (O.), « L'Union européenne: sphynx ou énigme ?», *in Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Les dynamiques du Droit européen en début de siècle*, Ed. A. Pedone, Paris, 2004, p. 29 et s.

DUBOS (O.), *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, « NBT », vol. 4, Dalloz Paris, 2001, XI-1015 p.

DUBOUIS (L.), « Directive communautaire et la loi française : primauté de la directive et respect de l'interprétation que la Cour de justice a donné à ses dispositions», *RDFA*, n° 3, mai-juin, 1992, p. 425 et s.

DUPONT (N.), « Le relevé d'office dans le cadre de l'action en suppression de clauses abusives engagée par une association de consommateurs », *JCP E* n° 47, 20. 2014. 1591.

EEK (H.), « Peremptory norms and private international law », *Rec. cours La Haye*, vol. 139, 1973, p. 1 et s.

EHRENZEWEIG (A.A.), « Local and Moral Data in the Conflict of Laws : Terra Incognita », *Buffalo L. Rev.*, vol. 18, 1966, p. 55 et s.

EHRENZWEIG (A.A.), « Specific Principles of Private Transnational Law », *Rec. cours La Haye*, vol. 124, 1968, p. 167 et s.

ELHOUEISS (J.-L.), « *Retour sur la qualification lege causae en droit international privé* », *JDI* 2005, p. 280 et s.

ERWIN (M.), GRISWOLD (E.), « Renvoi Revisited », *Harvard Law Review*, t. 81, p. 1165 et s.

ESCALONA (N.M.), « Reconnaissance et efficacité de la kafala marocaine dans l'ordre juridique espagnol », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2015 p. 89 et s.

EVRIGENIS (D.J.), « Tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 118, 1966, p. 313 et s.

FALLON (M.), « La théorie de l'adaptation au secours de l'ordre public dans les adoptions internationales », *Rev. trim. dr. fam*. 1983, 133 et s.

FALLON (M.), « Les conflits de lois et de juridictions dans l'espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne », *Rec. cours La Haye*, vol. 253, 1995, p. 1 et s.

FALLON (M.), « Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé », *in Mélanges F. RIGAUX*, Bruxelles, éd. Bruylant, 1993, p. 187 et s.

FAUVARQUE-COSSON (B.), « Comparative Law and Conflict of Laws : Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple », *A.J.C.L.*, 2001, vol. 49, p. 407 et s.

FAUVARQUE-COSSON (B.), « Le juge français et le droit étranger », *D.*, 2000, n° 8, p. 25 et s.

FAWCETT (J.-J.), « Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law », *C.L.J.* 1990, p. 50 et s.

FEDOZZI (P.), « De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public », *Rec. cours La Haye*, vol 141, 1929, p. 141 et s.

FENTIMAN (R.), « Foreign Law in English Courts », *LQR,* 1992 , vol. 108, p. 143 et s.

FERRERA-CORREIA (B.), « La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales », *in Mélanges W. Wengler*, 1973, t. II, p. 285 et s.

FOUCHARD (Ph.), « 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.

FOYER (J.), « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », *Rec. cours La Haye*, vol. 193, 1985, p. 9 et s.

FR. LORCERIE, Sl. BARIKI, Fr. BRUSCHI, (dir.), « 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 et s.

FRANCESCAKIS (Ph.), « Les questions préalables de statut personnel dans le droit de la nationalité », *RabelsZ*, 1958, p. 466 et s. et *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1963, p. 866 et s.

FRANCESCAKIS (Ph.), « Problèmes du droit international privé de l'Afrique noire indépendante », *Rec. cours La Haye*, vol. 112, 1964, p. 269 et s.

FRANCESKAKIS (Ph.), « Quelques précisions sur « les lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles des conflits de lois », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1966, p. 1 et s.

FREESTONE (D.), « The Supremacy of Community Law in National Courts », *M.L.R.,* n° 2, p. 220 et s.

FREYRIA (Ch)., « La notion de conflit de lois en droit public », *Trav. Com. fr. dr. int. pr*, 1962-64, p. 103 et s.

FULCHIRON (H.), « Adoption sur kafâla ne vaut », *D.,* 2007, *chron*. p. 816 et s.

FULCHIRON (H.), « Le droit français et les mariages homosexuels étrangers », *D.* 2006, p. 1253 et s.

FULCHIRON (H.), « 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, p. 7 et s.

FULCHIRON (H.), « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », *JDI* 2000, p. 889 et s.

FULLI-LEMAIRE (S.), D. ROJAS-TAMAYO (D.), « France », *in* ESPLUGUES (C.), IGLESIAS (J. L.), PALAO (G.)(dir.), *Application of the foreign law*, Sellier. Européen Law publishers GmbM, 2011, p. 196 et s.

FUMAGALLI (L) « EC Private International Law and the Public Policy Exception - Modern Features of a Traditional Concept », *YPIL*, 2004, p. 171 et s.

GANNAGE (I.), « La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation », *in Liber amicorum Calay-Auloy*, 2004, Dalloz, p. 437 et s.

GAUDEMET-TALLON (H.), « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé », *in Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2004, p. 303 et s.

GAUDEMET-TALLON (H.), « Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général », *Rec. cours La Haye*, vol. 312, 2005, p. 1 et s.

GAUDEMET-TALLON (H.), « Les sources internationales du droit international privé devant le juge français. Quelques réflexions », *in Le juge entre deux millénaires, Mélanges offertes à P. Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 572 et s.

GIHL (T.), « Lois politiques et droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 83, 1953, p. 163. et s.

GIVORD (F.), « Les dettes des rapatriés, le droit et l'équité », *D.* 1968, chr. II, p. 15 et s.

GODECHOT-PATRIS (S.), « Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes », *Rev. crit. dr. internat. privé.*, 2010 p. 271 et s.

GOLDMAN (B.), « Frontières du droit et lex mercatoria », *Archives de philosophie du droit*, 1964, vol. IX, p. 177.

GOLDMAN (B.), « Nouvelles Réflexions sur la *Lex Mercatoria* », *in Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt, 1993, p. 241 et s.

GOLDRING (J.), « Globalisation, National Sovereignty and the Harmonisation of Laws », *Rev. Dr. Uniforme* 1998, p. 435 et s..

GOLDSCHMIDT (W.), *Sistema y Filosofia del Derecho International Privado*, t. 1, 2e éd. Buenos Aires, Ed. Juridicas - Europa-América, 1954, p. 233 et s.

GOLMAN (B.), « Frontières du droit et lex mercatoria », *APD*, 1964, 9, p. 177 et s.

GOUTTENOIRE (A.), LAMARCHE (M.), « La recherche d'équivalent : l'autorité parentale », *Dr. fam.* 2009. 9.

GRARD (L.), « La communautarisation de « Bruxelles I » », *RGDIP* 2013, t. 117, n° 3, p. 530 et s.

GRAULICH (P.), « Conflits de lois dans le temps », *Rép. intern. D.*, 1970.

GRAULICH (P.), « La signification actuelle de la règle de conflit », *in Mélanges Weill*, 1983, p. 295 et s.

GRAULICH (P.), V° « Conflit de lois dans le temps », *Rép. intern. D.* 1968.

GRAVESON (R.), « The Inequality of the Applicable Law », *BYIL*, t. 51, 1980, p. 236 et s.

GRUBER (U.P.) et BACH (I.), « The Application of Foreign Law : A Progress Report on a New European Project », *YPIL*, Vol. XI (2009), p. 157-169.

GUILLAUME (F.), « Incompatibilité du trust avec le droit suisse ? Un mythe s'effrite », *RSDIE* 2000 p. 1 et s.

GUILLAUME (F.), « *Lex sociÉtatis*. Principe de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privés suisse », *Etudes suisses de droit international*, vol. 116, Shultess, 2001, p. 135 et s.

GUILLAUME (F.), « *Trust*, réserves héréditaires et immeubles », *AJP*, 1/2009, p. 34 et s.

GUILLIEN (R.), « Droit public et droit privé », *in Mélanges Brèthe de La Gressaye*, 1967, p. 311 et s.

HAAZEN (O.A.), « Comparative Law and Economies en het Europees privaatrecht als ongemengd rechtsstelsel », *NJB*, 1998, p. 1227 et s.

HABU GROUD (T.), « L'exception d'équivalence dans la méthode des conflits de lois », *Gaz. Pal.* 12-13 déc. 2001, p. 22 et s.

HALPERIN (J.-L.), « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIXe siècle », *Droits*, vol. 33, 2001, p. 41 et s.

HAMBRO (E.), « The relations between international law and conflict law », *Rec. cours La Haye*, vol. 105 (1962), p. 1 et s.

HAMMJE (P.), « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit privé », *D.* 2005, p. 365 et s.

HAMMJE (P.), « L'ordre public de rattachement », *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, Séance du 23 novembre 2007, Années 2006-2007 et 2007-2008, Editions Pedone, Paris 2009, p. 154 et s.

HAMMJE (P.), « Le nouveau Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2011, p. 291 et s.

HANOTIAU (B.), « L'arbitralité », *Rec. cours La Haye,* vol. 296, 2002, p. 1 et s.

HASSLER (Th.), « La crise d'identité des droits de la personnalité », *LPA* 2004, nº 24, p. 3-11.

HARRISON (F.), « Le droit international privé ou le conflit de lois au point de vue historique, particulièrement en Angleterre », *JDI*, 1880, IX–X, p. 419 et s.

HARTLEY (T.C.), « Pleading and Proof of Foreign Law : The Major European Systems Compared », *ICLQ*, 1996, p. 272 et s.

HARTLEY (T.C.), « The Modern Approach to Private International Law : International Litigation and Transactions from a Common-Law Perspective », *Rec. cours La Haye*, vol. 319, 2006, p. 1 et s.

HAUSMANN (R.), « Pleading and Proof of Foreign Law - a Comparative Analysis », *The European Legal Forum*, 1-2008, p. I-2 et s.

HAY (P.), « Flexibility versus predictability and uniformity in choice of law : reflections on current European and United States conflicts law », *Rec. cours La Haye*, vol. 226, 1991, p. 282 et s.

HONKA (H.), « Harmonization of Contract Law Through International Trade: a Nordic Perspective », *Tul. Eur. & Civ. L. F.* 1996, p. 111 et s.

IDOT (L.), « L'incidence de l'ordre juridique communautaire sur le droit international privé », *in Droit communautaire et le droit international privé, Actes de colloque de Toulouse*, *LPA*, n° spécial, 2002, p. 120.

JACQUET (J.-M.), « La fonction supranationale de la règle de conflit de lois », *Rec. cours La Haye*, vol. 292, 2001, p. 1 et s.

JAFFRELOT (Ch.), « L'État face aux communautés », *in Cultures et Conflits: L'État face aux communautés*, n° 15 1994, p. 16 et s.

JAULT-SESEKE (F.), « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », *Rev. crit. dr. internat. privé* 2005, p. 253 et s.

JAULT-SESEKE (F.), « Panorama de droit international privé 2010 », *D.* 2011, p. 1374 et s.

JAULT-SESEKE (F.), FRANCQ (S.), « Les lois de police, une approche de droit comparé », *in Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Credimi, Litec, 2011, p. 357 et s.

JAYME (E.) et KOHLER (C.), « L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1995, p. 1 et s.

JAYME (E.), « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *Rec. cours La Haye*, vol. 251, 1995, p. 1 et s.

JEAMMAUD (A.), « Unification, Uniformisation, Harmonisation », *in Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 35 et s.

JENTERA-JAREBORG (M.) « Foreign Law in National Courts, A comparative Perspective », *Rec. cours La Haye*, vol. 204, 2003, p. 1 et s.

JORGE (M.), « La loi étrangère devant le juge du fond: office du juge et substitution », *LPA*, 26 juillet 2000, n° 148.

JOSSELIN-GALL (M.), « 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 et s.

JOSSELIN-GALL (M.), « Pacte civil de solidarité. Quelques éléments de droit international privé », *JCP* éd. Not. 2000, *chron*. p. 489 et s.

JUENGER (F. K.), « Forum shopping », *RabelsZ*, vol. 45, 1982, p. 708 et s.

JUENGER (F. K.), « General course on private international law », *Rec. cours La Haye,* vol. 193, 1985, p. 119 et s.

KAHN-FREUND (O.), « General problems of private international law », *Rec. cours La Haye*, vol. 143, 1974, p. 139 et s.

KAMDEM (I. F.), « Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », *U.L.R.*, 2008, vol. 13, p. 709 et s.

KARYDIS (G.), « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire un concept à contenu variable », *R.T.D.Eur.*, 2002, p. 1 et s.

KEGEL (G.), « The crisis of conflict of laws », *Rec. cours La Haye*, vol. 112, 1964, p. 91 et s.

KENFACK (H.), « Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation? », *JDI* 2009, 1 et s.

KELSEN (H.), *Lettre*, *AIDI*, vol. 47 II, 1957., vol. 47 II, 1957.

KESSEDJIAN (C.), « Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 300, 2002, p. 79 et s.

KNOEPFLER (F.) et SCHEIZER (Ph), « La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale) », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1988, p. 233 et s.

KNOFFEL (S.), « EC Legislation on Conflicts of Laws : Inrerractions and incompatibilities between Conflict Rules », *ICLQ,* vol. 47, no 2,1998, p. 439 et s.

KREUZER (K.), « La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives », *in Unifier le droit: rêve impossible ?*, *Global Law*, 2001, p. 98 et s.

KRINGS (E.), « L'opportunité de juridictions supranationales pour l'interprétation des lois nationales », *Rev. Dr. Uniforme*, 1998, p. 525 et s.

KRONSTEIN (H.), « Crisis of Confict of Laws », *Georgetown L. Rev.*, 1948, p. 483 et s.

LABORDE (J.-P.), « L'interprétation de la loi étrangère par le juge français. D'une interprétation introuvable à une interprétation retrouvée ?», *in Interpréter et Traduire*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 273 et s.

LABREGERE (Ph), « Les fonctions du magistrat de liaison et ses rapports avec les autres organes de coopération », *in Vers un espace judiciaire pénal européen*, DE KERCHOVE (G.), WEYEMBERG (A.) (dir.), Institut d'études européens, Université de Bruxelles, 2000, p. 101 et s.

LAGARDE (P.), « La méthode de la reconaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *Rec. cours La Haye*, vol. 371, 2014, p. 9-42.

LAGARDE (P.), « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1960, p. 459 et s.

LAGARDE (P.), « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », *in Mélanges Rigaux*, 1993, p. 263 et s.

LAGARDE (P.), « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 196, 1986, p. 9 et s.

LAGARDE (P.), « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois (à propos de l'arrêt Hocke de la section commerciale du 4 mars 1963)? », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1964, p. 235 et s.

LAGARDE (P.), « Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des conventions de droit international privé », *in Mélanges à von Overbeck*, ed. Université Fribourg, 1990, p. 511 et s.

LAGARDE (P.), V° « Questions préalables », *Rep. Intern. D.* 1998.

LAGARDE (P.), « L'européanisation du droit international privé - Conflits de lois », rapport publié sur http://www.ejtn.eu/pagefiles/6333/rapport_vienne_lagarde.pdf.

LALIVE (P.), « Droit public étranger et ordre public suisse », éd. Eranion Maridakis, Athènes, 1964, p. 189 et s.

LALIVE (P.), « L'application du droit public étranger », Rapport préliminaire et rapport définitif avec projets de-résolutions, *AIDI*, session de Wiesbaden, vol. 56, 1975, p. 171 et s.

LALIVE (P.), « Le droit public étranger et le droit international privé », *Trav. Com. fr. dr. int. pr*, 1973-1975, p. 215 et s.

LALIVE (P.), « Sur l'application du droit public étranger », *Annuaire suisse de droit international*, 1971, p. 103 et s.

LALIVE (P.), « Tendances et méthodes en droit international privé : cours général », *Rec. cours La Haye*, vol. 155, 1977, p. 3 et s.

LARDEUX (G.), « La reconnaissance du statut de règle de droit à la règle de conflit de lois », *D.,* 2003, p. 1513 et s.

LAURIN (Y.), « L'*amicus curiae* », *JCP* 1992, 1. 3603, p. 348.

LAURIN (Y.), « La notion d'*amicus curiae* », *Gaz. Pal.*, 1988, p. 700 et s.

LEBEN (Ch.), « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *in L'Europe et le droit, Droits*, n° 14, p. 60 et s.

LEGRAND (P.), « European Legal Systems Are Not Converging », *ICLQ,* vol. 45, n° 1, 1996, p. 52 et s.

LEMONTEY (J.), ANCEL (J.-P.), « André A. PONSARD. Un internationaliste à la Cour de Cassation », *in La Cour de cassation, l'Université et le Droit, Etudes en l'honneur de A. Ponsard*, Paris, Litec, 2003, p. 207 et s.

LEMONTEY (J.), REMERY (J.P.), « La loi étrangère dans la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation », *in Rapport de la Cour de cassation*, 1993, *Doc. fr.*, Paris, 1994, p. 81 et s.

LEQUETTE (Y.), « De l'utilitarisme en droit international privé conventionnel de la famille », *Mélanges Yvon Lousouarn*, Litec, 1990, p. 245 et s.

LEQUETTE (Y.), « Ensembles législatifs et droit international privé des successions », *Trav. Com. fr. dr. int. pr*, 1983-1984, p. 163 et s.

LEQUETTE (Y.), « L'abandon de la jurisprudence *Bisbal* (à propos des arrêts de la première chambre civile des 11 et 18 oct. 1988) », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, p. 298 et s.

LEQUETTE (Y.), « Le renvoi de qualifications », *in Mélanges dédiés à Dominique HOLLEAUX,* Litec, 1990. p. 249 et s.

LEQUETTE (Y.), « Protection familiale et protection étatique des incapables », *D.*, Bibliothèque de Droit international privé, vol. XX, 1976, p. 226 et s.

LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), « Intervention », *Trav. Com. fr. dr. int. pr.,* 1948-1952, p. 35 et s.

LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), « Observations sur la question du renvoi », *JDI* 1924, p. 877 et s.

LEWALD (H.), « Conflits de lois dans le monde grec et romain», *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1968, p. 419 et s.

LEWALD (H.), « Questions de droit international des successions », *Rec. cours La Haye*, vol. 9, 1925, p. 1.

LEWALD (H.), « Règles générales des conflits de lois - Contribution à la technique du droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 69, 1939, p. 1 et s.

LIBCHABER (R.), « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX siècle*, REVET (T.) (dir.), Paris, Dalloz, 1996, p. 65 et s.

LIPSTEIN (K.), « The general principles of private international law », *Rec. cours La Haye*, vol. 135, 1972, p. 195 et s.

LOPEZ (M.), « La cuestión incidental en derecho internacional privado », *REDI* 1956, p. 25 et s.

LOQUIN (E.), « Les sources du droit mondialisé ». *Droit et Patrimoine*, n° 96, septembre 2001, p. 78 et s.

LOQUIN (E.), « Où en est la *lex* ? Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI », *Mélanges en l'honneur de PHILIPpe Khan*, Paris, Litec (Université de Bourgogne - CNRS. Travaux du Credimi), 2000, p. 23 et s.

LORD GOFF OF CHIEVELEY, « The Role of the Judges in England », *RabelsZ.*, 1994, p. 443 et s.

LOUIS-LUCAS (P.), « Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois ? », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1959, p. 405 et s.

LOUIS-LUCAS (P.), « La fraude à la loi étrangère », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1962, p. 1 et s.

LOUIS-LUCAS (P.), « Qualification et répartition », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1957, p. 458 et s.

LOUSSOUARN (Y.), « Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 139, 1973, p. 269 et s.

LOUSSOUARN (Y.), « L'incidence des Communautés européennes sur la conception française du droit international privé », *R.T.D.Eur.*, 1974, p. 708 et s.

LOUSSOUARN (Y.), « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *Trav. Com. fr. dr. int. pr* 1980-1981, t. 2, éd. du CNRS, p. 45 et s.

LOUSSOUARN (Y.), « Le sort du passif des entreprises françaises victimes des mesures de dépossession algériennes », *JCP* 1968. 1. 2140.

LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.), « L'adoption en droit international privé », *J.-Cl.dr.int.*, Fasc. 548-B, n° 113.

LOWENFELD (A.), « International litigation and the quest for reasonableness : general course on private international law », *Rec. cours La Haye*, 1994, vol. n° 245, p. 1 et s.

MACDONALD (K.), « The Reform of Procédures for Dealing with Foreign Evidence : A Practitioner's Agenda », *in Dealing with European Evidence : Practical Refoems Needed to Improve Mutual Assistance*, Travaux d'ERA et CPS Conférence,18-20 nov. 2004.

MAKAROV (A.), « Les cas d'application des règles de conflit étrangères », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1955, p. 431 et s.

MAKAROV, « Règles générales du droit de la nationalité », *Rec. cours La Haye*, vol. 74, 1949, p. 269 et s.

MALAURIE (Ph), « L'équivalence en droit international privé », *D.* 1962, p. 215 et s.

MANN (F.A.), « The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years », *Rec. cours La Haye*, vol. 186, 1984, p. 9 et s.

MANN (F.A.), « The time element in the conflict of laws », *The British Yearbook of International Law*, 1954, p. 217 et s.

MARIDAKIS (G.S.), « Introduction au droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 105, 1962, p. 375 et s.

MAURY (J.), « L'arrêt Nottebohm et la condition de nationalité effective », *Festgabe fur MAKAROV*, p. 515 et s.

MAURY (J.), « La condition de la loi étrangère en droit français », *Trav. Com. fr. dr. int. pr.,* 1948-1952, p. 97 et s.

MAURY (J.), « Règles générales des conflits de lois », *Rec. cours La Haye*, vol. 57, 1936, p. 325 et s.

MAYER (P.), « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1979, p. 1 et s.

MAYER (P.), « L'office du juge dans le règlement des conflits de lois », *Trav. Com. fr. dr. int. pr.,* Paris, 1975-1977, p. 244 et s.

MAYER (P.), « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits,* vol. 2, 1985, p. 129 et s.

MAYER (P.), « Le rôle du droit public en droit international privé », *RIDC*, 1986, p. 467 et s.

MAYER (P.), « Les lois de police étrangères », *JDI*, 1981, p. 277 et s.

MAYER (P), « Les procédés de preuve de la loi étrangère « , *in Le contrat au début du XXI siècle*, Etudes offertes à GHESTIN (J.), *LGDJ*, 2001, p. 617 et s.

MCCLEAN (D.), « De *conflictu legum* : perspectives on private international law at the turn of the century ; general course on private international law », *Rec. cours La Haye*, vol. 282, 2000, p. 1 et s.

MCCOMISH (J.), « Pleading and Probing Foreign Law in Australia », *Melb.U.L. Rev.*, 2007, t. 31, p. 415 et s.

MEIJERS (E.M.), « La question du renvoi », *Bulletin de l'Institut juridique international*, 1938, t. 38, p. 191 et s.

MELIN (F.), « La Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger : constat d'un échec », *LPA*, 1999, p. 9 et s.

MEZGER (E.), « Les conventions de La Haye sur la loi applicable et la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligation alimentaire envers les enfants », *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, Paris, 1958-1959, p. 123 et s.

MONEGER (F.), « 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 et s.

MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.), « Le relevé d'office en droit de la consommation interne et communautaire », *CCC* n° 7, 2013, étude 9 ;

MOTULSKY (H.), « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », *in Mélanges SAVATIER*, p. 682 et s.

MOTULSKY (H.), « L'office du juge et la loi étrangère », *in Mélanges MAURY*, t. I, p. 337 et s.

MOTULSKY (H.), « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.,* 1964, *chron.* p. 243 et s.

MOULY (J.), « La « délocalisation procréative » : fraude à la loi ou habileté permise? », *D.* 2014, p. 2419 et s.

MUIR WATT (H.), « Aspects économiques du droit international privé : (réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) », *Rec. cours La Haye*, vol. 307, 2004, p. 1 et s.

MUIR WATT (H.), « L'affaire Lloyd's : globalisation des marchés et contentieux contractuel », *Rev. crit. dr. internat. privé* 2002, p. 509 et s.

MUIR WATT (H.), « La revendication internationale des biens culturels : à propos de la décision américaine « Église Autocéphale » », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1992, p. 1 et s.

MUIR WATT (H.), « Les péripéties internationales de l'article 12 du nouveau code de procédure civile 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*, 2001, Dalloz, p. 235 et s.

MUIR WATT (H.), « Loi étrangère », *Rép. intern. D.* 2009 (actualisation 2014).

MUIR WATT (H.), « Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1986, p. 425 et s.

MUIR WATT, (H.) « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois ?) », *Archives de philosophie du droit*, 41, 1997, p. 207 et s.

MURAT (P.), « Le refus de la transformation en adoption », *Droit de la famille* n° 1, dossier Kafala, n° 8, 2009, p. 37 et s.

NIBOYET (J.-P.), « Froland, les conflits de qualification et la question du renvoi », *Rev. crit. dr. internat. privé,* 1926, p. 1 et s.

NIBOYET (J.-P.), « La fraude à la loi en droit international privé », *RDILC* 1926, p. 488 et s.

NIBOYET (M.-L.), « La mise en œuvre du droit international privé conventionnel, incidence du droit des traités sur les pouvoirs du juge », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 313 et s.

NIBOYET (M.-L.), V° « Contrats internationaux », *J.-Cl. int. D.*, Fasc. 552-20.

NIBOYET-HOEGY (M.-L.), SINOPOLI (L.), « L'exequatur des jugements étrangers en France : étude de 1.390 décisions inédites (1999-2001) », *Gaz. Pal.* 2004, n° spécial 168 à 169.

NOURISSAT (C.), « Le champ d'application du règlement Rome II », *in Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, CORNELOUP (S.) et JOUBERT (N.) (dir.), LexisNexis, Litec, 2008, p. 13 et s.

NUSSBAUM (A.), « Principles of Private International Law », *Cambridge University Press*, 1943, p. 35 et s.

OUBROU (T.), « La kafala et la sharia », *Droit de la famille*, n° 1, Dossier Kafala, n° 2, 2009, p. 10 et s.

PARISOT (V.), « Conflits internes de lois », *Rép. intern. D.* 2015.

PARRA-ARANGURREN (G.), « General course of private international law : selected problems », *Rec. cours La Haye*, vol. 210, 1988, p. 9 et s.

PELLET (A.), « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, éd. Academy of Européen Law, 1997, vol. V-2, p. 193, spéc. p. 231 et s.

PEROZ (H.), « La filiation de l'enfant de statut prohibitif », *Droit de la famille*, n° 7-8, 2009, *chron*. n° 26, p. 9 et s.

PERROUD (J.), « La fraude à la loi en droit international privé », *JDI* 1926, p. 23 et s.

PHILIP (A.), « General course on private international law », *Rec. cours La Haye*, vol. 160, 1978, p. 1 et s.

PHILONENKO (N.), « De la prescription extinctive en droit international privé », *JDI* 1936, p. 259 et s.

PICARD (E.), « Le Liban dix ans après la guerre », *Maghreb-Machrek monde arabe*, n° 169, juillet-septembre, 2000.

PICONE (P.), « La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia », *La riforma italiana*, préc., p. 103 et s.

PICONE (P.), « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé : cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 276, 1999, p. 1 et s.

PILLET (A.), « Théorie continentale des conflits de lois », *Rec. cours La Haye*, vol. 2, 1924, p. 467 et s.

PLAZY (J.-M.), « La recherche d'équivalent : la tutelle », *Dr. fam.*, n° 1, Dossier Kafala, 2009, n°9.

POCAR (F.) « Remarques la coopération judiciaire en matière civile dans la communauté européenne», *Mélanges en honneur de B. Dutoit*, Librairie DROZ, Genève, 2002, p. 221 et s.

POILLOT-PERUZZETTO (S.), « Ordre public et droit communautaire (en hommage au Doyen Boyer) », *D*. 1993, p. 177 et s.

PONSARD (A.), « L'office du juge et l'application du droit étranger », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1990, p. 607 et s.

PRUDHOMME (A.), « Le droit international privé dans son développement moderne », *JDI,* 1930, p. 932 et s.

QUERMONNE (J.-L.), « Existe-t-il un modèle politique européen », *RFSP* 1990, p. 192 et s.

RAAPE (L.), « Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 050, 1934, p. 401 et s.

RAAPE (L.), « Standinger », comm. *Einfühnmgsgesetz zum BGB*., p. 25 et s.

RABATEL (B.), « Les «magistrats de liaison » : leur rôle dans la coopération judiciaire internationale et dans le domaine du droit comparé », *in Dixième anniversaire de la fonction du magistrat de liaison au Ministère de la justice*, 22 déc. 2003.

RABEL (E.), « Das Problem der Qualifikation », *RabelsZ*, 1931, t. I, p. 63 et s.

RABEL (E.), « Le problème de la qualification », *Rev. crit. dr. internat. privé,* 1933, p. 1 et s.

RADICATI DI BROZOLO (L.), « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaires ? », *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003, p. 8 et s.

RALSER (E.), « Pluralisme juridique et droit international privé », *RRJ* 2003, nº 4, p. 2576 et s.

RAYNAUD (J.), « Le droit à l'indemnité de l'agent commercial dans le contrat international, L'influence des lois de police communautaires », *JCP* 2001, p. 13 et s.

REESE (W.), « Discussion of mayor areas of choice of law », *Rec. cours La Haye*, vol. 111, 1964, p. 311 et s.

REMIEN (O.), « European Private international Law, the European Community and Its Emerging Area of Freedom, Security and Justice », *C.M.L.Rev.*, 2001, p. 53 et s.

REMY-CORLAY (M.), « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2003, p. 37 et s.

REVILLARD (M.), « Le pacte civil de solidarité en droit international privé », *Defrénois* 2000, p. 337 et s.

REVILLARD (M.), « Consul (Attributions) », *Rép. intern. D.* 2006 (actualisation 2016).

RIGAUX (F.), « Droit économique et conflit de souverainetés », *RabelsZ*, vol. 52, 1988, p. 108 et s.

RIGAUX (F.), « L'article 34 du Concordat du Latran et le droit international », *Mélanges Wdgnon* (1976), p. 395 et s.

RIGAUX (F.), « Le conflit mobile en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 117, 1966, p. 329 et s.

RIGAUX (F.), « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours générale de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 213, 1989, p. 9 et s.

RODGER (B.), VAN DOORN (J.), « Proof of the Foreign Lam : The impact of the London Convention », *ICLQ* , nº 46, 1997, p. 157 et s.

RODRIGUEZ (A.), « Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public international », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1972, p. 369 et s.

RUDE-ANTOINE (E.), « 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

SACCO (R.), « Legal Formants : A Dynamic Approch to Comparative law », *Am. J. Com. L.*, 1991, p. 1 et s.

SALCEDO (J.A.C.), « Le renouveau du particularisme en droit international privé », *Rec. cours La Haye,* vol. 160, 1978, p. 181 et s.

SALCEDO (J.A.C), « Observations », *in L'égalité de traitement entre la lex fori et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé*, *AIDI* 1989, vol. 63-I, p. 245 et s.

SANA-CHAILLE DE NERE (S.), « Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois? Les questions préalables », *in Colloque Paris Descartes* du 14 Mars 2014.

SCHMIDT (T.S.), « The incidental question in private international law », *Rec. cours La Haye,* vol. 233, 1992, p. 305 et s.

SCHMITTHOFF (C. M.), « The Unification or Harmonization of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions », *Ann. UNIDROIT*, 1967-1968, p. 93 et s.

SCHULTZ (J.C.), « Les lois de police étrangères », *Trav. com. fr. int. pr.*, 1982-1983, p. 39 et s.

SCHWIND (F.), « Aspects et sens du droit international privé : cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 187, p. 9 et s.

SIMON-DEPITRE (M.), « Les aliments en droit international privé », *Trav. Com. fr. dr. int. pr*, 1973-1975, p. 39 et s.

SIMON-DEPITRE (M.), « Les règles matérielles dans le conflit de lois », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1974, p. 591 et s.

SIMONET (M.), « L'étranger entre deux droits: les facteurs d'adhésion des populations étrangères aux systèmes judiciaire et juridique français », *in* Ph. KAHN (Ph.) (dir.), *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 et s.

SPERDUTI (G.), « Droit international privé et droit public étranger », *JDI*, 1977, p. 1 et s.

SPITERI (P.), « La fraude à la loi étrangère », *Ann. Fac. Toulouse* 1967, t. XV, fasc. 2, p. 37 et s.

STRÖMHOLM (S.), *Torts in the Conflict of Laws. A comparative Study*, Stockholm, 1961, p. 2 et s.

STRUYCKEN (A.V.M.) « Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement: General Course on Private International Law », *Rec. cours La Haye*, vol. 311, 2004, p. 9 et s.

STRUYCKEN (A.V.M.), « Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1992 (vol. 232), p. 261 et s.

STRUYCKEN (T.), « L'évolution contemporaine du droit des contrats », in *Journées René SAVATIER,* 1985, Publications de la Faculté de droit de Poitiers, Paris, 1986, PUF, n° 15, p. 207 et s.

STURM (F.), « Comment l'Antiquité réglait-elle ses conflits de lois ? », *JDI*, 1979, p. 259 et s.

SYMEONIDES (S.C.), « The American choice-of-law revolution in the courts : today and tomorrow », *Rec. cours La Haye*, vol. 298, 2002, p. 1 et s.

VALLINDAS (P.G.), « La structure de la règle de conflit », *Rec. cours La Haye*, vol. 101, 1960, p. 327 et s.

VALLINDAS (P.G.), « Le droit international privé dans le Code civil hellénique », *RIDC* 1949, p. 97 et s.

VAN BOXSTAEL (J.-L.), « Observations sur le pouvoir des époux de disposer d'un mariage religieux célébré à l'étranger », *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 29 et s.

VAN HECKE (G.), « Droit public et conflit de lois », *Trav. Com. fr. dr. int. pr*, 1984, p. 225 et s.

VAN HECKE (G.), « Observations préliminaires » au rapport provisoire préparé pour l'Institut de droit international sur les accords entre un État et une personne privée étrangère, question nº 22, *AIDI*, p. 256 et s.

VAN HECKE (G.), « Principes et méthodes de solution de conflits de lois », *Rec. cours La Haye*, vol. 126, 1969, p. 405 et s.

VERHOEVEN (J.), « Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un État, d'un gouvernement ou d'une situation », *Rec. cours La Haye*, vol. 192, 1985, p. 9 et s.

VICHER (F.), « General course on private international law », *Rec. cours La Haye*, vol. 232, 1992, p. 1 et s.

VITTA (E.), « Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 162, 1979, p. 9 et s.

VITTA (E.), « The Impact in Europe of the American Conflicts Revolution », *Am. J. Comp. L.,* vol. 30, 1982, p. 1 et s.

VON OVERBECK (A.E.), « L'application par le juge interne des conventions de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 132, 1971, p. 1 et s.

VRELLIS (S.), « « Abus » et « fraude » dans la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, *Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Talion*, Dalloz, 2008, p. 633 et s.

VUELTA-SIMON (S.), « Les nouveaux acteurs de la coopération judiciaire pénale européenne », *Petites affiches* 19 janvier 2005, p. 4 et s.

WATERS (D.W.M.), « The institution of the trust in civil and Common law », *Rec. cours La Haye*, vol. 252, 1995, p. 1 et s.

WEINTRAUB (R.J.), « The Choice-of-Law Rules of the European Community Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: Simple and Predictable, Consequence-Based, or Neither ? », *Texas International Law Journal*, vol. 43., 2008, p. 407 et s.

WENGLER (W.), « Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts in intemazionalen Privatrecht », *ZvglRWiss,* vol. 54, 1941, p. 168 et s.

WENGLER (W.), « Die Vorfrage im Kollisionsrecht », *RabelsZ*, 1934, p. 148 et s.

WENGLER (W.), « Fragen der Faktizität und Legitimität bei der Anwendung fremden Rechts », *Festschrift für Hans Lewald*, 1953, p. 615 et s.

WENGLER (W.), « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1963, p. 503 et s.

WENGLER (W.), « Nouvelles réflexions sur les questions préalables », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1966, p. 165 et s.

WENGLER (W.), « Questions et solutions pratiques de droit international privé », *JDI*, 1880, p. 180 et s.

WILDERSPIN (M.) et X. LEWIS (X.), « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des États membres », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2002, p. 1 et s.

WOLFF (K.), « Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux », *Rec. cours La Haye,* vol. 036, 1931, p. 479 et s.

YASSEEN, (M.K.), « Problèmes relatifs à l'application du droit étranger », *Rec. cours La Haye*, vol. 106, 1962, p. 499 et s.

ZAJTAY (I.), « L'application du droit étrange: science et fictions », *RIDC*, vol. 23, n° 1, 1971, p. 49 et s.

ZAPHIRIOU (G.), « Harmonization of Private Rules Between Civil and Common Law Jurisdictions », *Am. J. Comp. L.,* 1990, p. 71 et s.

ZIMMERMAN (R.), « Savigny's Legacy. Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science », *LQR*, 1996, p. 576 et s.

ZWEIGERT (K.), « Internationales Privatrecht und ôffentliches Recht », *in 50 Jahre Institut fur Internationales Recht an der Universitât Kiel*, Hambourg, 1965, p. 124 et s.

ZWEIGERT (K.), « Nichterfiillung auf Grund auslândi'scher Leistungsverbote », *RabelsZ*, 1942, p. 283 et s.

C. NOTES, OBSERVATIONS, COMMENTAIRES

ABRAHAMS (R.)

Obs. sous Cass., belge, 12 novembre 1965, *Société Lamot Limited (Ltd.), JDI* 1966.140.

AGOSTINI (E.)

Note sous Cass., crim., 11 juin 1996, *D*. 1997. 576.

Note sous Cass., 1re civ., 13 avr. 1999, *Cie Royale belge*: *D.* 2000. 268.

Note sous Cass., 1re civ., 22 avril 1986, *Djenangi*: *JCP* 1987. II. 20878.

Note sous Cass., civ., 3 mars 1987, *Leppert*: *JCP* 1989. II. 21209.

ALEXANDRE (D.)

Note sous Cass., 1re civ., 11 oct. 1988, *Rebouh: JDI* 1989. 349.

Note sous Cass., 1re civ., 18 oct., 1988, *Shule: JDI* 1989. 349.

Note sous Cass. 1re civ 2 févr. 1988, 1re esp.: *JDI* 1988. 741.

Note sous Cass., civ., 15 mai 1974: *JDI* 1975. 238.

Note sous Cass., 1re civ., avr. 1981: *JDI* 1981. 812.

Note sous Cass., 1re civ., 1er avril 1981, *de Pedro*: *JDI*, 1981. 812.

AMMAR (D.)

Note sous Cass., 1re civ., 18 déc. 1990, *Sté Menegatti*: *JCP* 1992. II. 21824

Note sous Cass., 1re civ., 18 déc. 1990: *JCP* 1992. II. 21824.

ANCEL (B.)

Note sous Cass., 1re civ., 28 janv. 2003, *Justin Colin*, n° pourvoi 00-17553: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003. 462.

Note sous Cass. 1re civ., 3 nov. 2003: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2004. 95.

Note sous Cass., 1re civ., 25 janv. 2005: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2005. 300.

Note sous Cass. 1re civ 2 févr. 1988: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989. 55.

Note sous Cass., 1re civ., 21 juin 1988*: Rev. crit. dr. internat. privé* 1989. 55.

Note sous Crim. 17 mai 1989: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989.511.

Note sous Cass., 1re civ., 10 mars 1993, n° pourvoi 90-18.932: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1993. 456.

Note sous CA Paris, 3 mars 1994: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1994. 532, note ANCEL,

Note sous Cass., 1re civ., 11 mars 1997, *Soc. Mobil: Rev. crit. dr. internat. privé* 1997. 702.

Note sous Cass., 1re civ., 17 mai 1983, *Lafarge: Rev. crit. dr. internat. privé* 1985. 346.

Note sous Cass., 1re civ., 13 janv. 1993, nº pourvoi 91-13851, *Rev. crit. dr. internat. privé,* 1994. 78.

ANCEL (B.) ET LEQUETTE (Y.)

Note sous Cass., 1re civ., 4 déc. 1990, *Sté. Coveco*, n° pourvoi 89-14285: *GAJDIP* nº 73.

Note sous Cass., 1re civ., 12 mai 1959, *Bisbal*: *GAJDIP* nº 32.

Obs. sous arrêts *Amerford* et *Itraco*: *GAJDIP* nº 9.

Note sous Cass, civ., 16 décembre 2005, *Soc. Nestlé France*: *GAJDIP* p. 313.

Note sous Cass., 1re civ., sect., 28 janvier 1958 et 19 février 1963, *Chemouni*: *GAJDIP* n° 30-31.

Note sous Cass., 1re civ., 24 juin 1878: *GAJDIP*, n° 7-8.

Note sous Cass., 1er civ., 15 fév. 1966, *Campbell-Johnston*: *GAJDIP* n° 42.

Note sous Cass., lre civ., 21 mars 2000, *Ballestrero: Rev. crit. dr. internat. privé* 2000, p. 399.

Obs. sous le deuxième arrêt *Forgo,* Cass., 22 fév. 1882, *GAJDIP* n° 7-8. 4.

Note sous Cass, civ., 5 déc. 1949, *Verdier: GAJDIP* n° 21.

Note sous Cass., civ., 18 mars 1878, *GAJDIP* nº 6.

Note sous Cass., 1re civ., 7 janv. 1964, *GAJDIP* nº 41.

ANCEL (B.) ET MUIR-WATT (H.)

Note sous Cass., 1re civ., 13 avr. 1999, *Cie Royale belge : Rev. crit. dr. internat. privé* 1999.698.

Note sous Cass., 1re civ., 28 juin 2005, *Sté Aubin*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2005.645.

Note sous Cass., com., 28 juin 2005, *Sté Itraco*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2005. 645.

ANCEL (B.) ET RAIMON (M.)

Note sous Cass., 1re civ., 21 mars 2000 et 6 mars 2001, *The Arab Investment Company*: *JDI* 2000. 171.

ANCEL (M.-E.)

Note sous Cass., ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2009. 728.

Note sous Cass., com., 27 avr. 2011, n° 09-13: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2011. 65.

Obs. sous Cass, 1re civ., 23 mai 2006, n° 05-18.385, *Dr. & patri*. 2006. 82.

AUDINET (J.)

Note sous Cass., 1re civ., 28 juin 1932: *S.* 1933. 1. 1241.

Note sous Cass., civ., 5 févr. 1929: *S.* 1930. 1. 81.

AUDIT (B.)

Obs. sous Cass, 1re civ., 19 nov. 1985, *Cognacs & Brandies*, n° pourvoi 84-1600: *IR,* 268.

Note sous Cass., 1re civ., 11 juill. 1977, *Giroux* : *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1978. 149.

Note sous Cass., 1re civ., 2 oct. 1984, *Favreau*: *JDI* 1985, p. 495.

Obs. sous Cass., 1re civ., 19 avr. 1988: *D.* 1988. 345.

Obs. sous Cass, 1re civ., 4 oct. 1989, *de Baat*: *D.* 1990. 266.

Obs. sous CJCE, 27 septembre 1988, *Kalfelis*, 189/87, Rec., p. 1988-05565: *D.* 1989. 254.

Obs. sous : CA Paris, 3 mars 1994: *D.* 1994. 355.

Note sous Civ. 10 juill. 1973, *JDI* 1974. 341.

Note sous Cass., civ 10 juill. 1973: *JDI* 1974. 341.

Obs. sous Cass., 1re civ., 6 juin 1990: *D.* 1990. 269.

Obs. sous Cass., 1re civ., 6 févr. 1985, *D.* 1985, *IR* 497.

AUDIT (M.) ET CUPERLIER (O.)

Obs. sous Cass., 1re civ., 8 juill. 2010, n° pourvoi 09-67.013, *D.* 2010. 2884.

AYMOND (P.)

Note sous Trib. civ. Seine, 7 nov. 1958, *JDI* 1962. 114.

AZZI (T.)

Note sous Cass., 1re civ., 30 janv. 2007, *Lamore* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 2007. 769.

Note sous Cass., 1re civ., 23 janv. 2007: *JCP G* 2007. II. 10074.

Note sous Cass., 1re civ., 10 mai 2006, n° 04-19.444, *Henriette T. c/ Abdelrhani B.*: *JCP G* 2006. II. 10165.

BARRIERE-BROUSSE (I.)

Note sous Cass., civ., 10 févr. 1993: *JDI* 1994. 124.

BARTIN (E.)

Note sous Cass., civ. 17 janv. 1899, *DP* 1899. 1. 329.

BATIFFOL (H.)

Note sous Cass., 1re civ., 25 mai 1948, *Lautour*: *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1949. 89.

Note sous Cass., 1re civ., 12 mai 1959, *Bisbal*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1960. 62.

Note sous Cass., 1re civ., 2 mars 1960, *Cie Algérienne de Crédit et de Banque*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1960. 97.

Note sous Cass., 1re civ., 11 juill. 1961, *Bertoncini*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1960. 62.

Note sous Cass., 1re civ., 19 avr. 1988: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989. 68.

Note sous Cass., 1re civ., 22 juin 1955, *Caraslanis*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1955. 723.

Note sous Cass., 1re civ., 30 nov. 1938: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1939. 283.

Note sous Cass., 1re civ., 25 juin 1957, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1957. 680.

Note sous Cass., 1re civ., 3 janv. 1980, *Bendeddouche*, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1980. 331.

Note sous Cass., 1re civ., 7 mars 1938, *De Marchi: Rev. crit. dr. internat. privé* 1938. 472.

Note sous CA Paris, 10 juill. 1946, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1947. 142.

Note sous CA Paris, 2 juill. 1954: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1954. 810.

Note sous CA Paris, 30 juin 1964: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1965. 353.

Note sous CA Paris, 10 févr. 1946: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1947. 142.

Note sous Cass., 1re civ., 21 juin 1950: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1950. 609.

Note sous Cass., 1re civ., 17 avr. 1953: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1953. 412.

Note sous Cass., 1re civ., 7 ianuarie 1964: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1964. 344.

BEHAR-TOUCHAIS (M.)

Note sous Cass., 1re civ., 20 févr. 1996, n° 93-19.855: *JCP* 1996. II. 22647.

BERNARD (J.)

Comm. Cass., ass. plén., 31 mai 1991: *JCP* 199. II. 21752.

BERNAUDEAU (L.)

Note sous Cass, com., 28 nov. 2000, *SA Allium c/ Sté Alfin Inc.*: *JCP* 2001. II. 10527.

BISCHHOFF (J.-M.)

Obs sous CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handle*, C-26/91, Rec., p. I-03967: *JDI* 1993. 469.

Note sous Cass., 1re civ., 15 juin 1982, *Dame Moatty c. dame Zagha: Rev. crit. dr. internat. privé* 1983. 300.

Note sous Cass., 1re civ., 14 mars 1939, *S.* 1939.1 182; *TGI* Seine, 12 janv. 1966: *JCP* 1967. II. 15266,

BOICHE (A.)

Obs. sous Cass., 1re civ., 1er juin 2011, n° 10-16.482, n° 09-68.479 et n° 09-71.992: *AJ famille* 2011. 380.

Obs. sous Cass, 1re civ. ,17 décembre 2008, *Sawires*: *AJ famille* 2009. 83.

Obs. sous Cass., 1re civ., 10 oct. 2006, n° pourvoi 06-15.265, *AJ famille* 2009. 170.

BOLLEE (S.)

Note sous Cass 1re civ, 14 févr. 2006: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2006. 833.

Obs. sous Cass., civ., ch. mixte, 30 nov. 2007, *Agintis*: *Pan*. 2565.

Obs. sous Cass., 1re civ., 23 janv. 2007: *Pan*. 2571.

Note sous Cass, soc., 10 mai 2006: *JCP* 2006, II, 10121.

BOLLEE (S.) et D'AVOUT (L.)

Obs. sous Cass., com. 16 mars 2010, n° 08-21.511: D. 2010. 2323.

Obs. sous Cass., com. 13 juill. 2010, n° 10-12.154, n° pourvoi 10-12154: *D*. 2010. 2323.

Obs. sous Cass., 1re civ., 22 oct. 2008, n° pourvoi 07-15.823, *D*. 2008. 2384.

Obs. sous Cass., 1re civ., 8 juill. 2010, n° pourvoi 07-17.788, *D*. 2010. 2323.

BONNAIS (R.)

Note sous Trib. GI Bayonne, 28 avr. 1975: *JCP* 1975. II. 18168.

BOSKOVIC (O.)

Note sous Cass., 1re civ., 23 janv. 2007: *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2007. 761.

BOUCHE (N.)

Note sous Cass., 1re civ., 28 juin 2005, *Aubin,* n° de pourvoi 00-15734*: D.* 2005. 2853.

Note sous Cass., 1re civ., 23 janv. 2007, n° 03-13.422: *D.* 2007. 1244.

BOULANGER (F.)

Note sous Cass., lre civ., 21 mars 2000, *Ballestrero: D.* 2000, p. 539.

BOULOC (B.)

Obs. sous Com. 13 juill. 2010, n° 10-12.154, n° pourvoi 10-12154: *RTD Com.* 2010. 779.

Obs. sous Cass., 1re civ., 23 janv. 2007: *RTD Com.* 2007. 588.

BOUREL (P.)

Note sous Cass., civ., 1er juill. 1981: *JDI* 1982. 148.

Note sous Cass., civ., 30 mai 1967: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1967. 728.

Note sous Cass., 1re civ., 15 déc. 1969: *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1971. 512.

Note sous Cass., 1re civ., 6 juin 1990: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1991. 354.

BREDIN (J.-D.)

Note sous Cass, 1re civ., 25 janvier 1966, n° pourvoi Juritext000006970530: *JDI* 1966. 631.

Note sous CA Paris, 18 juin 1964, *de Gunzburg*: *JDI* 1964. 810.

Note sous Trib. GI Seine, 14 mai 1962, *Gunzburg c/Dame Schrey*: *JDI* 1964. 810.

BUCHET (J.)

Note sous Cass., 1re civ., 17 avr. 1953: *JCP* 1953. II. 7863.

BUREAU (D.) et D'AVOUT (L.)

Note sous Cass., com., 16 mars 2010, n° 08-21.511, *JCP* 2010. 530.

Note sous Cass., com., 13 juill. 2010, n° 10-12.154, n° pourvoi 10-12154: *JCP* 2010. 972.

BUREAU (D.)

Note sous Cass., 1re civ., 5 octobre 1994, *Demart,* n° pourvoi 92-11621: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1995. 61.

Note sous Cass., 1re civ., 4 déc. 1990, *Covéco*, n° pourvoi 89-14285: *JDI* 1991. 371

Note sous Cass., com., 4 juin 1991: *JDI* 1997. 804.

Note sous Cass., 1re civ., 5 octobre 1994, *Demar*t: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1995. 60.

Obs. sous Cass., 1re civ., 9 déc. 2003 et 31 mai 2005: *RTD Com.* 2004. 3. 769.

Note sous Cass., crim. 27 avr. 1912, *DP* 1914. 1. 149.

Note sous Cass., 1re civ 23 mars 1994, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1994. 545.

BUREAU (D.) et ALEXANDRE (D.)

Note sous Cass., 1re civ., 11 oct. 1988, *Rebouh: JDI* 1989. 349.

Note sous Cass., 1re civ., 18 oct., 1988, *Shule: JDI* 1989. 349.

CAPPELLETTI (M.)

Note sous Cass. italienne, 16 février 1966, *Finaly c./ Bounin, Commune di Firenze et autres*: *Riv. dir. int.*, 1966. 408.

CAVARROC (F.)

Note sous Cass., 1re civ., 17 février 2004 (5 arrêts): *D*. 2004.825.

CHABAS (F.)

Note sous Cass., 1re civ., 6 janv. 1971: *JCP* 1979. II. 19092.

CHALAS (C.)

Note sous Cass, 1re civ., 23 mai 2006, n° 05-18.385: *JDI* 2007. 572.

CHANTELOUP (H.)

Obs. sous Cass., 1re civ., 17 février 2004, n° pourvoi 02-11618: *D.* 2005. 1266.

H. CHANTELOUP, P. COURBE

Obs. sous Cass., 1re civ., 3 juin 2003, *Pan.* 1192.

CHAPUISAT (F.)

Obs. sous Cass., 1re civ., 6 déc. 1988, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1990. 787.

CHARBONNEAU (C.)

Obs. sous Cass., ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006: *RDI* 2008. 38.

CHARDENON (P.)

Note sous Cass., lre civ., 23 avr. 1969: *JDI* 1969. 912.

CHEVRIER (E.)

Obs. sous Cass., 1re civ., 23 janv. 2007: *D.* 2007, *AJ.* 511.

Note sous Cass., com., 28 nov. 2000: *D.* 2001. 305.

CLAY (T.)

Obs. sous Cass., 1re civ., 8 juill. 2010, n° pourvoi 09-67.013, *D.* 2010. 2933.

COMBALDIEU (F.)

Concl. sous CA Paris, 1er juill 1959: *JCP* 1959. II. 11214.

COURBE (P.)

Note sous Cass., 1re civ, 10 oct. 1978: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1979. 780.

Obs. sous Cass., civ., ch. mixte, 30 nov. 2007, *Agintis*: *Pan*. 1510.

Note sous Cass., 1re civ., 22 avril 1986: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1987. 374.

Note sous Cass., 1re civ., 6 juin 1990: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1991. 593.

COURBE (P.) et CHANTELOUP (H.)

Obs. sous Cass., 1re civ., 3 juin 2003: *Pan.* 1192.

COURBE (P.) et JAULT-SESEKE (F.)

Obs. sous Cass., com., 28 juin 2005, *Sté Itraco,* n° de pourvoi 02-14686: *Pan.* 1495.

Obs. sous Cass., 1re civ., 22 oct. 2008, n° pourvoi 07-15.823, *D*. 2009. 1557.

Obs. sous cass 1re civ 17 déc. 2008, n° 07-18.851: *Pan.* 1558.

Obs. sous Cass., lre civ., 14 juin 2005: *D.* 2006, panorama 1496.

Obs. sous Cass., civ., 18 sept. 2002 : *Pan.* 1754.

CUNIBERTI (G.)

Note sous Cass., 1re civ. 30 juin 2004: *JDI* 2005. 114.

D'AVOUT (L.)

Note sous Cass., civ., ch. mixte, 30 nov. 2007, *Agintis*: *JCP G* 2008. II. 10000.

Obs. sous Cass., com., 27 avr. 2011, n° 09-13: *D.* 2011. 2434.

D'AVOUT (L.) ET BOLLEE (S.)

Obs. sous Com. 16 mars 2010, n° 08-21.511: *D.* 2010. 824.

Obs. sous Com. 13 juill. 2010, n° 10-12.154, n° pourvoi 10-12154: *D*. 2010. 2323.

Obs. sous Cass., 1re civ., 22 oct. 2008, n° pourvoi 07-15.823: *D*. 2009. 2384.

Obs. sous Cass., 1re civ., 8 juill. 2010, n° pourvoi 07-17.788: *D*. 2010. 2323.

Obs. sous Cass., 1re civ., 23 janv. 2007, n° 03-13.422: *D.* 2007. 2562.

DA SILVA (V.)

Note sous Cass., com. 13 juill. 2010, n° 10-12.154, n° pourvoi 10-12154: *D*. 2010. 2339.

DAYANT (R.)

Note sous CA Paris, 23 janv. 1975: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1976. 97.

Note sous Cass., 1re civ., 15 déc. 1969: *JDI* 1971. 565.

DE BUSSCHERE (C.)

Note sous Cass., civ., Bruxelles, 27 mars 1996: *Rev. not. belge*, 1996. 338.

DE LOYNES (P.)

Note sous Cass., civ., 2 août 1897: *DP* 1898. 1. 377.

DE VAREILLES-SOMMIERES (P.)

Obs. sous Cass., com., 27 avr. 2011, n° 09-13: *JDI* 2012. 148.

DELAUME (G.-R.)

Note sous Cass., 1re civ., 5 déc. 1949: *JCP* 1950. II. 5287.

Note sous CA Paris, 15 déc. 1948, *D.* 1949.461 et *S.* 1949. 12. 69.

DELEBECQUE (P.)

Obs. sous Cass., com., 28 juin 2005, *Sté Itraco,* n° pourvoi 02-14686: *RTD Com.* 2005. 872.

Obs. sous Cass., com., 16 mars 2010, n° pourvoi 08-21.511: *RTD Com.* 2010. 457 et *RD* transp. 2010. 131.

DELPECH (X.)

Obs. sous Cass., ch. mixte, 30 nov. 2007, n° pourvoi 06-14.006, *D.* 2008. 5.

Obs. sous Cass., com., 27 avr. 2011, n° pourvoi 09-13: D. 2011. 1277.

Obs. sous Cass., com. 13 juill. 2010, n° pourvoi 10-12.154, n° pourvoi 10-12154 ; *D*. 2010. 2339.

Obs. sous Cass., 1re civ., 8 juill. 2010, n° pourvoi 07-17.788, *D*. 2010. 1869.

DEPREZ (J.)

Note sous CA Paris, 18 juin 1964, *Gunzburg*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1967. 340.

Note sous Trib. GI Seine, 14 mai 1962, *Gunzburg c/ Dame Schrey*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1967. 340.

DERRUPPE (J.)

Note sous Cass., 1re civ., 8 juillet 1969, *Soc. DIAC*: *JDI* 1970. 916.

DEUMIER (P.)

Note sous Cass., com. 16 mars 2010, n° pourvoi 08-21.511, *RDC* 2010. 1385.

Obs. sous Cass., 1re civ., 23 janv. 2007: *RDC* 2007. 887.

DILOY (C.)

Note sous Cass., 1re civ., 15 mai 2001: *D*. 2002. 198.

DONNIER (J.-B.)

Note sous Cass., com., 16 nov. 1993, *Sté Amerford*, n° pourvoi 91-16116: *JDI* 1994. 98.

DROZ (G.A.L.)

Note sous Cass., 1re civ., 14 mars 1939: *Rép. Commaille* 1967. 317.

Note sous CA Fort-de-France, 21 juin 1962, *Bracscu: Rev. crit. dr. internat. privé* 1963. 724.

Obs. sous Cass.,1re civ., 17 novembre 1964: *Rec. gén. lois*, 1965. 311.

Note sous CA Paris, 3 févr. 1968: *Journ. Not.* 1970. 586.

Note sous CA Paris, 10 janv. 1970: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1971. 518.

Note sous Trib. GI Paris, 22 avril 1976: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1977. 324.

Note sous Cass., 1re civ., 20 mars 1985, *Caron*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1983. 282.

Note sous Cass., 1re civ., 24 nov. 1987: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1988. 364.

Note sous Cass., 1re civ., 20 févr. 1996, n° 93-19.855: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996. 692.

Note sous Cass., civ. 25 févr. 1997: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1998. 602.

Note sous Cass., 24 févr. 1998: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1998. 637.

Note sous Cass., 1re civ., 18 sept. 2002: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003. 92.

FADLALLAH (I.)

Note sous CA Paris, 11 mai 1976, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1977. 109.

FARGE (M.)

Note sous Cass., 1re civ., 10 oct. 2006: *JCP G* 2007. II. 10072.

FAUVARQUE-COSSON (B.)

Note sous Cass., 1re civ., 13 avr. 1999, *Cie Royale belge: JDI* 2000. 315.

Note sous Cass., 1re civ., 6 mai 1997, *Hannover International*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1997. 514.

FERRAND (F.) ET MOUSSA (T.)

Note sous Cass., 1re civ., 9 juill. 1991: *Gaz. Pal.* 1991. 271.

FONGARO (E.)

Note sous Cass., 1re civ., 9 juillet 2008: *JDI* 2009. 154.

Obs. sous Cass., 1re civ., 17 nov. 2010, n° 09-70.402: *JCP N* 2011, *chron. DIP notarial*, 1256. 9.

FOUCHARD (P.)

Note sous Cass., 1re civ., 8 juillet 1969, *Soc. DIAC*, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1971. 75.

Note sous Cass., 1re civ., 3 mai 1973, *Nederlandsche Middenstands Financierings Bank: JDI* 1975. 74.

FOYER (J.)

Note sous Cass., civ., 23 nov. 1976: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1977. 746.

Note sous Cass., civ., 10 févr. 1993: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1993. 620.

Note sous Cass., 1re civ., 17 nov. 1981: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1982. 669.

FOYER (J.) ET HOLLEAUX (D.)

Note sous Cass., Ch. mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1976. 347.

FRANCESCAKIS (Ph.)

Note sous Cass, 1re civ., 25 janvier 1966, nº pourvoi Juritext000006970530: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1966. 238.

Note sous Cass., 1re civ., 21 nov. 1961 : *D.* 1963. 37.

Note sous Cass., 1re civ., 4 nov. 1958, *Moens*, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1959. 303.

Chron. sous Cass., 1re civ., 6 févr. 1985, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1985. 369.

Note sous Cass., civ., 22 janv. 1951, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1951.167.

Note sous CA Paris, 15 déc. 1948, *D.* 1949.461, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1949. 113.

Note sous Trib. GI Seine, 14 mai 1962, *Gunzburg v Dame Schrey*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1960. 218.

FRANCK (R.)

Obs. sous CA Pau, 1er mars 2001, *D.* 2002, somm. 2939.

FULCHIRON (H.)

Note sous Cass., 1re civ., 17 février 2004 (5 arrêts): *JCP G* 2004. II. 10128.

Note sous Cass., 1re civ., 10 oct. 2006: *JurisData* n° 2006-035303; D. 2007. 816.

Note sous Cass., civ., 10 févr. 1993: *JCP* 1993. 11. 3688.

GABA (H.K.)

Note sous CJCE, 1er oct. 2002, *VKI*, C-167/00: Rec., p. I-08111: *D.* 2002. Jur. 3200.

GANNAGE (P.)

Note sous CA Paris, 14 juin 1995: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1997. 50.

GAUDEMENT-TALLON (H.)

Note sous CJCE, 22 mars 1983, *Martin Peters*, C-34/82, Rec., p. 1983-00987 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1983. 667.

Note sous CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handle*, C-26/91, Rec., p. I-03967: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1992. 730.

Note sous CJCE, 27 octobre 1998, *La Réunion européenne,* C-5/97, Rec. I-06511: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1999. 322.

Note sous CJCE, 27 septembre 1988, *Kalfelis*, 189/87, Rec., p. 1988-05565: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989. 215.

Note sous Cass., 1re civ., 8 juillet 1969, *Soc. DIAC*, *JCP* 1970. II. 16182.

Note sous Cass., 1re civ., 20 juin 2006: *JDI* 2007. 125.

Note sous CA Versailles 18 janv. 1982: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1983. 442.

Note sous CJCE, 11 mai 2000, *Régie nationale des usines Renault SA c. Maxicar SpA et Orazio Formento*, C-38/98, *Rec.*, p. I- 2973: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2000. 497.

GAUTIER (P.-Y.)

Note sous Cass., 1re civ., 11 juill. 1988, *Bao Dai* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989. 81.

GOBERT (M.)

Note sous Cass., 1re civ., 17 nov. 1981, *D.* 1982. 573, note P. GUIHO, *JCP* 1982. II. 19842.

GODECHOT-PATRIS (S.)

Note sous Civ. 1re, 11 janv. 2005, n° 01-02.473, *JDI* 2006. 955.

GOLDMAN (B.)

Note sous Cass., 1re civ., 11 juill. 1961, *Bertoncini*: *JDI* 1963. 132.

Note sous Cass., 1re civ., 2 mars 1960, *Cie Algérienne de Crédit et de Banque*: *JDI* 1961. 408.

Note sous Cass., com. 4 mars 1963, *Hocke*: *JDI* 1964. 806.

Note sous Cass., 1re civ., 21 nov. 1961: *JDI* 1962. 686.

Note sous CA Paris, 30 juin 1964: *JDI* 1965. 107.

Note sous CA Paris, 3 oct. 1984, *Banque ottomane*, *JDI*, 1986. 156.

Note sous Cass., 1re civ., 5 déc. 1949: *JDI* 1950. 180.

Note sous Cass., 1re civ., 6 janv. 1971: *JDI* 1972 .47.

Note sous Cass., 1re civ., 7 janv. 1964: *JDI* 1964. 302.

GOUBAND (PH.)

Note sous Cass., lre civ., 19 oct. 1999, *Compagnie Rhin et Moselle*: *D*. 2000. 904.

GRANTE-LAMBRECHTS (F.)

Obs sous Cass., 1re civ., 10 oct. 2006, n° pourvoi 06-15.265: *D.* 2006. 1460.

GRASSETTI (C.)

Note sous Cass. italienne, 29 déc. 1937: *Riv. dir. privato*, t. IX, partie II, p. 228 et s.

Note sous CA Bologne, 26 juin 1933: *S.* 1936. 4. 8.

GUIHO (P.)

Note sous Cass., 1re civ., 17 nov. 1981, *D.* 1982. 573.

HAMEL (J.)

Note sous Cass., 1re civ., 21 juin 1950: *D.* 1951. 749.

HAMMJE (P.)

Note sous Cass., 1re civ., 7 oct. 1997: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1998. 72.

HAMMJE (P.) et FULCHIRON (H.)

Note sous Cass., 1re civ., 17 février 2004 (5 arrêts), *JCP G* 2004. II. 10128.

HAUSER (J.)

Obs. sous Cass., 1re civ., 10 oct. 2006, n° pourvoi 06-15.265: *R.T.D.Civ.* 2009. 308.

Obs. sous Cass., crim., 11 juin 1996: *R.T.D.Civ.* 1997. 106.

HUET (A.)

Note sous Cass, 1re civ., 19 nov. 1985, *Cognacs & Brandies*, n° pourvoi 84-1600: *J.* 1986. 719.

JACQUET (J.-M.)

Note sous Cass., com., 28 novembre 2000: *JDI* 2001. 511.

Note sous Cass., 1re civ., 23 janv. 2007: *JDI* 2008. 521.

Note sous Cass., com. 28 nov. 2000: *JDI* 2001. 505.

JAMBU-MERLIN (R.)

Note sous CA Rennes. 6 févr., 1962: *JDI* 1963. 408.

Note sous Cass, civ., 28 janv. 1958: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1958. 110.

JARROSSON (CH.)

Note sous CA Paris, 19 sept. 1991: *D*. 92. 43.

JOBARD-BACHELIER (M.N.)

Note sous Cass., 1re civ., 2 oct. 1984, *Favreau*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1986. 91.

JOSSLINE-GALL (M.)

Etude sous Cass., 1re civ., 18 sept. 2002: *JCP* 2003. 1533.

JOURDAIN (P.)

Obs. sous CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handle*, C-26/91, Rec., p. I-03967: *R.T.D.Civ.* 1993. 131.

KAHN (P.)

Note sous Trib. GI Seine, 13 déc. 1967: *JDI*, 1968. 353.

KENFACK (H.)

Obs. sous Cass., 1re civ., 28 juin 2005, *Aubin,* n° pourvoi 00-15734*: Pan.* p. 2748.

Note sous Cass., 1re civ., 15 mai 2001: *Lamy Dr. aff.* 2002. 2898.

Note sous Cass., 1re civ., 23 janv. 2007: *Jur.* 1575.

KESSLER (G.) ET SALAME (G.)

Note sous Cass., 1re civ., 10 mai 2006, n° pourvoi 05-10.299: *Bull.* 2006, I, n° 226, 2006. 289.

KISARD (M.)

Note sous Cass., 1re civ., 19 oct. 1971: *JDI* 1972. 828.

KNOEPFLER (F.)

Note sous Trib. Fédéral suisse, 28 nov. 1991: *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1992. 484.

KOJOUHAROFF (A.)

Obs sous Cour d'arbitrage de Sofia, n° pourvoi 21/56, *JDI* 1967. 175.

KULLMANN (J.)

Obs. sous CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handle*, C-26/91, Rec., p. I-03967: *D.* 1993. 214.

LABBE (X.)

Note sous Cass., 1re civ., 24 juin 1878: *S.* 1878. 1. 429.

Note sous Cass., 1re civ., 18 mars 1878: *S.* 78. 1. 193.

LABORDE (J.-P.)

Note sous Cass., 1re civ., 17 juil. 1980: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1986. 689.

Note sous Cass., 1re civ., 31 janv. 1984, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1986. 689.

LAGARDE (P.)

Note sous Cass., 1re civ., et 21 avr. 1971: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1972. 74.

LECLER (F.)

Obs. sous CJCE, 27 octobre 1998, *La Réunion européenne,* C-5/97, Rec. I-06511: *JDI* 1999. 625.

LEGIER (G.)

Note sous Cass., 1re civ., 13 avr. 1999, n° pourvoi 96-22.487: *JCP* 2000. II. 10261.

Note sous Cass., 1re civ., 4 avr. 1991: *JDI* 1991. 981.

Note sous Cass., 1re civ 8 févr. 1983: *JDI* 1984. 124.

LEGROS (C.)

Obs. sous Cass., com. 13 juill. 2010, n° 10-12.154, n° pourvoi 10-12154 ; *RD transp.* 2010. 12,

LEQUETTE (Y)

Note sous Cass, 1re civ., 19 nov. 1985, *Cognacs & Brandies*, n° pourvoi 84-1600: *R.* 1986. 712.

Note sous Cass., 1re civ., 20 févr. 1996, n° 93-19.855, *D.* 1999. 683.

Note sous CA Paris, 13 nov. 1979: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1980. 568.

LEVY (J.-PH.)

Note sous Cass., 1re civ., 21 juin 1950: *JCP* 1950. 11. 5812.

LIBCHABER (R.)

Note sous CJCE, 17 sept. 2002, *Tacconi*, C-334/00, Rec.,: *Defrénois* 2003. 254.

LOQUIN (E.)

Note sous Cass., 1re civ., 24 nov. 1987, *JDI* 1988. 793.

LOUIS-LUCAS (P.)

Note sous Cass., 1re civ., 21 nov. 1961: *JCP* 1962. II. 12521.

LOUSSOUARN (Y.)

Note sous Cass, 1re civ., 25 janvier 1966, nº pourvoi Juritext000006970530: *D.* 1966. 390.

Note sous Trib. GI Seine, 12 janv. 1966, *Stroganoff*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1967. 120.

Note sous Cass., 1re civ., 14 mars 1939: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1967. 120.

Note sous Cass belge, 12 novembre 1965, *Société Lamot Limited (Ltd.)*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1967. 510.

Note sous CA Paris 7 juill. 1959, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1960. 354.

Note sous Cass., 1re civ., 12 févr. 1957, *JCP* 1957. II. 9882, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1957. 297.

Note sous CA Paris, 15 nov. 1960, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1961. 397.

LUBY (M.)

Note sous CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97, Rec., p. I-01459: *JDI* 2000. 482.

LYON-CAEN (G.)

Note sous Trib. GI Seine, 1 juin 1960: *JDI* 1961.410.

Note sous Cass., civ., 6 juil. 1922, *Ferrari*: *S.* 1923. I. 12.

MAHINGA (J.-G.)

Note sous Cass., 1re civ., 11 janv. 2005: *D.* 2005. 2924.

MALAURIE (PH.)

Note sous Cass., 1re civ., 12 mai 1959, *Bisbal*: *D.* 1960. 610.

Note sous Cass., 1re civ., 19 oct. 1971: *D.* 1972. 633.

Note sous Cass., 1re civ., 13 juin 1960, *Cts Liou-Sang*: D. 1960. 596.

Note sous CA Paris, 10 janv. 1970: *D.* 1972. 122.

Note sous CA Paris 23 juin 1965: *JDI* 1966. 102.

Note sous Cass., civ., 15 mai 1963: *JDI* 1963. 996.

Note sous Cass., 1re civ., 1er févr. 1972, *Goutherz*: *Defrénois* 1972. 1033.

Note sous Cass., civ., 19 oct. 1971, *Darmouni: D.* 1972. 633.

Note sous Cass., 1re civ., 12 févr. 1957: *D.* 1959. 47.

Note sous CA Paris, 15 nov. 1960: *D.* 1962. 653.

Note sous Trib. GI Seine, 14 mai 1962, *Gunzburg v Dame Schrey*: D. 1962.653.

Note sous CA Paris 10 nov. 1959, *D.* 1962. 217.

MARMISSE (A.)

Obs. sous CJCE, 1er oct. 2002, *VKI*, C-167/00, Rec., p. I-08111: *RTD Com.* 2003. 204.

Obs. sous CJCE, 17 sept. 2002, *Tacconi*, C-334/00, Rec.: *RTD Com.* 2003. 207.

MARRAUD (C.)

Note sous Cass., soc. 10 mai 1972, *Bastia*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1974. 321.

MARTIN (D.R.) ET SYNVET (H.)

Obs. sous Cass., 1re civ., 23 janv. 2007, n° pourvoi 03-13.422*: D.* 2008. 871.

MASSIP (J.)

Obs. sous Cass., 1re civ., 11 oct. 1988, *Rebouh: Defrénois* 1999. 1261.

Note sous Cass., 1re civ., 1er juill. 1997: *D.* 1999. 275.

Note sous CA Reims, 2 déc. 2004 et CA Toulouse, 15 févr. 2005, arrêts cassés par Cass., 1re civ., 10 oct. 2006: *Defrénois* 2007. 307.

Note sous Cass., 1re civ., 10 février 1993: *D.* 1994. 66.

Note sous Cass., 1re civ., 6 févr. 1985: *D.* 1985. 469.

Note sous Cass., civ. 1 martie 1988: *D.* 1988. 486.

Note sous Cass., 1re civ., 17 nov. 1981: *Gaz. Pal.* 1982. 2. 567.

MAYER (P.)

Note sous Cass., 1re civ., 2 févr. 1982, *Olivier* : *Rev. crit. dr. internat. privé,* 1982. 706.

Note sous Cass., 1re civ., 1er juill. 1997: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1998. 60.

Note sous Cass., 1re civ., 19 janv. 1983, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1984. 492.

MELIN (F.)

Note sous Cass., lre civ., 26 mai 1999: *JCP* 1999. II. 10192.

Note sous Cass., 1re civ., 3 juin 2003, *Société nationale de recouvrement c/ Y. et M.*, 13 nov. 2003: *JDI* 2004. 520.

MENJUCQ (M.)

Note sous CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, C-212-97, Rec., p. I-01459: *D.* 1999. 550.

Note sous Cass., 1re civ., 1er juill. 1997, *Africatours*: *D.* 1998. 104.

Note sous Cass., 1re civ., 24 nov. 1998, *Lavazza*: *D.* 1999. 337.

MEZGER (E.)

Note sous Cass., 1re civ., 3 mai 1973, *Nederlandsche Middenstands Financierings Bank: Rev. crit. dr. internat. privé* 1974. 100.

MONEGER (F.)

Note sous Cass., 1re civ., 11 juin 1996, *D.* 1997. 3.

MOTULSKY (H.)

Note sous Cass., 1re civ., 12 mai 1959, *Bisbal*: *JCP* 1960. II. 11733.

Note sous Cass., 1re civ., 2 mars 1960 : *JCP* G 1960. II. 11734.

Note sous Cass., 1re civ., 15 mai 1963, *JCP* 1963. II. 13366.

Note sous CA Paris, 1er juill 1959, *JCP* 1963. II. 13366.

Note sous Cass., 1re civ., 5 déc. 1949: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1950. 65.

MUIR-WATT (H.), ANCEL (B.)

Note sous Cass., 1re civ., 28 juin 2005, *Aubin,* n° pourvoi 00-15734*: Rev. crit. dr. internat. privé* 2005. 645.

Note sous Cass., com., 28 juin 2005, *Sté Itraco,* n° pourvoi 02-14686: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2005. 645.

Note sous Cass., 1re civ., 13 avr. 1999, *Cie Royale belge : Rev. crit. dr. internat. privé* 1999. 698.

MUIR WATT (H.) et BUREAU (D.)

Note sous Cass., 1re civ., 22 oct. 2008, n° pourvoi 07-15.823: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2009. 1.

Note sous Cass., 1re civ., 8 juill. 2010, n° pourvoi 09-67.013: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2010. 743.

MUIR-WATT (H.)

Note sous Cass., 1re civ., 19 oct 1999, *SA Cie d'Assurance Rhin et Moselle*, n° pourvoi 97-14759: *JCP* 2000. II. 10243.

Note sous Cass., 1re civ., 26 mai 1999, *Mutuelle du Mans: Rev. crit. dr. internat. privé* 1999. 707.

Note sous Cass., 1re civ., 3 avr. 2001 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 2001. 513.

Note sous Cass., 1re civ., 6 mars 2001, *TAIC* : *Rev. crit. dr. intern. privé* 2001. 335.

Note sous Cass., lre civ., 18 juin 2002, *Mesquita* et 22 oct. 2002, *Ahidar*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003. 86.

Note sous Cass., 1re civ., 22 oct. 2000: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003. 86.

Note sous Cass 1re civ 9 mars 1991, *Buzyn*, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1992. 88.

Note sous Cass., 1re civ., 13 avr. 1999, n° pourvoi 96-22.487*, Rev. crit DIP*, 2001. 513.

Note sous CJCE, 28 mars 2000, *Krombach,* C-7/98, *Rec.*, p. I- 1935: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2000. 481.

Note sous Cass., 1re civ., 27 janv. 1998, nº pourvoi 96-11603: *JCP* 1998. II. 10098.

NECKER (A.)

Note sous Trib. GI Bayonne, 28 avr. 1975, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1976. 331.

NIBOYET (J.-P.)

Note sous Cass., 1re civ., 25 mai 1948, *Lautour: S.* 1949. 1. 21.

Note sous Cass, req., 21 avr. 1931: *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1932. 526.

Note sous Cass, 1re civ., 25 fév. 1947: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1947. 446.

Note sous Cass, civ., 19 juin 1939, *Lahedan: S.* 1940. 1. 49.

Note sous Cass., civ., req. 21 avril 1931, *Ponnoucanamale*: *S.* 1931. 1. 377.

Note sous Cass., Req., 24 mai 1933, *Kantoor de Maas: Rev. crit. dr. internat. privé* 1934. 142.

Note sous CA Rennes, 26 juill. 1926, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1927. 523.

Note sous Cass., civ., 19 févr. 1930, *S.* 1933. 1. 41.

NIBOYET-HOEGY (M.-L.)

Obs. sous Cass., 1re civ., 26 mai 1999, *Mutuelle du Mans*: *Gaz. Pal.* 2000. 39.

Note sous Cass., 1re civ., 4 décembre 1990: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1991. 558.

Obs. sous Cass., 1re civ., 13 avr. 1999, *Cie Royale belge*: *Gaz. Pal.* 2000. 42.

Note sous Cass., 1re civ., 11 janv. 2005: *Gaz. Pal.* 2006. 21.

Note sous Cass., 1re civ., 20 mars 1985: *JDI* 1987. 80.

Note sous Cass., req., 5 mars 1928, *La Ropit*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1929. 288.

Note sous Cass., 1re civ., 21 juin 1950: *S.* 1951. 11.

Note sous Cass., civ., 21 janv. 1936: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1936. 510.

Note sous Cass., 1re civ., 6 juill. 1988: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989. 733.

Note sous Cass., 1re civ., 20 martie 1985, *Lemarie*, *JDI* 1987. 80.

NISARD (M.)

Note sous Cass., 1re civ., 19 oct. 1971: *JDI* 1972. 828.

Note sous Cass., 1re civ., 22 déc. 1970: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1974.640.

Note sous Cass., 1re civ 15 mai 1974: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1975. 260.

PATARIN (J.)

Obs. sous Cass., 1re civ., 20 févr. 1996, n° pourvoi 93-19.855: *R.T.D.Civ.* 1996. 454 ; *ibid.* 1999. 682.

Obs. sous Cass., 1re civ 7 avr. 1999: *R.T.D.Civ.* 1999. 682.

Obs. sous Cass., 1re civ., 29 mai 2001, n° 99-16.813: *R.T.D.Civ.* 2001. 938.

PATAUT (E.)

Note sous Cass, 1re civ., 16 décembre 2005, *Soc. Nestlé France*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2006. 28.

PAULIN (C.)

Obs. sous Cass., com. 13 juill. 2010, n° pourvoi 10-12154: *RD transp.* 2010. 183.

PEROZ (H.)

Note sous Cass., 1re civ., 19 oct 1999, *SA Cie d'Assurance Rhin et Moselle*, n° pourvoi 97-14759 : *JDI* 2000. 751.

PERROT (R.)

Obs. sous Cass., 1re civ., 30 octobre 2006, *Office des Poursuites et des faillites de Lyon*, n° pourvoi 04-17326: *R.T.D.Civ.* 2007. 180.

PILLET (A.)

Note sous Cass., civ., 6 juillet 1922, *Rev. dr. int.* 1922. 444.

Note sous Cass., civ., 29 mai 1905: *S.* 1906.1.161.

PLAISANT (R.)

Note sous Cass., 1re civ., 17 avr. 1953: *JDI* 1953. 860.

POISSON-DROCOURT (E.) ET RANGEL (J.)

Note sous Trib. GI Paris, 5 janv. 1994, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1994. 529.

PONSARD (A.)

Note sous Cass., 1re civ., 10 déc. 1991, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1992. 314.

Note sous Cass., 1re civ., 14 juin 1957: *JDI* 1958. 776.

Note sous Cass., 1re civ., 22 déc. 1970: *JDI* 1972. 270.

Note sous Cass., 1er civ., déc. 1969, *Païtchadzé*: *JDI* 1970. 306.

Note sous CA Paris, 2 juill. 1954: *JDI*, 1955. 142.

Note sous CA Paris 3 déc. 1964: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1965. 697.

Note sous Cass civ. 14 déc. 1971: *JDI* 1972. 591.

Note sous CA Paris, 3 févr. 1968: *JDI* 1970. 306.

Note sous Cass., 1re civ., 19 fév. 1963, *Chemouni*: *JDI* 1963. 986.

Note sous CA Paris, 1er juill 1959: *JDI* 1960. 428.

Note sous Cass., 1reciv., 3 mai 1973: *JDI* 1975. 534.

Note sous Cass., 1re civ., 2 mars 1955: *JDI* 1956. 150.

PREVAULT (J.)

Note sous Cass, 1re civ., 19 nov. 1985, *Cognacs & Brandies*, n° pourvoi 84-1600: *D.* 1986. 362.

RACINE (J.-B.)

Obs. sous Cass., com., 27 avr. 2011, n° 09-13: *RDC* 2011. 1294.

RAIMON (M.)

Note sous Cass., 1re civ., 21 mars 2000 et 6 mars 2001, *The Arab Investment Company*: *JDI* 2000. 171.

REMERY (J.-P.)

Note sous Cass., com., 25 mai 1993: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1993. 461.

REMY-CORLAY (P.)

Note sous CJCE, 1er oct. 2002, *VKI*, C-167/00, Rec., p. I-08111: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003. 682.

RENAULT (L.)

Note sous Cass., req., 4 avril 1881: *S.* 1883. 1. 65.

REVILLARD (M.)

Note sous Cass., 1re civ., 10 oct. 2006: *Defrénois* 2006. 132.

Note sous Cass, 1re civ., 23 mai 2006, n° pourvoi 05-18.385: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2006. 841.

Note sous Cass., 1re civ., 18 sept. 2002: *Defrénois* 2003. 24.

RIGAUX (A.) ET SIMON (D.)

Obs. sous CJCE, 14 déc. 1995, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS c/État belge*, C-312/93, Rec., p. I-04599, *Europe* 1996. 57.

Obs sous CJCE, 14 déc. 1995, *Jeroen van Schijndel/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, C-430/93 et C-431/93, Rec., p. I-627: *JDI* 1996. 468, *Europe* 1996. 57.

RIGAUX (F.) ET ZORBAS (G.)

Note sous Cass. belge, 1re civ., 28 juin 1979, *Pas.* 1979. 1. 1260.

ROBERT (J.)

Note sous Cass., 1re civ., 15 mars 1988: *D.* 1989. 577.

SAINTE-ROSE (M.)

Avis sous Cass., 1re civ. 30 juin 2004: *JCP* G 2004. II. 10198.

SANA-CHAILLE DE NERE (S.)

Note sous Cass., com. 16 mars 2010, n° pourvoi 08-21.511: *DMF* 2010. 714.

Note sous Cass., 1re civ., 8 juill. 2010, n° pourvoi 07-17.788: *JDI* 2011. 107.

SANTA-CROCE (M.)

Note sous Cass., 1re civ., 11 mars 1997, *Soc. Mobil: JDI* 1997.789.

SARRAUTE (R.) ET TAGER (P.)

Note sous CA Paris, 15 déc. 1948: *D.* 1949. 461, *JCP* 1949. II. 4950.

SAVATIER (R.)

Note sous CA Paris, 10 juil. 1946, *Bioncourt*: *JCP* 1947. II. 3392.

Note sous Cass., 1re civ., 28 juin 1932: *DP* 1932. 1. 157.

Note sous Cass., req., 5 mars 1928, *La Ropit*: *DP* 1928. 1. 81.

Note sous Cass., 1re civ., 8 novembre 1943, *Fayeulle*: *D*. 1944. 65.

SCHEFTEL (J.)

Note sous CA Aix, 14 févr. 1950, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1951. 140.

SCHERER (M.)

Note sous Cass., 1re civ., 11 janv. 2005 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 2006. 85.

SIALELLI (J.B.)

Note sous Cass., 1re civ., 12 mai 1959, *Bisbal*: *JDI* 1960. 810.

Note sous CA Aix, 22 mars 1955, *JDI* 1955. 670.

SIMON (D.)

Obs. sous CJCE, 14 déc. 1995, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS c/État belge*, C-312/93, Rec., p. I-04599: *JDI* 1996. 468.

Obs. sous CJCE, 14 déc. 1995, *Jeroen van Schijndel/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, C-430/93 et C-431/93, Rec., p. I-627: *JDI* 1996. 468.

SIMON-DEPITRE (M.)

Note sous Cass., 1re civ., 19 oct. 1971: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1973. 70.

Note sous Cass., lre civ., 3 mars 1987: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1988. 695.

Note sous CA Paris 14 déc. 1978: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1979. 603.

Note sous Cass., 1re civ., 17 juil. 1980: *JDI* 1981.75.

Note sous Cass., civ., 23 nov. 1976: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1979. 553.

Note sous Cass., soc., 9 déc. 1960: *JCP* 1961. II. 12029.

SINAY-CYTERMANN (A.)

Note sous Cass., 1ère civ., 22 avril 1986, *Djenangi*: *JDI*, 1986. 1025.

Note sous Cass., civ. 1 martie 1988: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989.721.

SINDRES (D.)

Note sous Cass., 1re civ., 9 juill. 2008: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2008. 863.

Note sous Cass 1re civ., 17 déc. 2008, n° 07-18.851, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2009. 59.

SINOPOLI (L.)

Note sous Cass., soc., 11 janv. 2007, n° pourvoi 05-40626: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2008. 591.

SYNVET (H.)

Obs. sous Cass., 1re civ., 23 janv. 2007, n° pourvoi 03-13.422*: D.* 2008. 871.

Note sous CA Paris, 3 oct. 1984, *Banque ottomane*:*Rev. crit. dr. internat. privé*, 1985. 156.

Obs. sous CA Pau, 1er mars 2001: *D.* 2002. 639.

THOUVENIN (D.)

Note sous Cass., ass. plén., 31 mai 1991: *Jur.* 417.

VASSEUR (M.)

Note sous Cass., 1re civ., 25 mai 1948, *Lautour: JCP* 1948. II. 4532.

VIGNAL (T.)

Note sous Cass 1re civ. 3 fév. 2010, *Arman,* n° pourvoi 08-19.293: *JDI* 2010. 1272.

MALAURIE-VIGNAL (M.)

Note sous Cass., 1re civ., 20 févr. 1996, n° 93-19.855: *Defrénois* 1997. 26.

WAUTER-LAMBEIN (K.) ET WAUTERS (W.)

Note sous Gand, 26 mai 1994: *Tijds. Not.* 1995. 560.

WIEDERKEHR (G.)

Obs. sous Cass., 1re civ., 18 sept. 2002: *JCP* 2003. I. 111.

II. INDEX DE LA JURISPRUDENCE CITEE

A. JURIDICTIONS DE L'UNION EUROPEENNE

CJCE, 16 déc. 1960, *Humblot* c/ *État belge*, 6-60, Rec., p. 1146.

CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ Enel*, 6-64, Rec., p. 01141.

CJCE, 12 nov. 1969, 29/69, *Stauderc. Stadt Ulm*, Rec., p. 419,

CJCE, 21 mars 1972, *Ministère public italien c/ SAIL*, 82/71, Rec., p. 119.

CJUE, 4 déc. 1974, *Yvonne Van Duyn c/ Home Office*, 41/74, Rec., p. 1337.

CJCE, 6 oct. 1976, *Industrie Tessili Italiana Como c/ Dunlop AG*, C-12/76, Rec., p. 01473, point 13.

CJCE, 14 oct. 1976, *LTU Luftransportunternehmen GmbH c/ Eurocontrol*, C-cas 29/76, Rec., p. 1976-01541.

CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c/ Semmenthal*, 106/77, Rec., p. 1978 - 00629.

CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, 106/77, Rec., p. 629.

CJCE, 20 févr. 1979, *Cassis de Dijon*, C-120/78, Rec., p. 648.

CJCE, 5 avril 1979, *Ministère public c/Ratti*, 148/78, Rec., p. 1629.

CJCE, 12 juill. 1979, *Union laitière normande,* C-244/ 78, Rec., p. 2663.

CJCE, 11 mars 1980, *Foglia c/ Novello,* C-104/79, Rec., p. 745,

CJCE, 16 décembre 1981, C-244/80, Rec., p. 3045.

CJCE, 19 janv. 1982, *Becker c/Finanzamt Munster-Innenstadt*, 8/81, Rec., p. 53.

CJCE, 22 mars 1983, *Martin Peters*, C-34/82, Rec., p. 1983-00987 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1983. 667, note H. GAUDEMET-TALLON; *JDI* 1983. 834, obs. A. HUET.

CJCE, 10 févr. 1988, *Daddy's Dance Hall*, 324/86, Rec., p. 739,

CJCE, 27 sept. 1988, *Kalfelis*, 189/87, Rec., p. 1988-05565: *D.* 1989. Somm. 254, obs. B. AUDIT, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989. 215, note H. GAUDEMET-TALLON, *JDI* 1989. 457, obs. A. HUET.

CJCE, 21 sept. 1989, *Grèce*, 68/88, Rec., p. 2965.

TPICE, 10 juillet 1990, *Trtra pak Rausing c/ Commission*, T-51/89, Rec., p. II-309.

Cour suprême suédoise du 6 déc. 1990, *Nytt Juridiskt Arkiv*, p. 734,

CJCE, 12 déc. 1990, *Peter Kaefer et Andréa Procacci c/État français*, C-100 et 101/89, Rec., p. I-4647.

CJCE, 11 juill. 1991, *Verhoelen*, C-87/90, Rec., p. I-3757.

CJCE, 11 juill. 1991, *Verholen*, C-87/90, C-88/90 et C-89/90, Rec., p. I-03757.

CJCE, 25 juill. 1991, *D'Urso*, C- 362/89, Rec., p. I-4105

CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handle*, C-26/91, Rec., p. I-03967: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1992. 730, note H. GAUDEMET-TALLON, *JDI* 1993. 469, obs. J.-M. BISCHOFF, *D.* 1993. Somm. 214 , obs. J. KULLMANN, *R.T.D.Civ.* 1993. 131, obs. P. JOURDAIN.

CJCE, 10 nov. 1992, *Hansa Fleisch Ernst Mundt GmbH & Co. KG c/Landrat des Kreises Schleswig-Flensburg*, C-156/91, Rec., p. I-5589.

CJCE, 14 juill. 1994, *Facini Dori*, C-91/92, Rec. p. I-03325.

CJCE 14 déc. 1995, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS c/État belge*, C-312/93, Rec., p. I-04599.

CJCE, 14 déc. 1995, *Jeroen van Schijndel/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, C-430/93 et C-431/93, Rec., p. I-627.

CJCE, 12 mai 1998, Kejalas, C-367/96, Rec.,

CJCE, 27 octobre 1998, *La Réunion européenne,* C-5/97, Rec. I-06511: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1999. 322, note H. GAUDEMET-TALLON, *JDI* 1999. 625, obs. F. LECLER, *D.* 1998. *IR.* 253.

CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97, Rec., p. I-01459: *JDI* 2000. 482, note M. LUBY, *D.* 1999.550, note M. MENJUCQ, *Rev. soc.*, note G. PARLEANI.

CJCE, 1er juin 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, Rec., nos 36 et 39 ;

CJCE, 23 nov. 1999, *Procédures pénales contre Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL*, C-369/96 et C-376/96, Rec., I-8453.

CJCE, 14 mars 2000, *Église de Scientologie*, C-54/99, Rec., p. 1-1335, nº 17.

CJCE, 23 mars 2000, Diamonds, C-373/97, Rec.

CJCE, 28 mars 2000, *Krombach,* C-7/98, *Rec.*, p. I- 1935: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2000, p. 481, note H. MUIR WATT.

CJCE, 11 mai 2000, *Régie nationale des usines Renault SA c. Maxicar SpA et Orazio Formento*, C-38/98, *Rec.*, p. I- 2973: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2000, p. 497, note H. GAUDEMET-TALLON.

CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar GB Ltd c/Eaton Leonard Technologies Inc.,* C-381/98, Rec., p. I-09305.

CJCE, 15 mars 2001, *Procédure pénale contre André Mazzoleni et Inter Surveillance Assistance SARL*, C-165/98, Rec. I-2189.

CJCE, 25 oct. 2001, *Finalarte*, C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C- 54/98 et C-68/98 à C-71 /98, Rec.

CJCE, 24 janv. 2002, *Portugala*, C-164/99, Rec., p. I-787.

CJCE, 17 sept. 2002, C-513/99, Rec., p. I-7251.

CJCE, 17 sept. 2002, *Tacconi*, C-334/00, Rec.: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003. 668, note P. REMY-CORLAY, *Defrénois* 2003. 254, note R. LIBCHABER, *RTD Com.* 2003. 207 , obs. A. MARMISSE.

CJCE, 1er oct. 2002, *Verein für Konsumenteninformation c/ Karl Heinz Henkel*, C-167/00. Rec., p. I-08111.

CJCE, 1er oct. 2002, *VKI*, C-167/00, Rec., p. I-08111: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003. 682, note P. REMY-CORLAY, *D.* 2002. Jur. 3200, note H. K. GABA, *RTD Com.* 2003. 204, obs. A. MARMISSE.

CJCE, 5 nov. 2002, C-208/00., Rec., p. I-09919 : *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003. 508, note P. LAGARDE, *JCP* 2003.11.10032, note M. MENJUCQ.

CJCE, 11 févr. 2003, C-187/01 et C-385/01, Rec., I-01345.

CJCE, ass. plén., 30 septembre 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contre Inspire Art Ltd.*, C-167/01, Rec., p. I-10155.

CJCE, 6 nov. 2003, *Gambelli e.a.*, C-243/01, Rec.

CJCE, 5 févr. 2004, C-265/02, Rec., p. I-01543.

CJCE, 5 oct. 2004, *Pfeifer*, C-397/01 à C-403/01, Rec., I-08835, p. 25-36.

CJCE, 14 oct. 2004, *Omega c/ Bundesstadt Bonn*, C-36/02, Rec., p. 1-9609.

CJCE, 22 nov. 2005, *Werner Mangold c/ Rüdiger Helm*, C-144/04, Rec.

CJCE, 13 juill. 2006, *Manfredi*, C-295/04 à C-298/04, Rec.

CJCE, 12 sept. 2006, Cadbury Schweppes, C-196/04, Rec.

CJCE, 15 févr. 2007, *Eirini Lechouritou et autres c/ Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*, C-292/05, Rec., p. I-01519.

CJCE, 18 mars 2007, *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet et autres* C-341/05, Rec., I-11767.

CJCE, 7 juin 2007, *Van der Weerd,* C-222/05 à C-225/05, Rec.

CJCE, 11 déc. 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c/ Viking Line ABP Ou¨Viking Line Eesti*, C-438/05, Rec., I-10779.

CJCE, 25 nov. 2008, *Heemskerk BV: Europe 2009*, C-455/06, Rec., p. I-08763.

CJCE, *West Tanker*, 10 février 2009, C-185/07, Rec., p. I-00663.

CJCE, 4 juin 2009, *Pannon,* C-243/08, *Rec.*

CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, C-8/08, Rec., n° 49.

CJUE, 27 oct. 2009, *Land Oberösterreich c/ ČEZ*, C-115/08, Rec., I-10265.

CJUE, 19 janvier 2010, *Seda Kücükdeveci/ Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07, Rec.

CJUE, 9 nov. 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, *Rec.*

CJUE, 30 mai 2013, *Asbeek Brusse et de Man Garabito*, C-488/11, Rec., n° 44.

B. JURIDICTIONS FRANÇAISES

1. COUR DE CASSATION

Cass., 1re civ., févr. 1813, *S.* 1813. 1. 113 ; *Req*. 4 juin 1872, *S.* 1872. 1. 160, *DP* 1873. 5. 65.

Cass., 1re civ., 25 sept. 1829, *S.* 1830. 1. 151.

Cass., 1re civ., 6 févr. 1843, *S.* 1843. 1. 209.

Cass., req., 15 nov. 1848: *DP* 1848.1.247, *S.* 1848. 1. 673

Cass., civ., 26 mars 1855, *D.* 55. 1. 326.

Cass., *req.* 15 avr. 1861, *S.* 1861. 1. 722.

Cass., civ., 4 juin 1872, *S.* 1872. 1. 160.

Cass., civ., 23 févr. 1874, *S.* 1874. 1. 145, concl. REVERCHON.

Cass., 1re civ., 18 juillet 1876, *Wyse, D.P.*, 1876, I, 497, *S.* 1876, I, 451.

Cass., civ. 12 févr. 1879, *DP* 1879. 1. 84, *GAJDIP* n° 36, spéc. p. 309 et s

Cass., civ., 18 mars 1878, *S.* 78. I. 193, note X. LABBE ; *GAJDIP* n° 6.

Cass., civ., 24 juin 1878, *Forgo* et Cass., req., 22 février 1882, *GAJDIP*, n° 7-8 ; *S.* 1878.1, p. 429, note X. LABBE.

Cass., req., 4 avril 1881: *S.* 1883.1.65, note L. RENAULT, *JDI* 1882.87, note F. RIGAUX.

Cass., civ., 22 fév. 1882, *Forgo*: *GAJDIP* n° 7-8. 4.

Cass., crim., 21 nov. 1889, *Rouvre*, *JDI* 89. 850.

Cass., civ., 2 août 1897, DP 1898. 1. 377, note P. DE LOYNES.

Cass., civ., 22 déc. 1897, *Construction Ltd.*: *S.* 97. 1. 84 ;

Cass., civ., 17 janv. 1899, *DP* 1899. 1. 329, note E. BARTIN.

Cass., crim. 15 juin 1899, *DP* 1900. 1. 81, *JDI* 1901. 979.

Cass., req. 10 nov. 1896, *DP* 1897. 1. 313, *JDI* 197. 823,

Cass., civ., 29 mai 1905, *Levinçon*: *D.P.*, 1905. 1. 353, *S.* 1906. 1. 161, note A. PILLET, *RDIP* 1905. 518, *JDI* 1905. 1006;

Cass., 1re civ., 23 juill. 1901, *S.* 1906. 1. 482.

Cass., 1re civ., 2 juin 1908, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1909. 247.

Cass., req., 9 mars 1910, *Soulié: DP* 1912. 1. 262, rap. Denis, *S.* 1913. 1. 105, note E. A., *JDI* 1910. 888, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1910. 870.

Cass., req., 20 juill. 1911, *S.* 1912. 1. 132.

Cass., crim. 27 avr. 1912, *DP* 1914. 1. 149, note D. BUREAU.

Cass., req., 8 juin 1921, *S.* 1922.1. 113, *JDI* 1922. 141.

Cass., civ., 6 juil. 1922, *Ferrari*: *S.* 1923. I. 12, note A. LYON-CAEN.

Cass., civ., 6 juillet 1922, *Rev. dr. int.* 1922. 444, rap. Colin, note A. PILLET ; *JDI* 1922. 174; *DP* 1922. 1. 137; *S.* 1923. 1. 5, note A. LYON-CAEN; *GAJDIP* n° 12.

Cass., req., 5 mars 1928, *La Ropit*: *DP*, 1928. 1. 81, note R. SAVATIER, *JDI* 1928. 674, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1929. 288, note M.-L. NIBOYET-HOEGY ;

Cass., civ., 7 mai 1928: *JDI* 1929. 431, *S.* 1928. 1. 238 ;

Cass., 1re civ., 5 févr. 1929: *S.* 1930.1.81, note J. AUDINET, *JDI* 1929. 1258.

Cass., civ., 19 févr. 1930, *DH* 1930. 228, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1930. 282, *JDI* 1931. 290, *S.* 1933.1.41, note J.P. NIBOYET.

Cass., req., 21 avr. 1931, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1932, p. 526, rap. Pilon, note J.-P. NIBOYET.

Cass., 1re civ., 28 juin 1932: *DP* 1932. L157, note R. SAVATIER, *S.* 1933.1.1241, note J. AUDINET, *JDI* 1933. 368, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1933.685.

Cass., req., 24 mai 1933, *Kantoor de Maas: Rev. crit. dr. internat. privé* 1934, p. 142, note J.-P. NIBOYET.

Cass., req., 24 mai 1933: *S.* 1935. 1253, note H. BATIFFOL, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1934. 142, note J.-P. NIBOYET.

Cass., req., 7 nov. 1933, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1934. 440.

Cass., civ., 21 janv. 1936, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1936. 510, note M.-L. NIBOYET-HOEGY.

Cass., civ., 27 mai 1937: *DH* 1937. 406, *S.* 1937. 1. 246, *JDI* 1938. 59, *Rev. crit dr. internat. privé* 1938. 82.

Cass., civ. 28 juin 1937: *S.* 1937. 1. 387, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1938. 487 ;

Cass., 1re civ., 7 mars 1938, *De Marchi, Rev. crit. dr. internat. privé* 1938, p. 472, note H.

BATIFFOL.

Cass., sect., civ., 30 nov. 1938: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1939. 283, note H. BATIFFOL.

Cass., 1re civ., 14 mars 1939 *Potasas ïbericas*: *S.* 1939.1.182; 23 avr. 1969, *D.* 1969.341, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1969.717, note SCHAEFFER.

Cass., 1re civ., 19 juin 1939, *Lahedan: DP* 1939, 1, p. 97, note L.P.; *S* 1940. 1. 49, note J.-P. NIBOYET ;

Cass., 1re civ., 8 novembre 1943, *Fayeulle*: *D.* 1944. 65. note R. SAVATIER, *JCP* 1944. II. 2522, note P.L.-P., *Rev. crit. dr. internat. privé* 1946. 273.

Cass., req., 3 avr. 1945: *S.* 1935. 1. 230.

Cass., 1re civ., 25 fév. 1947: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1947. 446, note J.-P. NIBOYET.

Cass., 1re civ., 25 mai 1948, *Lautour*: *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1949. 89, note H. BATIFFOL, *D.* 1948. 357, note P. LAGARDE ; S. 1949.1.21, note M.-L. NIBOYET-HOEGY, *GAJDIP*, no 19.

Cass., 1re civ., 25 mai 1948, *Lautour: Rev. crit. dr. internat. privé*, 1949. 89, note H. BATIFFOL ; *S.* 1949. 1. 21, note J.-P. NIBOYET, *JCP* 1948. II. 4532, note M. VASSEUR.

Cass., 1re civ., 5 déc. 1949, *Verdier: Rev. crit. dr. internat. privé* 1950, p. 65, note H. MOTULSKY ; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *GAJDIP* n° 21, *JCP* 1950. II. 5287, note G.-R. DELAUME, *JDI* 1950. 180, note B. GOLDMAN.

Cass., civ. 7 déc. 1949, *JDI* 1950. 176.

Cass., 1re civ., 21 juin 1950: *D.* 1951.749, note J. HAMEL, *S.* 1951. 11, note M.-L. NIBOYET-HOEGY, *JCP* 1950. II. 5812, note J. Ph. LEVY, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1950.609, note H. BATIFFOL.

Cass., com., 18 oct. 1950, *Dame Ghattas c. Ghattas*: *JCP* 1950. II. 6238, note D.B. ; *Rev. sociétés*, 1950, 308.

Cass., civ., 22 janv. 1951, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1951.167, note Ph. FRANCESCAKIS, *JCP* 1951. II. 6151, note S. et T., *S.* 1951.1.187, *Gaz. Pal.* 1951.1.210, *D.* 1952. 35, *GAJDIP* nº 24.

Cass., 1re civ., 17 avr. 1953, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1953.412, note H. BATIFFOL, *JDI* 1953.860, note R. PLAISANT, *JCP* 1953. II. 7863, note J. BUCHET, *GAJDIP,* nº 26.

Cass., 1re civ., 2 mars 1955: *JDI* 1956. 150, note A. PONSARD, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1955. 496, note Y. LOUSSOUAM.

Cass., 1re civ., 22 juin 1955, *Caraslanis*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1955, p. 723, note H. BATIFFOL.

Cass., 1re civ., 14 juin 1957, *JDI* 1958. 776, note A. PONSARD.

Cass., 1re civ., 25 juin 1957: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1957. 680, note H. BATIFFOL.

Cass., 1re civ., 12 févr. 1957, *JCP* 1957.11.9882, *Rev. crit DIP* 1957.297, note Y. LOUSSOUARN, *D.* 1959.47, note Ph. MALAURIE.

Cass., 1re civ., 28 janv. 1958: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1958. 110, note R. JAMBU-MERLIN.

Cass., 1re civ., 28 janvier 1958.

Cass., 1re civ., 4 nov. 1958, *Moens*, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1959. 303, note P. FRANCESCAKIS.

Cass., 1re civ., 12 mai 1959, *Bisbal*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1960. 62, note H. BATIFFOL, *JDI* 1960. 810, note J.-B. SIALELLI, *D.* 1960. 610, note Ph. MALAURIE, *JCP* 1960. II. 11733, note H. MOTULSKY; *GAJDIP* no 32.

Cass., 1re civ., 2 mars 1960, *Cie Algérienne de Crédit et de Banque*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1960. 97, note BATIFFOL ; *JDI* 1961. 408. note B. GOLDMAN; *JCP* 1960. II. 11734, note MOTULSKY ; *GAJDIP*, n° 33.

Cass., 1re civ., 29 avr. 1960: *D.* 1960.429, note G. HOLLEAUX.

Cass., 1re civ., 13 juin 1960, *Cts Liou-Sang*, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1961. 540, note R. JAMBU-MERLIN, *D.* 1960. 596, note P. MALAURIE.

Cass., soc., 9 déc. 1960: *JCP* 1961. II. 12029, note M. SIMON-DEPITRE.

Cass., 1re civ., 21 nov. 1961: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1962. 329, note P. LAGARDE, *JDI* 1962. 686, note B. GOLDMAN, *JCP* 1962. II. 12521, note P. LOUIS-LUCAS, *D.* 1963. 37, note P. FRANCESCAKIS, *D.* 1963, *chron.* 7, *GAJDIP* nº 36.

Cass., 1re civ., 11 juill. 1961, *Bertoncini*: *JDI* 1963. 132, note B. GOLDMAN ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1962. 124, note H. BATIFFOL ; *GAJDIP*, n° 34.

Cass., com. 7 martie 1961, *Bull civ* 1961. III, p. 112.

Cass., 1re civ., 19 fév. 1963, *Chemouni*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1963, p. 559, note G. HOLLEAUX, *JDI* 1963, p. 986, note A. PONSARD, *GAJDIP* n° 30-31.

Cass., com. 4 mars 1963, *Hocke*: *JDI* 1964. 806, note B. GOLDMAN, *JCP* 1963. II. 13376, note P. LESCOT, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1964. 264.

Cass., civ., 15 mai 1963 *Patino*: *JDI* 1963. 996, note Ph. MALAURIE, *JCP* 1963. II.1 3366, note H. MOTULSKY, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1964.506, note P. LAGARDE, *GAJDIP* n° 39.

Cass., civ., 15 mai 1963, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1964. 506, note P. LAGARDE, *JDI* 1963. 996, note Ph. MALAURIE, *JCP* 1963. II. 13366, note H. MOTULSKY, *GAJDIP*, 5e éd., n° 39.

Cass., 1re civ., 7 ianuarie 1964, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1964.344, note H. BATIFFOL, *JDI* 1964. 302, note B. GOLDMAN.

Cass., 1re civ., 7 janv. 1964, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1964. 344, note H. BATIFFOL, *JDI* 1964. 302, note B. GOLDMAN, *JCP* 1964. II. 13590, note M. ANCEL, *GAJDIP*, nº 41.

Cass., 8 octobre 1964, *De Vos c/ Société congolaise d'alimentation Fridapeky: Pas.* 1965. 1.127.

Cass.,1re civ., 17 novembre 1964, *JCP* 1965. 11. 13978, concl. Av. gén. LINDON, *Rec. gén. lois*, 1965, n° 311, obs. G.A.L. DROZ.

Cass., 1re civ., 25 janvier 1966: *D*. 1966. 390, note Y. LOUSSOUARN, *JDI* 1966. 631, note J.-D. BREDIN, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1966. 238, note Ph. FRANCESCAKIS.

Cass., 1er civ., 15 fév. 1966, *Campbell-Johnston*: B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GAJDIP* n° 42.

Cass., civ., 30 mai 1967: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1967. 728, note P. BOUREL.

Cass., 1re civ., 23 avr. 1969: *D*. 1969. 361, concl. BLONDEAU, *Gaz. Pal*. 1969.1.276, *JCP* 1969. II. 15897, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1969. 717, note SCHAEFFER, *JDI* 1969. 912, note P. CHARDENON.

Cass., 1re civ., 23 avr. 1969: *Gaz. Pal*, 1969. 1. 276, concl. BLONDEAU, *D*. 1969.341, *JCP* 1969.11.15897, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1969.717, note SCHAEFFER, *JDI* 1969.912, note P. CHARDENON.

Cass., 1re civ., 8 juillet 1969, *Soc. Diac*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1971. 75, note Ph. FOUCHARD ; *JDI* 1970. 916, note J. DERRUPPE ; *JCP* 1970. II. 16182, note H. GAUDEMET-TALLON, *GAJDIP* n° 49.

Cass., 1er civ., déc. 1969, *Païtchadzé*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1970.95, note P. LAGARDE, *JDI* 1970.306, note A. PONSARD, *J. not*. 1970, n° 49551.

Cass., 1re civ., 1er déc. 1969, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1970. 95, note P. L.

Cass., 1re civ., 15 déc. 1969: *JDI* 1971. 565, note R. DAYANT, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1971.512, note D. BOUREL ;

Cass., 1re civ., 27 mai 1970, *Weiss c/ Soc. Atlantic Electric* : *Rev. crit.,* 1971.113, note H. BATTIFOL.

Cass., civ., 22 déc. 1970, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1972. 464, 1re esp., *JDI* 1972.270, 1re esp., note A. PONSARD ;

Cass., 1re civ., 6 janv. 1971: *JDI* 1972.47, note B. GOLDMAN, 4 mai 1976, *JCP* 1979.11.19092, note F. CHABAS ; Cass., crim., 6 nov. 1990: *D* 1990.IR. 274.

Cass., 1re civ., et 21 avr. 1971, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1972.74, note P. LAGARDE ; 8 févr. 1983, *JDI* 1984.124, note P. LEGIER.

Cass., civ., 19 oct. 1971, *Darmouni: JDI* 1972.828, note M. NISARD. *D.* 1972.633, note Ph. MALAURIE, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1973.70, note M. SIMON-DEPITRE.

Cass., civ., 14 déc. 1971, *JDI* 1972. 591, note A. PONSARD.

Cass., 1re civ., 1er févr. 1972, *Goutherz*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1972, p. 644, note G. WIEDERKEHR; *JDI* 1972, p. 594, note P. KAHN; *JCP* 1972, II, n° 17096, concl. GEGOUT ; *Defrénois* 1972, p. 1033, note Ph. MALAURIE).

Cass., soc. 10 mai 1972, *Bastia*, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1974. 321, note C. MARRAUD.

Cass., 1re civ., 3 mai 1973, *Nederlandsche Middenstands Financierings Bank: Rev. crit. dr. internat. privé* 1974. 100, note E. MEZGER, *JDI* 1975. 74, note P. FOUCHARD.

Cass., 1re civ., 3 mai 1973: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1974.100, note MEZGER, *JDI* 1975. 534, note A. PONSARD.

Cass., 1re civ. 10 juill. 1973, *JDI* 1974.341, note B. AUDIT, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1974.640, note M. NISARD.

Cass., civ 15 mai 1974, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1975. 260, note M. NISARD, *JDI* 1975. 298, note D. ALEXANDRE;

Cass., civ., 15 mai 1974, *JDI* 1975. 238, note D. ALEXANDRE.

Cass., Ch. mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1976. 347, note J. FOYER et D. HOLLEAUX, *GAJDIP*, no 55.

Cass., civ., 23 nov. 1976: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1977.746, note J. FOYER, *JDI* 1977. 504, obs. P. KAHN, 13 nov. 1979, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1979. 553, note SIMON-DEPITRE.

Cass., Ass. plén., 14 oct. 1977, nº pourvoi 75-40119: *D.* 1978.417, note P. LAGARDE.

Cass., 1re civ., 11 juill. 1977, *Giroux*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1978. 151, note B. AUDIT.

Cass., 1re civ, 10 oct. 1978, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1979. 780, note P. COURBE.

Cass., 1re civ., 23 janvier 1979, nº pourvoi 77-12.825: *Bull.* 1979, I, nº 27.

Cass., 1re civ., 3 janv. 1980, *Bendeddouche*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1980, p. 331, note H. BATIFFOL, *GAJDIP*, n° 61.

Cass., 1re civ., 17 janv. 1980, *de Pedro*: *JDI* 1981. 75, note M. SIMON-DEPITRE ; *JCP* 1982. II. 19717, note P. COURBE.

Cass., civ., 1er juill. 1981: *JDI* 1982.148, note P. BOUREL, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1982.376, note P. LAGARDE.

Cass., 1re civ., 17 nov. 1981, *D.* 1982. 573, note P. GUIHO, *JCP* 1982. II. 19842, note M. GOBERT, *Gaz. Pal.* 1982. 2. 567, note J. MASSIP, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1982. 669, note J. FOYER.

Cass., 1re civ., 2 févr. 1982, *Olivier*, *Rev. crit. dr. internat. privé,* 1982. 706, note P. MAYER, *JDI* 1982. 690, note H. MUIR WATT, *JCP* 1982. II. 19749, concl. GULPHE.

Cass., lre civ., 17 fév. 1982, *Baaziz: Rev. crit. dr. internat. privé* 1983, p. 275, note Y. LEQUETTE.

Cass., 1re civ., 15 juin 1982, *Dame Moatty c/ dame Zagha: Bull. civ.* I n° 224, n° 81-12.611, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1983, p. 300, note J.-M. BISCHOFF.

Cass., 1re civ., 11 janv. 1983: *JCP* 1983. II. 19939, concl. GULPHE.

Cass., 1re civ., 19 janv. 1983, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1984. 492, note P. MAYER,

Cass., 1re civ., 17 mai 1983, *Lafarge: Rev. crit. dr. internat. privé* 1985. 346, note B. ANCEL.

Cass., 1re civ., 24 janvier 1984, *Thinet*, n° pourvoi 82-16767: *GAJDIP* nº 61, *D.* 1948, p. 357, note P. L. P. ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1985. 9, note P. LAGARDE.

Cass., 1re civ., 20 martie 1985, *Lemarie*, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1986.67, note Y. LEQUETTE, *JDI* 1987. 80, note M.-L. NIBOYET-HOEGY.

Cass., 1re civ., 31 janv. 1984: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1986. 689, note J.-P. LABORDE, *JCP* 1984. II. 20224, concl. GULPHE, *JDI* 1985.444, note P. LEGIER.

Cass., 1re civ., 2 oct. 1984, *Favreau*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1986. 91, note M.-N. JOBARD-BACHELLIER ; *JDI* 1985, p. 495, note B. AUDIT.

Cass., 1re civ., 6 févr. 1985, *Simitch*, n° pourvoi 83-11.241: *GAJDIP,* nº 70, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1985. 369 et chron. P. FRANCESCAKIS, p. 243, *JDI* 1985. 460, note A. HUET, *D.* 1985. 469, note J. MASSIP, *D.* 1985, *IR* 497, obs. B. AUDIT, *GAJDIP* nº 67.

Cass., 1re civ., 20 mars 1985, *Caron*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1986, p. 66, note Y. LEQUETTE; *JDI* 1987, p. 80, note M.-L. NIBOYET-HOEGY.

Cass, 1re civ., 19 nov. 1985, *Cognacs & Brandies*, n° pourvoi 84-1600: *R.* 1986, 712, note Y. LEQUETTE ; *J.* 1986, 719, note A. HUET ; *D.* 1986, 362, note PREVAULT ; *IR,* 268, obs. B. AUDIT.

Cass., 1ère civ., 22 avril 1986, *Djenangi*: *JDI*, 1986, p. 1025, note A. SINAY-CYTERMANN; *JCP*, 1987, II, 20878, note E. AGOSTINI; *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1988, p. 302, note J.-M. BISCHOFF.

Cass., lre civ., 3 mars 1987, *Leppert*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1988, p. 695, note M. SIMON-DEPITRE; *GAJDIP,* n° 73, 6 et s, *JCP* 1989. II. 21209, note E. AGOSTINI.

Cass., 1re civ., 12 mai 1987: nº pourvoi 84-14. 472, *Bull.* 1987, I, nº 150, *JDI* 1988, p. 101.

Cass., 1re civ., 21 juil. 1987, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1988. 699, note J. HERON.

Cass., 1re civ., 20 oct. 1987, *Rev. crit DIP* 1988. 540, note Y. LEQUETTE, *JDI* 1988.446, note A. HUET.

Cass., 1re civ., 24 nov. 1987, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1988. 364, note G.A.L. DROZ, *JDI* 1988. 793, note E. LOQUIN.

Cass., 1re civ., 2 févr. 1988, 1re esp., *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989. 55, note B. ANCEL, *JDI* 1988. 741, note D. ALEXANDRE.

Cass., 1re civ., 1er mars 1988: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989. 721, note A. SINAY-CYTERMANN.

Cass., 1re civ., 15 mars 1988, n° 86-12089: *D.* 1989. 577, note J. ROBERT.

Cass., 1re civ., 19 avr. 1988, *Roho*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989. 68, note H. BATIFFOL, *D.* 1988, somm. 345, obs. B. AUDIT .

Cass., 1re civ., 21 juin 1988, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989. 55, note B. ANCEL.

Cass., 1re civ., 6 juillet 1988, *Baaziz*: *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1989. 73, note Y. LEQUETTE.

Cass., 1re civ., 11 oct. 1988, *Rebouh: Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, p. 368 et chron. Y. LEQUETTE, p. 277, *JDI* 1989, p. 349, note D. ALEXANDRE et chron. D. BUREAU, 1990, p. 317, *Defrénois* 1989, p. 310, obs. J. MASSIP, *GAJDIP*, n° 74

Cass., civ. 1 mars 1988, *D.* 1988.486, note J. MASSIP, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989.721, note Sinay- Cytermann, 6 juin 1990 somm. comm. 269, obs. B. AUDIT .

Cass., 1re civ., 6 juill. 1988, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989. 733, 2e esp., note M.-L. NIBOYET-HOEGY.

Cass., 1re civ., 11 juill. 1988, *Bao Dai* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989. 81, note P.-Y. GAUTIER.

Cass, 1re civ., 18 octobre 1988, *Shule*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, p. 368 et *chron.* Y. LEQUETTE, p. 277, *JDI* 1989, p. 349, note D. ALEXANDRE et chron. D. BUREAU, 1990, p. 317, *JCP* 1989, II, 21259.

Cass., com., 22 nov. 1988, n° pourvoi: 86-16400.

Cass., 1re civ., 6 déc. 1988: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1990, p. 787, *RGAT* 1989. 569, obs. F. CHAPUISAT.

Cass., 1re civ., 25 avr. 1989, *Bull. civ.* I, nº 164.

Cass., crim. 17 mai 1989: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989. 511, note B. ANCEL.

Cass, 1re civ., 4 oct. 1989, *de Baat*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1990. 316, note P. LAGARDE, *JDI* 1990. 415, 1re esp., note P. KAHN, *D.* 1990, somm. 266, obs. B. AUDIT.

Cass., crim. 11 oct. 1989, *Bull.* crim. n° 351.

Cass., 1re civ., 6 juin 1990: *Bull.* I, n° 138 ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1991. 593, note P. COURBE.

Cass., 1re civ., 6 juin 1990: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1991.354, note P. BOUREL, *D.* 1990, somm. 265, obs. B. AUDIT

Cass., 1re civ., 4 déc. 1990, *Covéco*, n° pourvoi 89-14285 : *GAJDIP*, 3ème éd., n° 71–73, p. 517, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1991, p. 558, note M.-L. NIBOYET-HOEGY; *JDI* 1991, p. 371, note D. BUREAU.

Cass., 1re civ., 18 déc. 1990, *Sté Menegatti*: *Bull. civ.* I, n° 295, *JCP G* 1992. II. 21824, note D. AMMAR.

Cass., 1re civ., 4 déc. 1990, *Coveco*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1991. 558, note M.-L. NIBOYET-HOEGGY ; *JDI* 1991. 371, note D. BUREAU, *GAJDIP*, n° 76.

Cass., 1re civ., 9 juill. 1991, *Gaz. Pal.* 1991, somm. 271, note F. FERRAND et T. MOUSSA.

Cass., 1re civ 9 mars 1991, *Buzyn*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1992. 88, note H. MUIR WATT.

Cass., 1re civ., 4 avr. 1991: *JDI* 1991.981, note P. LEGIER,

Cass., ass. plén., 31 mai 1991: *Bull.* n 4; *D.*1991, *Jur.*, p. 417, rap.Y. CHARTIER, et note D. THOUVENIN ; *JCP* 199.II.21752, comm. J. BERNARD, concl. DANTEWILLE.

Cass., com., 4 juin 1991: *Bull. civ.* IV, n° 205 ;

Cass., 1re civ., 22 octobre 1991, *Valenciana*, n° pourvoi 89-21528.

Cass., 1re civ., 5 nov. 1991, *Masson*, n° pourvoi 90-40.163.

Cass., 1re civ., 10 déc. 1991, *Sarkis* : *Rev. crit. dr. internat. privé* 1992, p. 313, note H. MUIR WATT.

Cass., 1re civ., 21 janv. 1992: *Defrénois* 1992. 1053, obs. J. MASSIP, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1993. 747.

Cass., 1re civ., 13 janv. 1993, *Coucke*, n° pourvoi 91-13851, *Rev. crit. dr. internat. privé,* 1994, 78, note B. ANCEL.

Cass., civ., 10 févr. 1993, n° pourvoi 89-21.997: *Bull.* 1993, I, n° 64, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1993.620, note J. FOYER, *D.* 1994. 66, note J. MASSIP, *JDI* 1994. 124, note I. BARRIERE-BROUSSE, *JCP* 1993. II. 3688, note H. FULCHIRON, *D.*, 1994, som. 32, note E. KERCKHOVE.

Cass., com., 2 mars 1993, *Alkhalaf*, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1993. 632, note H. MUIR WATT, *JDI* 1993. 626, note P. KAHN;

Cass., 1re civ., 10 mars 1993, n° 90-18.932, *D.* 1994. 33, obs. E. KERCKHOVE; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1993. 456, note B. ANCEL.

Cass., com., 25 mai 1993: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1993.461, note J.-P. REMERY.

Cass., 1re civ., 17 mai et 16 juin 1993, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1994. 505, note G. LEGIER.

Cass., 1re civ., 9 février 1994, *Bull. civ.* I, nº 51.

Cass 1re civ 23 mars 1994: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1994. 545, note D. BUREAU.

Cass, 1re civ., 6 avril 1994, n° pourvoi 92-15000.

Cass., 1re civ., 4 mai 1994, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1995. 103, note J. DEPREZ.

Gand, 26 mai 1994, *Tijds. Not.*, 1995. 560, note K. WAUTERS-LAMBEIN et W. WAUTERS.

Cass., 1re civ., 29 juin 1994: Bulletin 1994, I, nº pourvoi 226, p. 164

Cass., 1re civ., 5 octobre 1994, *Demart,* n° pourvoi 92-11621: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1995. 61, note D. BUREAU ; Cass., 1re civ., 27 janv. 1998, nº pourvoi 96-11603: *JCP* 1998, II, 10098, note MUIR WATT.

Cass., 1re civ., 13 déc. 1994, 1re esp., *JDI* 1995. 343, note P. KAHN.

Cass., com., 16 mai 1995, n° pourvoi : 92-20658.

Cass., 1re civ., 5 déc. 1995, *La Préservatrice foncière*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996. 100, note B. FAUVARQUE-COSSON.

Cass., 1re civ., 18 juill. 1995, *Bull. civ.* I, nº 321.

Cass., 1re civ., 6 févr. 1996, 2e esp., *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996. 460, note D. BUREAU,

Cass., 1re civ., 20 févr. 1996, n° 93-19.855, *D.* 1996. 390, *ibid.* 231, *chron*. Y. LEQUETTE, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996. 692, note G.A.L. DROZ, *R.T.D.Civ.* 1996. 454, obs. J. PATARIN; *ibid.* 1999. 682, obs. J. PATARIN, *JCP* 1996. II. 22647, note M. BEHAR-TOUCHAIS; *Defrénois*, 1997. 26, note M. MALAURIE-VIGNAL.

Cass., civ., Bruxelles, 27 mars 1996: *Rev. not. belge*, 1996, 338, note C. DE BUSSCHERE.

Cass., 1re civ., 16 avr. 1996, *Denney: Rev. crit. dr. internat. privé* 1997, p. 716.

Cass., 1re civ., 11 juin 1996, *Agora Sopha*: *Bull.* n° 243, p. 171 (rejet) *Rev. crit. dr. internat. privé* 1997. 65, note P. LAGARDE, *D.* 1997. 3, note F. MONEGER, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1997. 291, note Y. LEQUETTE.

Cass., crim., 11 juin 1996: *D.* 1997. 576, note E. AGOSTINI, *R.T.D.Civ.* 1997. 106, obs. J. HAUSER.

Cass., 1re civ., 14 janv. 1997: *Bull. civ.* I, nº 13.

Cass., civ. 25 févr. 1997: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1998. 602, note G.A.L. DROZ.

Cass., 1re civ., 11 mars 1997, *Soc. Mobil: JDI* 1997, p. 789, note M. SANTA-CROCE, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1997.702, note B. ANCEL.

Cass., 1re civ., 6 mai 1997, *Hannover International: Rev. crit. dr. internat. privé* 1997. 514, note B. FAUVARQUE-COSSON, *JDI* 1997. 804, note D. BUREAU ;

Cass., 1re civ., 1er juillet 1997: *Bull.* n° 222 p. 148.

Cass., 1re civ., 7 oct. 1997: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1998. 72, note P. HAMMJE.

Cass., 1re civ., 1er juill. 1997, *Africatours*, *D.* 1998. 104, note M. MENJUCQ, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1998. 292, note H. MUIR WATT, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1998. 60, 2e esp., note P. MAYER, *D.* 1999. 275, note J. MASSIP;

Cass., 1re civ., 27 janv. 1998, *Ababou*: *JCP* 1998. II. 10098, note H. MUIR WATT.

Cass., 1re civ., 16 juillet 1998: *JCP* 1999.II.10032, note H. MUIR WATT, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1999. 509 note Y. LEQUETTE.

Cass., 1re civ., 24 nov. 1998, *Lavazza*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1999, p. 88, note B.A. ; *D.* 1999, p. 337, note M. MENJUCQ.

Cass., 1re civ., 7 avr. 1999: *D.* 1999. 683, note Y. LEQUETTE, *R.T.D.Civ.* 1999. 682, obs. J. PATARIN, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1999. 693, note M. GORE.

Cass., 1re civ., 13 avr. 1999, *Cie Royale belge: D.* 2000, p. 268, note E. AGOSTINI, *JCP* 2000. I. 2061, note LEGIER, *Gaz. Pal.* 2000, n° 61 à 62, p. 42, obs. M.-L. NIBOYET-HOEGY, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1999. 698, note H. MUIR WATT et B. ANCEL, *JDI* 2000. 315, note B. FAUVARQUE-COSSON.

Cass., 1re civ., 13 avril 1999, n° pourvoi 96-22487: *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1999. 698. note H. MUIR WATT et B. ANCEL.

Cass., 1re civ., 26 mai 1999, *Belaid A*: *Bull. civ.* I, n°174, *GAJDIP* n°74-78, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1999. 707

Cass., 1re civ., 26 mai 1999, *Soc. Mutuelle du Mans*, n° pourvoi 96-16361: *Rev. crit. dr. internat. privé,* 1999. 707, note H. MUIR WATT, *Gaz. Pal.* 2000, n° 61 et 62, p. 39, obs. M.-L. NIBOYET-HOEGY, *GAJDIP* n° 77.

Cass., 1re civ., 26 mai 1999: *Gaz. Pal.*, *JCP* 1999. II. 10192, note F. MELIN.

Cass., 1re civ., 2 mars 2000, *Delta Draht GmbH*, n° 62, p. 39, note NIBOYET,

Cass., 1re civ., 6 juillet 1999, n° pourvoi 97-19453.

Cass., 1re civ., 19 oct 1999, *SA Cie d'Assurance Rhin et Moselle*, n° pourvoi 97-14759: *JCP* 2000.II.10243, note H. MUIR WATT, *JDI*, 2000. 751, note H. PEROZ, *D*. 2000. 904, note Ph. GOUBAND; 1999, *Gaz. Pal.* 1er-2 mars 2000, obs. M.-L NIBOYET-HOEGY,

Cass., 1re civ., 22 févr. 2000: *Bull. civ.* 2000, I, n° 51 ; Cass., 1re civ., 14 févr. 2006: *Bull. civ.* 2006, I, n° 68. Cass., 1re civ., 6 févr. 2007: JCP G 2007, IV, 1532 ; Cass., soc., 4 déc. 2007: *Bull. civ.* 2007, V, n° 204.

Cass., lre civ., 21 mars 2000, *Ballestrero: Rev. crit. dr. internat. privé* 2000, p. 399, note B. ANCEL, *D.* 2000, p. 539, note F. BOULANGER, *JDI* 2002. 171, note M. RAÏMON.

Cass., 1re civ., 30 mai 2000, *Bull. civ.* I, nº 160.

Cass., 1re civ., 22 oct. 2000: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003. 86, note MUIR WATT.

Cass, com., 28 nov. 2000: *SA Allium c/ Sté Alfin Inc.*: JCP, 2001, II, 10527, note L. BERNARDEAU.

Cass., com. 28 nov. 2000: *JCP* 2000, Act, p. 2324, *D.* 2001.305, note CHEVRIER, *JDI* 2001.505, note JACQUET, Cass., 24 févr. 1998: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1998.637, note G.A.L. DROZ, *JDI* 1998.730, note E. KERCKHOVE.

Cass., com., 28 novembre 2000: *D*. 2001, note CHEVRIER, *JCP* 2001. II. 10527, note BERNAUDEAU, *JDI* 2001. 511, note JACQUET.

Cass., 1re civ., 21 mars 2000 et 6 mars 2001, *The Arab Investment Company*: *JDI* 2000. 171, note M. RAIMON, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2001. 335, note H. MUIR WATT.

Cass., 1re civ., 6 mars 2001, *TAIC*: *Rev. crit. dr. intern. privé* 2001.335, note MUIR WATT.

Cass., 1re civ., 3 avr. 2001, n° pourvoi 99-17649: *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2001. 513, note H. MUIR WATT.

Cass., 1re civ., 15 mai 2001, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2002. 86, note P. LAGARDE, *JDI* 2001/128, 1121, note A. HUET, *JCP* G 2001. II. 10634, note J. RAYMOND, *D*. 2002. 198, note C. DILOY, *Lamy Dr. aff.* n° 2898 (févr. 2002), 5, note H. KENFACK.

Cass., 1re civ., 29 mai 2001, n° 99-16.813: *D.* 2001. 2090, *AJ famille* 2001. 29, *R.T.D.Civ.* 2001. 938, obs. J. PATARIN.

Cass., lre civ., 18 juin 2002, *Mesquita*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003. 86, note MUIR WATT.

Cass., 1re civ., 18 septembre 2002, *D&J. Sporting c/ SA Orchape,* n° pourvoi: 00-14785: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003. 93, note DROZ, *D.* 2003. 1251, note KHAIRALLAH, 28 nov, 2006, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2007. 397, note P. LAGARDE, *D.* 2007. *Pan.* 1754, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE.

Cass., l^re^ civ., 22 oct. 2002, *Ahidar*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003. 86, note MUIR WATT.

Cass., 1re civ., 28 janv. 2003, *Justin Colin*, n° pourvoi 00-17553: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2003. 462, note ANCEL.

Cass., com., 11 mars 2003, *Banque Worms*: *LPA*, *Gaz. Pal.*, 25- 26 juin, 2003, somm. p. 33.

Cass., 1re civ., 3 juin 2003, *Société nationale de recouvrement c/ Y. et M.*, n° pourvoi 00-21984: *Bull. civ.* I, n° 133, *Gaz. Pal.* 2003, somm. 2548 et 3928, note M.-L. NIBOYET-HOEGY, *JD1* 2004. 520, note F. MELIN.

Cass., 1re civ., 13 nov. 2003, *B c/ K.* : *JDI* 2004. 520, note F. MELIN, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2004. 95, note B. ANCEL,

Cass., 1re civ., 30 sept. 2003 : *JDI* 2005, p. 124, 2e esp., note LEGIER.

Cass., 1re civ., 17 février 2004 (5 arrêts), *D.* 2004. 825, note F. CAVARROC ; *JCP G* 2004. II. 10128, note H. FULCHIRON, P. HAMMJE.

Cass., 1re civ., 17 février 2004, n° pourvoi 02-11618, n° 47: *D.* 2005.1266, obs. H. CHANTELOUP

Cass., 1re civ. 30 juin 2004, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2004.815, note H. MUIR WATT, *JCP* G. 2004. II. 10198, avis de M. SAINTE-ROSE, *R.T.D.Civ.* 2004, p. 549, obs. P. Théry, *Gaz. Pal.* 2005. 28, *JDI* 2005. 114, note G. CUNIBERTI.

Cass., 1re civ., 16 nov. 2004: *Bull. civ.* I, no 268, *D.* 2005, *Pan.* 1192, obs. P. COURBE et H. CHANTELOUP.

Cass., 1re civ., 11 janvier 2005, *JDI* 2006. 958, note S. GODECHOT-PATRIS.

Cass., 1re civ., 11 janv. 2005: *D.* 2005, p. 2924, note J.-G. MAHINGA, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2006. 85, note M. SCHERER, *JDI* 2006, p. 955, note S. GODECHOT, *Gaz. Pal.* 2006. 21, note M.-L. NIBOYET-HOEGY.

Cass., 1re civ., 11 janv. 2005, n° 01-02.473: *D.* 2005. 2924, note J.-G. MAHINGA ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2006. 85, note M. SCHERER; *JDI* 2006. 955, note S. GODECHOT-PATRIS.

Cass., 1re civ., 25 janv. 2005: *Bull.* 2005 I n° 33 p. 26, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2005. 300, note B. ANCEL.

Cass., 1re civ., 22 févr. 2005: *Bull.* 2005 I n° 90 p. 79. *Rev. crit. dr. internat. privé* 2005. 304, note LAGARDE.

Cass., 1re civ., 9 déc. 2003 et 31 mai 2005: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2005, p. 466, note P. LAGARDE., *RDC* 2004/3. 769, obs. D. BUREAU et *RDC* 2005/4. 1185, obs. D. BUREAU.

Cass., 1re civ., 14 juin 2005: Bull civ. 1, n° 244, *D.* 2006, panorama 1496, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE.

Cass., 1re civ., 28 juin 2005, *Aubin,* n° de pourvoi 00-15734*: Rev. crit. dr. internat. privé* 2005. 645, note B. ANCEL et H. MUIR WATT, *D.* 2005. 2853, note N. BOUCHE, *Pan.* p. 2748, obs. H. KENFACK, *D.* 2006, *Pan*. 1495, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE.

Cass., com., 28 juin 2005, *Sté Itraco,* n° de pourvoi 02-14686: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2005. 645, note B. ANCEL et H. MUIR WATT, *D.* 2005, p. 2853, note N. BOUCHE, *Pan*. 2748, obs. H. KENFACK, *D.* 2006, *Pan.* p. 1495, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; *RTD Com.* 2005. 872, obs. P. DELEBECQUE, *GAJDIP* n° 83.

Cass., 1re civ., 21 sept. 2005: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2006. 100, note H. MUIR WATT.

Cass., 1re civ., 22 nov. 2005, *Bull.* 2005 I n° 432 p. 361.

Cass., 1re civ., 6 déc. 2005, *Soc. Nestlé France*: *Bull.* 2005 I. n° 461, p. 389, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2006. 28, note E. PATAUT, *GAJDIP* nº 313.

Cass., 1re civ., 17 janvier 2006, *Modo Paper*, n° pourvoi 02-20636.

Cass 1re civ, 14 févr. 2006, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2006. 833, note BOLLEE.

Cass., soc., 10 mai 2006, *JCP* 2006. II. 10121, note S. BOLLEE.

Cass., 1re civ., 10 mai 2006, n° 04-19.444, *Henriette T. c/ Abdelrhani B.*: *JCP* G 2006. II. 10165, note T. AZZI.

Cass., 1re civ., 23 mai 2006, n° 05-16.133, F-P+B, *Sté Sotira c/ Sté Ford Werke AG*: Juris-Data n° 2006-033600.

Cass., 1re civ., 23 mai 2006, *Prieur*, n° pourvoi 04-12777: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2006, p. 841, note M. REVILLARD, *JDI* 2007, p. 572, note C. CHALAS, *Dr. & patri*. 2006, n° 154, p. 82, obs. M.-E. ANCEL.

Cass., 1re civ., 20 juin 2006, *Wildenstein: Bull. civ.* 2006, I, n° 316, *JDI* 2007, p. 125, note H. GAUDEMET-TALLON.

Cass., 1re civ., 10 oct. 2006, n° pourvoi 06-15.265: *D.* 2006. 2623, *ibid*. 2007. 816, *chron*. H. FULCHIRON, *ibid.* 1460, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, *AJ famille* 2007. 32, obs. A. BOICHE, *RDSS* 2006. 1098, obs. C. NEIRINCK, *JDI* 2007. 564, note C. BRIERE, *Defrénois*, 2007. 133, note REVILLARD.

Cass., 1re civ., 30 octobre 2006, *Office des Poursuites et des faillites de Lyon*, nº pourvoi 04-17326: *Bull.* 2006 I, nº 449 p. 385, *R.T.D.Civ.* 2007 p. 180, obs. R. PERROT.

Cass., 1re civ., 21 nov. 2006, *Enfant Mikhaïl*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2007. 575, note H. MUIR WATT.

Cass., 1re civ., 28 nov. 2006: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2007.397, note P. LAGARDE.

Cass., soc., 11 janv. 2007, n° pourvoi 05-40626: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2008, p. 591, note L. SINOPOLI.

Cass., 1re civ., 23 janv. 2007, n° 03-13.422*, D.* 2007. 1244, note N. BOUCHE, *ibid*. 2562, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE, *ibid.* 2008. 871, obs. D. R. MARTIN et H. SYNVET, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2007. 760, note O. BOSKOVIC,

Cass., 1re civ., 23 janv. 2007: *D.* 2007. *AJ.* 511, obs. E. CHEVRIER, *Jur.* 1575, note H. KENFACK, *Pan*. 2571, obs. S. BOLLEE, et 2008. *Pan.* 1514, obs. F. JAULT-SESEKE, *JCP* G 2007. II. 10074, note T. Azzi, *RTD Com.* 2007. 588 , obs. B. Bouloc, et 630, obs. P. DELEBECQUE, *RDC* 2007. 887, obs. P. DEUMIER, *JDI* 2008. 521, note J.-M. JACQUET.

Cass., 2e civ., 25 janv 2007, *Casanova*, *D.* 2007, *AJ*. 578.

Cass., 1re civ., 30 janv. 2007, *Lamore* : *Bull. civ.* 2007, I, n° 44 ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2007, p. 769, note T. AZZI.

Cass., 1re civ., 6 févr. 2007, *JCP* 2007. I. 1532

Cass., 1re civ., 14 février 2007

Cass., 1re civ., 20 févr. 2007, n° 06-16.059: *JurisData* n° 2007-037570.

Cass., 1re civ., 10 mai 2007, n° 05-16.569: *JurisData* n° 2007-038825.

Cass., civ. 1re, 22 mai 2007, *Banque de développement local c/Fercométal,* n° pourvoi 04-14716.

Cass., ch. mixte, 30 nov. 2007, *Agintis*: *D*. 2008, *Jur.* 753, note W. BOYAULT et S. LEMAIRE, *Pan*. 1510, obs. P. COURBE, et *Pan*. 2565, obs. S. BOLLEE, *RTD Com.* 2008. 456 , obs. P. DELEBECQUE, *JCP* G 2008. II. 10000, note L. D'AVOUT, *RDI* 2007. 511, avis O. GUERIN, et 2008. 38, obs. C. CHARBONNEAU.

Cass., ch. mixte, 30 nov. 2007, *D.* 2008. Jur. 756, note W. BOYAULT et S. LEMAIRE.

Cass., 1re civ., 6 févr. 2008: *Bull. civ.* 2008, I, n° 39:

Cass., 1re civ., 9 juill. 2008: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2008. 863, note D. SINDRES; *D.* 2008. *AJ.* 2154 ; *JDI* 2009. 154, note E. FONGARO.

Cass., 1re civ., 22 oct. 2008, n° pourvoi 07-15.823, *D*. 2008. 2790, obs. I. GALLMEISTER, 2009. 200, note F. JAULT-SESEKE, 684, *chron.* A. HUET, 1557, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE, et 2384, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2009. 1, 1'étude de D. BUREAU et H. MUIR WATT, *RTD Com.* 2009. 646, obs. P. DELEBECQUE.

Cass., 1re civ 17 déc. 2008, n° 07-18.851: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2009. 59, note D. SINDRES, *D.* 2009. *Pan.* 1558, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE.

Cass., 1re civ., 17 décembre 2008, *Sawires*: *D.* 2008, p. 2869, obs. V. EGEA, *AJ famille* 2009, p. 83, obs. A. BOICHE, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2009 p. 53, H. MUIR WATT.

Cass., 1re civ., 17 déc. 2008, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2009. 59, note D. SINDRES.

Cass., 1re civ., 28 janv. 2009, n° pourvoi 08-10.034: *D.* 2009. 501, *AJ famille* 2009. 170, obs. A. BOICHE, *R.T.D.Civ.* 2009. 308, obs. J. HAUSER.

Cass., soc., 8 février 2012, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2012, p. 576, note F. JAULT-SESEKE.

Cass., 1re civ., 11 févr. 2009, *Riley*, n° 06-12140.

Cass, com., 31 mars 2009, n° 07-21219.

Cass 1re civ. 3 fév. 2010, n° 08-19.293, *Arman*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2010. 485, note C. COHEN, *JDI* 2010. 1272, note T. VIGNAL, *D.* 2011. *Pan.* 1377, obs. F. JAULT-SESEKE, *JCP* 2010. 284, note L. D'AVOUT.

Cass., com. 16 mars 2010, n° 08-21.511, *Bull. civ.* IV, n° 54 ; D. 2010. 824, et 2323, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE, *RTD Com.* 2010. 457, obs. P. DELEBECQUE, *JCP* 2010. 530, note L. D'AVOUT et D. BUREAU, *DMF* 2010, n° 714, note S. SANA-CHAILLE DE NERE et rap. A. POTOCKI, *RD transp.* 2010. Comm. 131, note P. DELEBECQUE, *RDC* 2010. 1385, note P. DEUMIER.

Cass., soc., 11 mai 2010, pourvoi n° 08-43.681: *Bull.* 2010, V, n° 105.

Cass., 1re civ., 8 juill. 2010, n° pourvoi 09-67.013, *D.* 2010. 1797, obs. X. DELPECH, 2884, note M. AUDIT et O. CUPERLIER, 2540, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra, et 2933, obs. T. CLAY ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2010. 743, note D. BUREAU et H. MUIR WATT.

Cass., 1re civ., 1er juin 2011, n° 10-16.482, n° 09-68.479 et n° 09-71.992: *D.* 2011. 16178, obs. I. GALLMEISTER, *AJ famille* 2011. 380, obs. A. BOICHE.

Cass., 1re civ., 8 juill. 2010, n° pourvoi 07-17.788: *D.* 2010. 1869, obs. X. DELPECH, et 2323, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE, *R.T.D.Civ.* 2010. 780, obs. B. FAGES, *JDI* 2011. 107, note S. SANA-CHAILLE DE NERE.

Cass., com. 13 juill. 2010, n° pourvoi 10-12154: *Bull. civ.,* IV, n° 131, *D.* 2010. 2339, obs. X. DELPECH, note V. DA SILVA, et 2323, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE, *RTD Com.* 2010. 779, obs. B. BOULOC, *JCP* 2010. 972, note D. BUREAU et L. D'AVOUT, *JDI* 2011. 91, note F. JAULT-SESEKE, *RD transp.* 2010. étude 12, obs. C. LEGROS, comm. 183, obs. C. PAULIN, et comm. 184, obs. P. DELEBECQUE.

Cass 1re civ 17 nov. 2010, 09-70.402: *D.* 2012, *Pan.* 1228, obs. H. GAUDEMET-TALON et F. JAULT-SESEKE, *JCP N* 2011, *chron. DIP notarial*, 1256, n° 9, obs. E. FONGARO, *Dr. fam.* 2011. Comm. 67, obs. M. FARGE.

Cass., 1re civ., 15 décembre 2010, nº pourvoi 09-10.439: *Bull.* 2010, I, nº 265.

Cass., soc., 16 février 2011, pourvoi nº 09-72.061: *Bull.* 2011, V, nº 52.

Cass., 1re civ., 6 avril 2011, nº pourvoi 09-17130.

Cass., com., 27 avr. 2011, n° 09-13: *D.* 2011, p. 1277, obs. X. DELPECH, 1654, note Y.-E. LE BOS, et 2434, spéc. 2438, obs. L. D'AVOUT, *RDI* 2011, p. 618, obs. H. PERINET-MARQUET, *Rev. crit. dr. internat. privé* 2011. 624, rap. A. MAITREPIERRE, et 659, note M.-E. ANCEL, *Dr. & patri.* déc. 2011. 90, note M.-E. ANCEL, *RDC* 2011. 1294, obs. J.-B. RACINE, *JDI* 2012, p. 148, obs. P. DE VAREILLES-SOMMIERES.

Cass., soc., 17 mai 2011, pourvoi nº 10-12.852, *Bull.* 2011, V, nº 108.

Cass., soc., 29 juin 2011, nº pourvoi 09-71.107, *Bull.* 2011, V, nº 181 ;

Cass., 1re civ., 26 octobre 2011, nº pourvoi 09-71.369: *Bull.* 2011, I, nº 182.

Cass., com., 22 nov. 2011, n° 10-20.426.

Cass., soc., 31 janvier 2012, nº pourvoi 10-19.807, *Bull.* 2012, V, nº 43;

Cass., soc., 8 février 2012: *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2012, p. 576, note F. JAULT-SESEKE.

Cass., soc., 11 avril 2012, nº pourvoi 11-21.609: *Bull.* 2012, V, nº 122.

Cass., soc., 26 sept. 2012, nº pourvoi 11-14.540: *Bull.* 2012, V, nº 250.

Cass., 1re civ., 10 oct. 2012, n° 11-18.345: *JurisData* n° 2012-022733.

Cass., soc., 24 avril 2013, nº pourvoi 11-28.398, *Bull.* 2013, V, nº 117.

Cass., soc., 10 juillet 2013, nº pourvoi 12-19.740, *Bull.* 2013, V, nº 193.

Cass., 1re civ., 13 sept. 2013, nºs pourvois 12-18315 et 12-30138.

Cass., 1re civ., 19 mars 2014, nº pourvoi 13-50005.

Cass., 1re civ., 28 janv. 2015, C100096.

2. JURIDICTIONS DE FOND

CA Paris, 1re et 2ème ch. réunies, 13 juin 1814, *Busqueta*, *GAJDIP* n° 12.

Trib. civ. Seine, 8 mars 1884.

CA Paris, 26 juin 1884, *JDI* 84. 637.

CA Alger, 24 déc. 1889, *Bartholo*, *JDI* 1891. 117.

Trib. civ. Seine, 10 nov. 1905, *JDI* 1906.145, concl. BOULLOCHE.

Trib. civ. Seine, 31 déc. 1910, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1911. 348.

Trib. civ. Seine, 6 mai 1911, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1911. 349.

Ttrib. civ. Toulouse, 3 déc. 1917 et 15 juill. 1918, *Mihaesco*: *S.* 1920.2.65.

Trib. civ. Seine, 12 mars 1920: *JDI* 1920. 209.

CA Paris, 17 nov. 1922: *DP* 1923. 2. 59, *S.* 1924. 2. 65, *JDI* 1923. 85, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1923. 23.

Cass., civ., 19 nov. 1923: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1924. 136, *JDI* 1924. 163, note MARILLOT.

CA Rabat, 3 févr. 1925: *JDI* 1926. 432.

CA Rennes, 26 juill. 1926, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1927. 523, note J.-P. NIBOYET.

Trib. civ. Meaux, 4 mai 1928, *JDI* 1928. 1223.

CA Limoges, 26 juin 1939, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1939. 461.

CA Paris, 10 févr. 1946, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1947. 142, note H. BATIFFOL.

CA Paris, 10 juil. 1946, *Bioncourt*: *Gaz. Pal.* 1946. 2. 141, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1947.142, concl. FRECHE et note H. BATIFFOL, *JCP* 1947. II. 3392, note R. SAVATIER.

CA Paris, 15 déc. 1948, *D.* 1949.461, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1949. 113, note Ph. FRANCESCAKIS, *S.* 1949.12.69, note G.-R. Delaume, *JCP* 1949. II. 4950, note R. SARRAUTE et P. TAGER.

CA Aix, 14 févr. 1950, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1951.140, note J. SCHEFTEL.

CA Paris, 2 juill. 1954: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1954. 810, note H. BATIFFOL, *JDI*, 1955. 142, note A. PO CA Paris, 18 mars 1954: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1955, note H. BATIFFOL.

CA Aix, 22 mars 1955: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1956. 274, note Y. LOUSSOUARN, *JDI* 1955. 670, note SIALELLI.

Trib. civ. Seine, 7 nov. 1958, *JDI* 1962. 114, note P. AYMOND.

CA Paris, 1er juill 1959, *JCP* 1959. II. 11214, concl. F. COMBALDIEU, *JDI* 1960.428, note A. PONSARD ;

CA Paris, 7 juill. 1959, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1960.354, note Y. LOUSSOUARN.

A Paris 10 nov. 1959, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1960. 218, note Ph. FRANCESCAKIS, 6 aprilie 1962, *D.* 1962. 217, note Ph. MALAURIE, 1963. 364.

Trib. GI Seine, 1 juin 1960: *JDI* 1961.410, note G. LYON-CAEN.

CA Paris, 15 nov. 1960: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1961. 397, note Y. LOUSSOUARN.

CA Paris 19 febr 1960, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1961. 182 , note P. LAGARDE.

Trib. GI Seine, 14 mai 1962, *Gunzburg c/ Dame Schrey*: *D.* 1962. 653, note Ph. MALAURIE.

Trib. civ. Seine, 6 juin 1962: *D.* 1962. 653, note P. MALAURIE.

CA Rennes. 6 févr., 1962: *JDI* 1963. 408, note R. JAMBU-MERLIN .

CA Fort-de-France, 21 juin 1962, *Bracscu: Rev. crit. dr. internat. privé* 1963. 724, note G.A.L. DROZ.

CA Paris, 2 oct. 1963, *Kieger c/ Amigues*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1964. 332, note P. LAGARDE.

CA Paris, 12 decembrie 1963, *JDI* 1965.122, note J.D.B. ; *JCP* 1964. 71.

CA Paris, 18 juin 1964, *de Gunzburg*: *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1967. 340, note J. DEPREZ ; *JDI* 1964, p. 810, note J.-D. BREDIN.

CA Paris, 18 juin 1964, *JDI* 1964. 810, note BREDIN, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1967. 340, note J. DEPREZ.

CA Paris, 30 juin 1964, *JDI* 1965. 107, note B. GOLDMAN, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1965. 353, note H. BATIFFOL;

CA Paris, 3 déc. 1964, *JCP* 1966. II. 14497, note J.-M. BISCHOFF, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1965. 697, note A. PONSARD.

TGI Seine, 1er juill. 1865, *Gaz. Pal.* 1965. 2. 411.

CA Paris, 23 juin 1965: *JDI* 1966. 102, note Ph. MALAURIE.

Trib. GI Seine, 12 janv. 1966, *Stroganoff*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1967. 120, note Y. LOUSSOUARN, *JCP* 1967. II. 15266, note BISCHOFF, *Rép. Commaille* 1967. 317, note G.A.L. DROZ.

CA Seine, 18 avril 1966, *Cismigiu*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1967. 323, note PATARJN.

Trib. GI Seine, 1er mars 1967: *JDI* 1968. 358, note P. KAHN.

Trib. GI Seine, 13 déc. 1967, *JDI*, 1968. 353, note KAHN.

CA Paris, 3 févr. 1968: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1970. 95, note P. LAGARDE, *JDI* 1970. 306, note A. PONSARD, *Journ. Not.* 1970. 586, note G.A.L. DROZ,

CA Paris, 10 janv. 1970, *Rev .crit. DIP* 1971, p. 518, note G.A.L. DROZ, *D.* 1972, p. 122, note P. MALAURIE.

CA Paris, 1er févr. 1972, *JCP* 1972. II. 17096, concl. GEGOUT, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1972. 644, note WIEDERKEHR, *JDI* 1972.594, note P. KAHN.

CA Paris 30 mai 1972, *Rev. crit. dr. internat. privé,* 1972. 666, note P. LAGARDE.

CA Paris 28 nov. 1973, *Gaz. Pal.* 1974.1. 56.

CA Paris, 23 janv. 1975, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1976. 97, note R. DAYANT.

Trib. GI Bayonne, 28 avr. 1975, *JCP* 1975. II. 18 168, note R. BONNAIS, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1976. 331, note A. NECKER.

TGI Paris, 22 avril 1976, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1977. 324, note G.A.L. DROZ.

CA Paris, 11 mai 1976, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1977, p. 109, note I. FADLALLAH.

CA Paris, 25 nov. 1976: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1978. 76, note G. WIEDERKEHR.

CA Paris 14 déc. 1978, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1979. 603, note SIMON-DEPITRE.

CA Paris 13 nov. 1979: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1980.568, 1re esp., note Y. LEQUETTE.

CA Versailles, 18 janv. 1982: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1983. 442, note H. GAUDEMET-TALLON.

CA Aix-en-Provence, 9 mars 1982, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1983. 282, note G.A.L. DROZ.

CA Paris, 3 oct. 1984, *Banque ottomane*, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1985, note H. SYNVET, *JDI*, 1986, p. 156, note B. GOLDMAN.

CA Paris, 19 sept. 1991, D. 92.43 note Ch. JARROSSON.

CA Versailles, 27 févr. 1992, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1993. 473, note H. MUIR WATT.

Cass., com., 16 nov. 1993, *Sté Amerford*, nº pourvoi 91-16116: *Rev. crit. dr. internat. privé* 1994. 332, note P. LAGARDE, *JDI* 1994. 98, note J.-B. DONNIER, *GAJDIP*, nº 82,

Trib. GI Paris, 5 janv. 1994, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1994.529, note E. POISSON-DROCOURT et J. RANGEL.

CA Paris, 3 mars 1994, *JCP* 1995. II. 22367, note H. MUIR WATT, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1994.532, note ANCEL, *D.* 1994, somm. comm 355, obs. B. AUDIT, *JDI* 1995.607, note P. LEGIER.

CA Paris, 14 juin 1995, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1997. 41, note P. GANNAGE.

CA Paris, 19 sept. 1995, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996. 112, note H. MUIR WATT.

CA Pau, 1er mars 2001, *D.* 2002, somm. 639, obs. H. SYNVET, *D.* 2002, somm. 2939, obs. R. FRANCK.

CA Paris, 5 oct. 2000 et 4 juin 2001, *Sotlzenberg*: *Rev. crit. dr. internat. privé* 2002.704, note H. MUIR WATT.

C. JURIDICTIONS INTERNATIONALES

Cour permanente d'arbitrage, 4 avril 1928, *Ile de Palmas (États-Unis c/ Pays-Bas): RSA* vol. II, 829 ; *RGDIP* 1935, p. 156.

CIJ, 7 sépt. 1927, *Lotus*, *Rec. CPJI*, Série A, p. 18.

CEDH, 17 févr. 2004, *Gorzelick et autres c/ Pologne*, Rec., p. 00044158/98.

CEDH, 5ème Section, 26 juin 2014, *Labassee c/ France*, Req. nº 65941/11.

CEDH, 5ème Section, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, Req., nº 65192/11.

D. JURIDICTIONS ETRANGERES

Court of probate and divorce anglaise, *Hyde c/ Hyde*, 1866, *(L.R.) I. P. § D.* 130.

RG, 23 janv. 1882, *JDI* 1936, p. 259 et p. 513, note N. PHILONENKO.

High court, Chancery Division*, Re Annesley. Davidson c/ Annesley*, 1926, *Ch.* 629.

CA anglaise, *Paley (Princess Olga) c/ Weisz*, 1929, 1 *K.B.* 718.

High court de la Chambre des Lords, *Russian Commercial and Industrial Bank c/ Comptoir d'Escompte de Mulhouse*, 1923, J2 *K.B.* 631.

CA Bologne, 26 juin 1933, *S.* 1936. 4. 8, note C. GRASSETTI, *Riv. dir. privato*, t. V, p. 3 et s.

RG, 6 juil. 1934, *JDI* 1936, p. 259 et p. 513, note N. PHILONENKO.

CA Trieste, 7 janv. 1937, *Riv. dir. com.*, 1937, partie II, p. 317.

Cass. italienne, 29 déc. 1937, *Riv. dir. privato*, t. IX, partie II, p. 228 et s., note C. GRASSETTI.

High court du Michigan, *University of Chicago c/ Deter*, *JDI* 1938, p. 881 et s.

CA anglaise *Tallinna Laevauhisus c/ Estonian State Steamship Line*, 1947, 80 *Lloyd's Rep*. 99, 107.

Cass. belge, 4 mai 1950, *Pas.* 1950. I. 624.

Trib. fédéral suisse, *Ammon c/ Royal Dutch*, 1954, *ATF* 80 II 53 ; *JT* 1954. 1. 588 ; *JT* 1955. 274 et 1961. 250 ; *Ann. Suisse de Dr. int.*, vol. XII (1955), p. 274.

High court du Wisconsin, *Haumschild c/ Continental Casualty* 1959, *Co.*, 95 *NW 2d* 814.

Cass. belge, 10 mai 1962, *Rinck c. Époux Zander-Rinck: Pas.* 1962. 1. 1014.

High court de la Pennsylvanie, *Griffith c/ United Air Lines*, 203 *A.2d* 796, 797, *Pa.* 1964.

Cass. belge, 12 novembre 1965, *Société Lamot Limited (Ltd.)*: *JDI* 1966. 140, obs. R. ABRAHAMS, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1967. 510, note Y. LOUSSOUARN.

Cass. italienne, 16 février 1966, *Finaly c./ Bounin, Commune di Firenze et autres*: *Riv. dir. int.*, 1966, p. 408, *Giur. It.*, 1966. I. 1402, note M. CAPPELLETTI.

High court de la Chambre des Lords, 17 déc. 1967, *Carl Zeiss Stiftung c/ Rayner et Keeler Ltd.* (nº 2) 1967, 1 *AC* 853.

Cour d'arbitrage de Sofia, sentence n° 21/56, *JDI* 1967.175, obs. Al. KOJOUHAROFF.

Cour suprême suédoise, *Nytt Juridiskt Arkiv* de 1969, p. 163.

U. S. District Court du Central District de la Californie, 1er août 1975, 399 *F. Supp.* 735.

Cass. belge, 1re civ., 28 juin 1979, *Pas.* 1979. 1. 1260, F. RIGAUX et G. ZORBAS, *Grands arrêts de la jurisprudence belge de droit international privé,* Bruxelles, 1981, Larcier, p. 471.

CA anglaise, *Singh Batra c/ Ebrahim*, 1982, 2 *Lloyd's Rep.,* 11, 13.

High court de la Chambre de Lords, *United City Merchants (Investments) Ltd c/ Royal Bank Canada*, 1983, 1. *AC* 168, 189 *HL.*

Trib. Féd. suisse, 28 nov. 1991, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1992, p. 484, note F. KNOEPFLER.

High court de la Chambre de Lords, *Caltex Singapore Pte. Ltd. / B.P. Shipping Ltd.*, 1996, 1 *Lloyd's Rep*. 286, 297.

High court de la Chambre de Lords, *Phoenix Marine Inc. c/ China Ocean Shipping Co.*, 1999, 1 *Lloyd's Rep*. 682.

High court, Queen's Bench Division, Commercial Court, *Glencore International A.G. c/ Metro Trading International Inc.*, 2001, 1 *Loyd's Rep.* 284, p. 300.

III. Index des matieres

Avertissement : Les numéros visés se rapportent aux paragraphes de la thèse

Adaptation

- généralités 784-793
- au niveau matériel 794-797
- au niveau conflictuel 800-812

Application

- directe 16
- indirecte 16
- d'une règle juridique 212-217
- d'une règle étrangère 218-257

Applicabilité 77

Autonomie de la volonté 191-195, 370, 642, 1019, 1214, 1295

Conflit de juridictions

- compétence directe 50-53
- compétence indirecte 50-53

Conflit de lois (notion) 29-33

Conflit mobile 1064-1114

Conflit transitoire 1037-1063

Conflits internes

- généralités 983-1006
- solutions 1007-1027

Contenu de la loi étrangère

- information
  - moyens d'information 493-502
  - mécanismes de coopération internationale 503-513
- preuve
  - répartition des tâches 527-534

- office du juge 535-540
- modes de preuve 541-571
- techniques d'établissement 554-557
- défaillance 566-571

- interprétation
  - appréciation souveraine 584-603
  - exceptions
    - contrôle des motifs 606-611
    - contrôle dénaturation 612-615

Droit étranger (notion) 27-28, 43

Droit public

- généralités 10, 12, 330-340
- exclusion d'application 341-349
- application en droit privé 350-353

Droits acquis 930, 1068, 1076-1079

Droits disponibles et indisponibles 452-469

Effet direct 651, 1232-1237

Théorie de l'égalité de traitement *lex fori*-loi étrangère 292-297

Equivalence 813-837

Fraude

- à la loi 1264
- à la compétence juridictionnelle 1267-1270
- *forum shopping* 1270
- mécanisme frauduleux 1271-1275

Institutions juridiques inconnues

- *trust* 707-711
- *kafala* 712-715
- *mahr* 716-717

Problème des institutions non identifiées 720-723

Local law theory 172-173

Loi étrangère

- autorité 381-411
- régime procédural 43, 77, 423-451

Lois de police

- généralités 229-232
- du for 234-240
- étrangères 245-257
- du droit de l'Union européenne 240-244

Méthode bilatéraliste (conflictuelle)

- notion 14-20
- critiques 316-329

Méthode unilatéraliste /théorie de la reconnaissance 915-953,1021-1027

Ordre juridique (notion) 21-28

Ordre juridique de l'Union européenne:

- structure 241-242
- nature 127-139

Ordre public sous l'influence de l'Union européenne 1206-1241

Ordre public interne 1143-1147

Ordre public international

- de proximité 1185, 1197
- effet négatif 1190-1193
- effet positif 1190-1193
- effet atténué 1194-1201
- effet plein 1194-1201

Principe de primauté 1214-1216

Principe de proximité 182-189, 242, 262, 271

Principe de souveraineté 190

Prise en considération 45-48

Rapports entre uniformisation, harmonisation et unification 58

Renvoi

- généralités 853-874
- de qualification 881-885

- de rattachement 876-880

Règle de conflit

- notion 34-40
- autorité 381-411
- régime procédural 41-42
- fonctions 34-40
- bilatérale 37
- unilatérale 37-39
- hybride 40
- à finalité matérielle 37

Règle matérielle (notion) 9-10

Qualification

- généralités 667-673
- *lege fori* 674-732
- *lege causae* 733-753

Questions préalables 906-953

Substitution 768-812

Système juridique (notion) 23-28

Théorie des intérêts étatiques 196-209

Théorie de la réception 166-173

Transposition 777-783

IV. TABLE DES MATIERES

ABREVIATIONS **1**

SOMMAIRE 7

INTRODUCTION **9**

I. La terminologie 12
a. Droit international privé 12
b. Application 15
c. Loi étrangère 19
d. Conflit de lois 23
e. Règle de conflit 26
f. Régime procédural de la règle de conflit 30
g. Régime procédural de la loi étrangère 31
II. Champ de l'étude (délimitations) 31
III. Les autorités susceptibles d'appliquer la loi étrangère 36
IV. Intérêt de l'étude 39
V. Le droit de l'Union européenne et l'application de la loi étrangère 46
VI. La méthodologie de recherche 49
VII. Problème juridique 50
VIII. Plan de l'étude 55

PARTIE I **59**

LES PRINCIPES DIRECTEURS DE L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE **59**

TITRE I **61**
LES PRINCIPES GENERIQUES DE L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE **61**
CHAPITRE 1 63
LES FONDAMENTAUX DE L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE 63
Section 1 65
L'application de la loi étrangère comme conséquence de l'internationalité du droit international privé 65
§ 1. L'Effet direct de l'internationalité du droit international privé 66
A. Une internationalité différente de celle du droit international public 67
1. Des éléments révélateurs d'internationalité opposés 68
2. Des solutions se fondant sur l'internationalité du droit international privé 70
B. Une internationalité propre au droit international privé 72
1. Internationalité liée à l'extranéité des rapports juridiques de droit international privé 72
2. Internationalité reflétée à travers les autorités qui Règlent les problèmes juridiques de droit international privé 73
§ 2. L'Effet incident de l'internationalité du droit international privé 76
A. Une organisation internationale originale 77
1. Une nature atypique 77
2. Caractérisques des normes européennes découlant de la nature atypique de l'Union européenne 80
B. L'uniformisation inachevée du droit international privé au niveau européen 82
1. La flexibilité normative du droit de l'Union européenne en matière d'uniformisation du droit international privé 83
2. Les conséquences de l'uniformisation européenne inachevée en droit international privé 87
a. Une potentielle *lex fori* européenne 88

b. Une proposition d'unification internationale des règles matérielles 89
Conclusion de section 91
Section 2 93
L'application de la loi étrangère conditionnée par la volonté du for 93
§ 1. Les raisons de l'application de la loi étrangère 93
A. Les justifications de l'application de la loi étrangère 94
1. Les justifications extrinsèques de l'application de la loi étrangère 95
a. Transformation de la loi étrangère en droit national ou sa réception matérielle 96
b. Transformation de la loi étrangère en droit naturalisé ou sa réception formelle 97
c. Les critiques et l'échec américain d'amélioration de la théorie de la réception 97
2. Les justifications intrinsèques de l'application de la loi étrangère 98
B. L' intérêt d'appliquer une loi étrangère 100
1. La protection des intérêts du système juridique du for 100
a. Le principe de proximité et l'application de la loi étrangère 101
b. Les principes concurrents au principe de proximité 105
2. La protection des intérêts du système juridique étranger 107
a. Les variantes de la doctrine des intérêts étatiques 108
b. Les critiques de la doctrine des intérêts étatiques 111
§ 2. La méthodologie de l'application de la loi étrangère 114
A. L'application d'une règle juridique 115
1. La structuré d'une règle juridique 115
2. Un dispositif mis en œuvre 116
B. L'application d'une règle étrangère 117
1. Règles de conflit et application de la loi étrangère 118
a. La fonction de répartition de la règle de conflit 119
b. La fonction de régulation des intérêts privés 119
2. Lois de police et application de la loi étrangère 120
a. L'application des lois de police à coloration étatique 122
α. L'application des lois de police du for 122
β. L'application des lois de police européennes 125
b. Les critères d'application des lois de police étrangères 127
Conclusion de section 133
CONCLUSION DE CHAPITRE 137
CHAPITRE 2 141
LES ADVENTICES DE L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE 141
Section 1 143
Un quasi-principe d'égalité de traitement entre la *lex fori* et la loi étrangère 143
§ 1. La cause: l'absence d'obligation internationale d'appliquer une loi étrangère 144
A. L'attitude défavorable des États envers l'application de la loi étrangère 144
B. L'influence du droit international public sur le droit international privé 145
§ 2. Les conséquences sur la théorie de l'égalité de traitement de la *lex fori* et la loi étrangère 148
A. La théorie de l'égalité de la *lex fori* et la loi étrangère 148
1. Un principe fondamental de droit international privé ? 149
2. L'absence d'obligation internationale sur L'égalité de traitement de la lex fori et la loi étrangère 151
B. L'inégalité *de facto* entre la *lex fori* et la loi étrangère 152
1. La situation en France 153
2. La situation en Europe 156
Conclusion de section 158
Section 2 : Une méthode conflictuelle critiquée 161

§ 1. La rigidité de la règle de conflit concernant le choix de la loi applicable 164
A. Une absence de choix 164
1. La pluralité niée des éléments de rattachement 164
2. Une solution insuffisante 166
B. Les limites à la bilatéralité de la règle de conflit 167
§ 2. L'exclusion du droit public de la matière des conflits de lois 169
A. Déterminer la nature publique du droit étranger 170
B. Appliquer le droit public étranger 173
1. La règle de la non-application des dispositions étrangères de droit public 173
2. L'exception : l'application des dispositions étrangères de droit public dans les litiges privés 178
Conclusion de section : 180
CONCLUSION DE CHAPITRE 185
CONCLUSION DE TITRE 189
TITRE II 193
LES PRINCIPES CIRCONSTANCIES DE L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE 193
CHAPITRE 1 195
L'AUTORITE DE LA REGLE DE CONFLIT 195
Section 1. Le principe de l'application facultative de la règle de conflit 197
§ 1. L'application de la règle de conflit à l'initiative des parties 198
A. L'évolution des solutions jurisprudentielles 199
1. Les solutions anciennes extrêmes quant à la liberté des parties d'invoquer la règle de conflit 200
2. La solution actuelle modérée quant à la liberté des parties d'invoquer la règle de conflit 202
B. Les implications sur le rôle des parties 204
§ 2. L'application de la règle de conflit à l'initiative du juge 206
A. Dans le système classique continental 206
B. Dans le système de la *Common law* 208
Conclusion de section 210
Section 2 L'exception de L'application de la règle de conflit 213
§ 1. La nature juridique de la source de la règle du conflit 214
A. L'autorité de la règle de conflit d'origine conventionnelle 214
B. L'autorité de la règle de conflit sous l'influence du droit de l'Union européenne 218
1. Le contrôle du fonctionnement des règles de conflit nationales 219
2. L'élaboration de règles de conflit uniformes 223
a. La portée géographique des règles de conflit uniformes 224
b. L'autorité des règles de conflit uniformes devant le juge national 225
α. Le principe de primauté en tant que source de l'application d'office de la règle de conflit 225
β. La qualification d'ordre public en tant que source de l'application d'office de la règle de conflit 226
χ. L'effet utile de la réalisation du marché intérieur en tant que source de l'application d'office de la règle de conflit 227
§ 2. La nature des droits litigieux 230
A. L'exception française 230
B. Les problèmes de la dichotomie droits disponibles-droits indisponibles 232
1. La détermination difficile de la nature des droits litigieux 232
2. L'opportunité douteuse de la dichotomie des droits litigieux 234
Conclusion de section 236
CONCLUSION DE CHAPITRE 239
CHAPITRE 2 243
L'INTELLIGIBILITE DE LA LOI ETRANGERE 243
Section 1 245

La recherche du contenu de la loi étrangère 245
§ 1. L'information sur le contenu de la loi étrangère 245
A. Les possibilités d'information sur le contenu de la loi étrangère 246
1. Moyens d'information sur le contenu de la loi étrangère 246
2. Mécanismes de coopération internationale pour l'information sur le contenu de la loi étrangère 249
B. Problèmes et solutions concernant l'information sur le contenu de la loi étrangère 254
1. Les problèmes concernant l'information sur le contenu de la loi étrangère 255
2. Les solutions améliorant l'information sur le contenu de la loi étrangère 256
§ 2. La preuve du contenu de la loi étrangère 257
A. Les systèmes d'établissement du contenu de la loi étrangère 258
1. L'ancien système de répartition des tâches entre parties et Juge 259
a. Ancienne répartition des tâches en présence de droits disponibles 259
b. Ancienne répartition des tâches en présence de droits indisponibles 261
2. L'actuel système du rôle décisif du juge 263
B. Les modes de preuves de la loi étrangère 265
1. Approches opposées d'admissibilité des modes de preuve de la loi étrangère 266
a. Liberté de la preuve 266
α. Les modes de preuve ouverts aux parties 269
β. Les techniques d'établissement de la teneur du droit étranger par le juge 270
b. Encadrement de la preuve 271
2. Les conséquences de la défaillance de la preuve quant à la teneur de la loi étrangère 274
Conclusion de section 278
Section 2 283
Interpréter le contenu de la loi étrangère. 283
§ 1. Le principe de l'appréciation souveraine des juges du fond 284
A. Les circonstances favorisant une limitation du contrôle 285
1. Les justifications inhérentes aux fonctions du juge du fond 285
2. Les justifications inhérentes à la mission spécifique de la Cour de cassation 286
B. Les conséquences des modifications affectant l'office du juge du fond quant à la connaissance de la loi étrangère 291
§ 2. Les exceptions au Principe de l'appréciation souveraine des juges du fond 292
A. Le contrôle des motifs 293
B. Le contrôle de dénaturation. 296
Conclusion de section 298
CONCLUSION DE CHAPITRE 301
CONCLUSION DE TITRE 305

CONCLUSION DE PARTIE 309

PARTIE II 313

LES ELEMENTS PERTURBATEURS DE L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE 313

TITRE I 317
LES DESEQUILIBRES PONCTUELS DES SYSTEMES JURIDIQUES 317
CHAPITRE 1 321
L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE FACE A DES CONCEPTS JURIDIQUES DIFFERENTS 321
Section 1 323
Qualification et application de la loi étrangère 323
§ 1. La qualification *lege fori* préalable au choix de la loi applicable 327

A. Le rôle de la source du concept à qualifier sur l'application ultérieure de la loi étrangère 328
1. La qualification des concepts de source étatique 328
2. La qualification des concepts de source conventionnelle ou du droit de l'Union européenne 331
a. Conventions internationales et qualification 331
b. Droit de l'Union européenne et qualification 332
B. L'assouplissement des concepts du for face aux nécessités des situations de droit international privé 338
1. L'autonomie de la qualification internationale tirée de la réception des institutions étrangères 338
a. Le caractère ressemblant des institutions étrangères. 339
b. Le caractère inconnu des institutions étrangères 341
α. Le trust 343
β. La kafala 346
χ. Le mahr 349
2. L'autonomie de la qualification internationale tirée du respect des finalités du rattachement 350
a. La catégorie non encore identifiée 350
b. Les catégories identifiées présentant des problèmes d'articulation 352
§ 2. La qualification *lege causae* postérieure au choix de la loi applicable 356
A. La qualification substantielle 356
B. Le renvoi de qualifications 362
1. La différentiation entre le renvoi de rattachements et le renvoi de qualifications 362
2. Les spécificités du renvoi de qualifications 363
Conclusion de section 366
Section 2 371
Rapport juridique écartelé entre plusieurs systèmes juridiques et application de la loi étrangère 371
§ 1. L'influence de la Substitution et de l'adaptation sur l'application de la loi étrangère 373
A. La mécanique de la substitution et l'application de la loi étrangère 374
1. Les conditions de la mise en œuvre de la substitution 374
2. Substitution et procédés ressemblants 377
B. La mécanique de l'adaptation et l'application de la loi étrangère 380
1. Particularités d'adaptation et application de la loi étrangère 381
2. Modalités d'adaptation et application de la loi étrangère 383
a. L'adaptation réalisée au niveau matériel 384
b. L'adaptation réalisée au niveau conflictuel 386
α. L'adaptation effectuée au niveau des règles de conflit 386
β. Le règlement des conflits des conventions internationales 388
§ 2. L'influence de l'Equivalence sur l'application de la loi étrangère 391
A. Mise en oeuvre de l'équivalence et application de la loi étrangère 393
1. L'Equivalence des institutions 394
2. L'Equivalence des résultats 396
B. Effets de l'équivalence et application de la loi étrangère 397
1. Succès de l'opération d'équivalence 398
2. Echec de l'opération d'équivalence 399
Conclusion de section 401
CONCLUSION DE CHAPITRE 403
CHAPITRE 2 405
L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE FACE A DES RATTACHEMENTS JURIDIQUES DIFFERENTS 405
Section 1 407
Renvoi et application de la loi étrangère 407
§ 1. Les justifications théoriques du renvoi 408
A. Arguments pour et contre le renvoi 409

B. Les fondements du renvoi 412
1. Les explications construites sur des artifices 412
2. Les explications construites sur des considérations pragmatiques 414
§ 2. Les conséquences pratiques du renvoi 416
A. La spécificité technique du renvoi 416
1. Les types de renvoi 416
2. La différence entre le renvoi de rattachements et celui de qualifications 419
B. Le statut jurisprudentiel du renvoi 421
1. Le principe 421
2. Les exceptions 423
Conclusion de section 425
Section 2 429
Questions préalables et application de la loi étrangère 429
§ 1. Identification de la question préalable 430
A. La complexité de la question préalable 430
B. Les rapports entre les questions préalables et d'autres procédés ressemblants 433
§ 2. Détermination de la loi qui régit la question préalable 437
A. Les solutions classiques 438
1. Les rapports entre la question préalable et celle principale 439
2. Les avantages et les désavantages des solutions classiques 441
B. Les solutions modernes 446
1. La solution du rattachement variable des questions préalables 446
2. Les solutions issues des conventions internationales et du droit de l'Union européenne 448
Conclusion de section 451
CONCLUSION DE CHAPITRE 453
CONCLUSION DE TITRE 455
TITRE II 459
LES DESEQUILIBRES CONCERNANT LES SYSTEMES JURIDIQUES DANS LEUR ENSEMBLE 459
CHAPITRE 1 463
LES DESEQUILIBRES PROVOQUES PAR LA MULTIPLICITE FORTUITE DES LOIS SUSCEPTIBLES DE S'APPLIQUER 463
Section 1 465
Multiplicité procédant du caractère composite du système juridique étranger 465
§ 1. Les conséquences sur l'application de la loi étrangère des conflits internes du système juridique étranger 466
A. Les conflits rattachés au droit interne 468
B. Les conflits rattachés au droit international 471
§ 2. Les solutions aux conflits internes et l'application de la loi étrangère 475
A. Des solutions en tandem 475
1. Désignation immédiate du droit matériel étranger 476
2. Utilisation d'une règle spécialement prévue pour résoudre le conflit interne 477
B. Les solutions en matière de conflits suscités par un changement de souveraineté 480
1. Des solutions liées à la théorie de la reconnaissance 480
2. Des solutions jurisprudentielles manquant d'uniformité 483
Conclusion de section 484
Section 2 487
Multiplicité procédant de l'influence des facteurs espace et temps sur le conflit de lois 487
§ 1. Les conséquences du conflit de droit transitoire sur l'application de la loi étrangère 488
A. Changement de la règle de conflit étrangère 490

B. Changement de la loi étrangère matérielle 490
1. La solution tirée de la prise en compte de l'origine étrangère de la loi applicable 491
2. La solution tirée de la prise en compte de la particularité internationale du conflit transitoire 492
a. Le point de vue rigide 493
b. Le point de vue souple 496
c. Compromis entre les deux méthodes 497
§ 2. Les conséquences du conflit mobile sur l'application de la loi étrangère 499
A. Les thèses proposées pour résoudre un conflit mobile 500
1. Les diverses propositions théoriques 501
2. La proposition théorique retenue 505
B. L'application dans la pratique de la thèse retenue 510
1. La transposition des solutions du conflit de droit transitoire de droit interne 511
a. L'application immédiate de la loi nouvelle 512
b. L'attribution à la règle de l'application immédiate d'un domaine identique à celui qui est le sien en droit interne 513
2. Les exceptions respectant la spécificité du conflit mobile 514
a. L'exclusion systématique de toute rétroactivité 514
b. La manipulation du conflit mobile aux fins d'application de la loi la plus favorable 516
Conclusion de section 517
CONCLUSION DE CHAPITRE 519
CHAPITRE 2 521
LES DESEQUILIBRES PROVOQUES PAR L'INTOLERANCE DU SYSTEME JURIDIQUE DU FOR A L'APPLICATION DE LOI ETRANGERE 521
Section 1 525
L'éviction de la loi étrangère comme correctif de la neutralité de l'élément de rattachement 525
§ 1. La notion imprécise de l'ordre public 527
A. L'ordre public international et les notions voisines 527
1. Ordre public international et ordre public interne 528
2. Ordre public international et catégorie normale de rattachement 530
3. Ordre public international et lois de police 532
B. La spécificité de l'ordre public 532
1. La portée de l'exception d'ordre public 534
2. La mise en œuvre de l'exception d'ordre public 537
§ 2. Les influences exercées sur l'ordre public international 543
A. L'ordre public international sous l'influence étatique 544
1. Effet négatif et effet positif de l'exception d'ordre public international 545
2. Effet plein et effet atténué de l'exception d'ordre public international 546
B. L'ordre public international sous l'influence européenne 551
1. La notion d'ordre public européen 553
a. Une existence avérée 554
α. Conditions traditionnelles de l'existence d'un ordre public européen 554
β. Conditions européennes d'existence d'un ordre public européen 555
b. Une notion spécifiquement européenne 556
α. Le contenu de l'ordre public européen 556
β. Les fonctionnalités de l'ordre public européen 556
2. L'influence concrète de l'ordre public européen sur le mécanisme d'éviction de la loi étrangère dans les États membres 557
a. Des solutions potentiellement reformées 557
α. Limitation dans la mise en œuvre de l'exception d'ordre public 559

β. L'exception d'ordre public international, outil au service des objectifs européens 564
b. Des changements au niveau des États membres 565
α. Une double lex fori pour le juge national 565
β. Une compétence étatique menacée 567
Conclusion de section 569
Section 2 571
L'éviction de la loi étrangère comme sanction du comportement frauduleux des plaideurs 571
§ 1. La spécificité de la notion de « fraude à la loi » 572
A. Une notion sujette à interprétations 573
B. Des contours déduits des rapports aux notions voisines 576
1. Des ambiguïtés causées par une même terminologie 576
2. Des ambiguïtés causées par des mécanismes similaires 578
a. Fraude à la compétence juridictionnelle et fraude à la loi 578
b. Mécanismes frauduleux voisins et fraude à la loi 581
§ 2. Le fonctionnement de la fraude à la loi 583
A. Les conditions d'existence de la fraude à la loi 583
1. Modification volontaire du rapport de droit 583
a. L'exploitation du facteur de rattachement 584
b. L'exploitation de la catégorie de rattachement 589
c. L'exploitation de la diversité des systèmes nationaux de droit international privé 591
2. L'intention d'échapper à une disposition impérative de la loi 592
3. Existence d'une loi dont la compétence est protégée 595
4. Le retour au point de départ ou l'effet boomerang de la manœuvre frauduleuse 599
B. Les effets de la fraude à la loi 599
1. L'oeuvre du législateur 601
2. L'oeuvre de la jurisprudence 602
Conclusion de section 604
CONCLUSION DE CHAPITRE 607
CONCLUSION DE TITRE 609

CONCLUSION DE PARTIE 611

CONCLUSION GENERALE 617

ANNEXES 625

I. Bibliographie 627
a. Traités, manuels, mélanges, cours, ouvrages spéciaux, monographies et thèses 627
b. Articles et contributions 637
c. Notes, observations, commentaires 660
II. Index de la jurisprudence citée 683
a. Juridictions de l'Union européenne 683
b. Juridictions françaises 686
1. Cour de cassation 686
2. Juridictions de fond 702
c. Juridictions internationales 705
d. Juridictions étrangères 706
III. Index des matières 709
IV. Table des matières 713