

UNIVERSITE PANTHEON – ASSAS – INSTITUT DE DROIT COMPARE
MASTER 2 DROIT COMPARE DES AFFAIRES

Sous la direction de Madame le Professeur Marie Goré et Madame le Professeur Marie-Elodie

Ancel

2022 – 2023



L'ordre public international en droit international privé des affaires
Approche comparée Europe – Etats-Unis

Mémoire sous la direction de Madame le Professeur Marie-Elodie Ancel

Paola MARRAUD

Séjour de recherche à l'Université de Columbia (NY, USA)

Avertissement

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires, ces opinions doivent être considérées comme propre à leur auteur.

Remerciements

A Madame le Professeur Ancel, pour m'avoir donné le goût du droit international privé et avoir accepté de superviser la rédaction de ce mémoire.

A Madame le Professeur Goré, pour m'avoir admise au sein de sa promotion du Master 2 de Droit Comparé des Affaires et m'avoir donné l'opportunité de partir effectuer un séjour de recherche à l'étranger.

A Madame Kandarasheva, pour son accueil au sein de la bibliothèque de l'Université de Columbia.

Abréviations

CA	Cour d'Appel
Cass	Cour de cassation
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
GADIP	Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
UE	Union Européenne

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	9
<i>Considérations liminaires – L’exception d’ordre public : un élément à la fois contraire et intrinsèque au droit international privé</i>	<i>19</i>
PARTIE I – LA NOTION D’ORDRE PUBLIC	21
Chapitre I - Une imprécision généralisée de la notion de l’ordre public international	24
Section 1 - L’exception d’ordre public comme rempart contre un raisonnement conflictuel répandu	24
Section 2 - Illustrations d’une imprécision commune	27
A) L’incertitude de la notion d’ordre public international en droit français	27
B) L’imprécision de la notion d’ordre public international aux Etats-Unis	29
1) Les décisions fondatrices des standards généraux : un contenu variable	30
2) L’absence de standard contemporain commun	33
3) La référence explicite au standard <i>Loucks</i> par les rédacteurs du dernier <i>Restatement</i>	39
Chapitre II – L’influence supra-étatique sur le contenu de la notion	42
Section 1 - L’influence de l’Union européenne	43
A) Une influence communautaire ambivalente : l’existence d’un « ordre public européen » ?	43
1) Le contrôle de la CJUE sur la détermination de l’ordre public par les Etats membres	43
2) Le concept national de l’ordre public enrichi par les valeurs européennes	45
B) L’introduction européenne d’une institution étrangère d’apparence inconciliable avec les conceptions locales : L’exemple des dommages et intérêts non-compensatoires	48

Section 2 - L'influence fédérale aux Etats-Unis.....	54
A) La relativisation de l'influence fédérale aux Etats-Unis	54
B) L'opportunité du règlement des conflits de lois par le droit commun fédéral.....	56
PARTIE II – LA MISE EN ŒUVRE DE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC.....	58
Chapitre I – Le jeu variable de l'exception de l'ordre public.....	58
Section 1 - La réserve générale à la règle de conflit bilatérale traditionnelle en Europe.	58
A) La seule exigence d'une contrariété « manifeste » à l'ordre public : <i>quo vadis</i> ?	59
B) Une exception débattue en matière contractuelle et délictuelle	60
C) Le recul de l'exception d'ordre public lors de l'utilisation d'autres dispositifs de sécurité	62
1) Les lois de police.....	63
2) Les dispositions impératives de droit communautaire	68
Section 2 - Une mise en œuvre de l'exception à l'épreuve de la révolution conflictuelle américaine	71
A) La mise en œuvre traditionnelle de l'exception d'ordre public : le correctif à la règle de conflit de lois.....	71
B) La mise en œuvre moderne de l'exception d'ordre public : la considération de choix de loi	74
Chapitre II – La relativité spatio-temporelle de l'ordre public international.....	78
Section 1 - La modulation spatio-temporelle de l'ordre public international en France.	78
A) Relativité spatiale : l'ordre public de proximité	79
B) Relativité temporelle : l'ordre public atténué	80
Section 2 - L'influence supra-étatique sur la modulation spatio-temporelle de l'ordre public international	83
Section 3 - La modulation spatio-temporelle de l'ordre public aux Etats-Unis.....	85
A) La théorie américaine des « Vested Rights » : la relativité temporelle sous forme de règle de conflits de lois	85

B) La relativité spatiale : du correctif de la loi désignée à la considération de choix de loi	88
1) La relativité spatiale de l'ordre public en tant qu'exception à la loi désignée par la règle de conflit traditionnelle.....	88
2) La relativité spatiale de l'ordre public appréciée dès le choix de loi moderne	89
<i>CONCLUSION</i>.....	94
<i>Bibliographie</i>	97

INTRODUCTION

1. Un principe général du droit international privé veut que les tribunaux soient autorisés, dans des cas exceptionnels, à refuser l'application d'une règle étrangère qui violerait les valeurs fondamentales de l'État du for. Les relations internationales entre particuliers soulèvent la question du règlement, le cas échéant, du contentieux qu'elles peuvent engendrer, et avec lui, notamment la question de la loi applicable pour régir ledit contentieux. En présence d'une situation qui entretient des liens avec plusieurs ordres juridiques, les lois de ces différents systèmes sont susceptibles de régir ladite situation. Le conflit de lois naît de la concurrence de ces lois émanant de différents ordres juridiques. L'objet central de la discipline des conflits de lois a précisément été de dégager une méthode susceptible d'acceptation universelle visant à la désignation d'une loi pour régir la situation internationale parmi les différentes lois en présence. La pratique a démontré que la loi désignée par cette méthode ne s'appliquait pas toujours gracieusement.
2. En Europe, la méthode conflictuelle la plus répandue dans les systèmes juridiques contemporains est celle inspirée des conceptions du juriste prussien Friedrich Carn von Savigny. Théorisée au milieu du XIXe siècle et considérablement développée au fil des années, elle tient compte des liens que la situation présente avec les systèmes juridiques concernés et peut aussi bien prescrire l'application de la loi du for que la loi étrangère pour régir la situation. Cette règle est composée de deux parties : la première est la catégorie de rattachement qui constitue la situation donnée envisagée par le législateur sous forme de question de droit. Cette catégorie de rattachement est reliée à une loi par un critère de rattachement, seconde partie de la règle. Le critère rattache la question de droit soit à un ordre juridique étranger, soit à celui du for.
3. Il a longtemps été reproché au modèle savignien sa rigidité excessive, puisqu'il empêche au juge de sortir du raisonnement par le syllogisme qu'il impose. Le juge identifie une situation donnée qu'il rattache à une catégorie juridique délimitée par le législateur. Cette catégorie est automatiquement reliée à la loi d'un ordre juridique en application du critère rigide élaboré par le législateur. Le juge ne peut faire preuve de flexibilité dans la mise en œuvre de ce critère de rattachement. Le résultat sur lequel il débouche, la désignation de la loi, est en principe inéluctable. La règle est par ailleurs qualifiée d'indirecte et neutre, puisqu'elle ne résout pas la

question de fond, mais désigne simplement la loi supposée apte à la résoudre, sans réellement s'intéresser au résultat. Cet automatisme empêche le juge de s'interroger sur la capacité de la règle à véritablement résoudre le litige.

4. Du seul point de vue du droit étranger, la règle a soulevé plusieurs difficultés. D'une part, elle a mis en lumière les obstacles en cas de méconnaissance, souvent légitime par le juge, du droit étranger. D'autre part, la complexité suscitée par l'articulation du droit du for et du droit étranger a également fait débat. La délimitation des catégories et la qualification des situations sont en effet grandement influencées par les conceptions juridiques propres au système qui élabore et met en œuvre la règle de conflit. La prétention d'un système juridique à délimiter des catégories juridiques et à qualifier des situations qui s'articuleraient naturellement avec celles des autres droits a été le principal reproche émis à l'encontre de la méthode bilatérale, accusée de délimiter arbitrairement le champ d'application des lois étrangères et de porter atteinte à leur souveraineté. Les hypothèses où les catégories délimitées par le législateur ne seraient pas les mêmes selon deux ordres juridiques différents ne sont, en effet, absolument pas exclues. La question de droit peut se trouver à l'intersection de plusieurs catégories de rattachement. La qualification des vices du consentement en tant que catégorie relevant du statut personnel ou du statut contractuel a fait débat, par exemple. Selon la catégorie retenue par le législateur, le critère pourra rattacher la situation à une règle de conflit différente et déboucher sur une loi différente. Une divergence entre les critères de rattachement est également envisageable. La question de droit peut en effet être classée dans la même catégorie par deux ordres juridiques différents, mais rattachés à des lois différentes.
5. En réaction à cette accusation d'empietement sur les souverainetés étrangères par la règle bilatérale, la méthode de l'unilatéralisme a été élaborée. Cette dernière ne peut, par définition, que déboucher sur la désignation d'une seule loi ; la loi de l'ordre juridique qui met en œuvre la règle de conflit, et en aucun cas la loi d'un autre Etat. Ses théoriciens, les Allemands Schnell et Niedner, ont voulu s'assurer qu'un ordre juridique ne puisse déterminer que la compétence des règles le composant et en aucun cas celle des règles d'un système étranger. Monsieur le professeur d'Avout résume très bien le fonctionnement de la méthode : « *Plus techniquement, une démarche unilatéraliste consiste à ne fixer le champ d'application dans l'espace d'une loi interne que d'après le critère d'applicabilité de l'ordre juridique dont elle émane* »¹. Ainsi, par

¹ B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, Lextenso, (2022), p.170.

exemple, jusqu'en 2010, les contrats d'affrètement et de transport maritime dont les transports effectués au départ ou à destination d'un port français, et hors champ conventionnel, étaient soumis à la loi française du 18 juin 1996 relative aux contrats d'affrètement et de transport maritimes.

6. Il a alors été reproché au modèle unilatéral de se vouloir harmonieux uniquement en cas de « *coordination spontanée* »² des systèmes juridiques concernés, soit lorsqu'une des lois en présence se veut applicable et l'autre non. En l'absence d'une telle coordination, il a rapidement été mis en lumière que la méthode puisse effectivement déboucher sur l'application de deux lois, ou à l'inverse aucune, lorsque la loi du système juridique qui la met en œuvre n'est pas applicable.
7. Ces risques de cumul ou de vide juridique ont permis à la méthode Savignienne de s'ériger en raisonnement conflictuel prédominant dans les systèmes de droit international privé. Pourtant, comme expliqué précédemment, la méthode Savignienne n'a pas échappé aux critiques. L'auteur allemand G. Kegel reprochait en outre à cette dernière d'avoir uniquement vocation à assurer « *la justice de droit international privé* »³, se contentant d'identifier le critère de rattachement pertinent, par opposition à la justice matérielle, la justice de fond visant à solutionner le litige en tant que tel. Ces différentes observations n'ont pas été sans influence sur les règles de droit international privé en Europe. Davantage investies par des considérations de fond, les législations européennes et internes des Etats membres ont progressivement mis en place divers mécanismes visant à atténuer le caractère rigide de la règle de conflit classique, venant déjouer le résultat qu'elle prescrit.
8. Parmi ces mécanismes, figure l'exception de l'ordre public. Une fois que la règle étrangère normalement applicable a été identifiée, sa substance peut poser diverses difficultés. Le juge vient à considérer le contenu de ladite loi, dont il ne se préoccupait guère jusqu'ici en raison des caractères indirect et neutre de la méthode conflictuelle, et s'assure que ce contenu ne heurterait pas l'ordre juridique du for, ses conceptions sociétales jugées essentielles. Dans l'hypothèse où la loi désignée serait susceptible de troubler l'ordre public du for, le juge peut

² B.Audit, L d'Avout, *op. cit.*, p.170.

³ Ch. Guillard, *Justice matérielle et justice conflictuelle : pertinence et pérennité de la distinction en dr. Int. Pr.*, thèse dactyl. Paris II, (2021) cité dans B.Audit, L d'Avout, *op. cit.*.

écarte son application au nom de cet ordre public. L'acceptation de se prémunir contre un tel trouble est justifiée par le « *saut dans l'inconnu* »⁴, que constitue la mise en œuvre de la règle de conflit bilatérale. La règle de conflit désigne une loi, sans vraiment savoir ce qu'elle contient. L'hypothèse de mise en œuvre de l'exception d'ordre public est donc, selon les termes du professeur d'Avout, « *celle d'une divergence fondamentale entre le résultat de l'application de la norme étrangère et les conceptions locales* »⁵.

9. Dans les années 70, une volonté d'harmonisation du droit international privé des Etats membres de l'Union européenne émergea. La première tentative d'unification des règles de conflit de lois aboutit à la Convention de Rome de 1980. Initialement, celle-ci ne portait pas seulement sur la matière contractuelle et incluait également la matière extra-contractuelle. Ce dernier volet fut abandonné en l'absence d'accord entre les Etats, afin de ne pas entraver le consensus sur matière contractuelle. Néanmoins, le projet d'une harmonisation en matière extracontractuelle ne quitta jamais l'esprit des législateurs européens et fut inscrit en 1994 par résolution du Conseil de l'Union européenne parmi les priorités du domaine de la coopération judiciaire. Dans une dynamique novatrice et progressiste, suite à l'obtention de véritables prérogatives par l'adoption du Traité d'Amsterdam en 1997, l'Union européenne adopta le 17 juin 2008 le règlement (CE) n°593/2008, « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles, succédant à la Convention de Rome, puis le règlement (CE) n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil dit « Rome II » en matière extracontractuelle. Ces règlements sont obligatoires dans tous leurs éléments et directement applicables dans les Etats membres. En matière contractuelle, le droit commun français des conflits de lois, essentiellement jurisprudentiel, fut remplacé par la Convention de Rome. Succédant à cette dernière, le règlement Rome I devint le droit commun français. De structure dualiste, il s'applique aux contrats conclus à compter du 17 décembre 2009 et reprend l'essentiel des dispositions de la Convention en continuant de mettre à l'honneur l'autonomie des parties, qui sont libres de choisir la loi applicable à leur contrat⁶. En l'absence de choix, ce dernier prévoit des rattachements rigides fondés sur le lieu de résidence habituelle de la personne qui fournit la prestation caractéristique au contrat, pouvant donc aussi bien déboucher sur la loi du for que sur la loi étrangère⁷.

⁴ L. Raape, *Internationales Privatrecht*, Munich, Franz Vahlen Verlag, (1955).

⁵ B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, Lextenso, (2022), p. 352.

⁶ Article 3 du Règlement Rome I : « *Le contrat est régi par la loi choisie par les parties* ».

⁷ Voir notamment les articles 4, 5, 6 et 7 du Règlement Rome I sur la loi applicable à défaut de choix.

Le règlement Rome II reprend en partie les solutions du droit jurisprudentiel français qui soumet les délits à la *lex loci delicti*, en posant le rattachement de principe à la loi de l'Etat du lieu du dommage⁸. L'innovation de ce dernier règlement figure dans la possibilité pour les parties en litige de choisir la loi applicable. Ce choix est néanmoins strictement encadré et peut être écarté dans le cadre de rattachements spéciaux conçus pour certains délits jugés complexes ou particuliers, en matière de responsabilité du fait des produits, pour les actes de concurrence déloyale, pour des atteintes environnementales ou encore en matière de propriété intellectuelle, par exemple.

Dans l'hypothèse où la loi désignée par les règles de conflit évoquées heurterait les conceptions du for, les deux règlements admettent le mécanisme d'exception d'ordre public, à la condition d'une contrariété « manifeste » entre la loi étrangère et l'ordre public du for⁹.

Si les deux règlements susmentionnés se substituent au droit commun français, ils n'écartent pas les règles de conflit conventionnelles préexistantes, à savoir la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur les contrats de vente d'objets mobiliers corporels et celle du 14 mars 1978 sur les contrats d'intermédiaire. Ainsi, lorsque le litige rentre dans le champ d'application de l'une ou l'autre de ces conventions et que les Etats impliqués sont tous deux signataires, il convient de s'y référer en priorité aux règlements européens. Les textes conventionnels admettent également le recours à l'exception d'ordre public en cas d'incompatibilité entre la loi désignée et l'ordre public.

10. Le droit américain des conflits de lois étant l'une des rares branches du droit américain qui doit son origine au droit de l'Europe continentale, on y retrouve des traits juridiques similaires, notamment l'exception d'ordre public.

11. Par leur physionomie-même, les Etats-Unis, en tant que fédération, se distinguent naturellement des autres pays. Chacun des cinquante Etats a ses propres règles de droit, y compris en droit international privé ; il n'existe pas de *corpus* national unique de conflit de lois. Mais l'expression « conflits de lois » vise aussi bien les conflits entre les Etats fédérés que ceux entre un Etat fédéré et un Etat souverain. Les normes qui régissent les conflits intra-fédéraux

⁸ Article 4. 1 du Règlement Rome II : « Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent. ».

⁹ Voir Article 21 du Règlement Rome 1, Article 26 du Règlement Rome 2.

n'apparaissent pas, au premier abord, différentes des règles de conflits internationaux entre lois d'Etat souverains. Ce parallélisme s'explique par la nette distinction entre la sphère d'intervention des entités fédérées et celle du gouvernement fédéral qui permet la coexistence de véritables règles de conflits de lois au sein d'une même personne publique internationale. Le professeur Gannagé relevait en effet que : « *L'existence d'un Etat unique ou fédéral n'implique pas nécessairement la création d'un système de conflit unique applicable sur l'ensemble du territoire (...). Lorsque l'autonomie législative des pouvoirs locaux ou des communautés est maintenue par l'Etat, elle peut s'accompagner d'une multiplicité de systèmes de conflit à l'intérieur de sa souveraineté* »¹⁰.

Ainsi, le terme « Etat » pourra être pris dans notre étude dans son sens international d'inclusion des nations souveraines, à moins que le contexte ne suggère manifestement le contraire.

12. Les considérations relatives au choix de loi ont rarement été prises en compte par les législateurs américains, très préoccupés par les questions de fond, de sorte que les lois ne contiennent généralement aucune prescription relative à la manière dont elles s'inscrivent dans une situation dans laquelle un autre Etat a également un intérêt. Ainsi, la plupart des règles de choix de loi aux Etats-Unis sont issues de la jurisprudence.

En raison de la configuration particulière des Etats-Unis, la jurisprudence, et les règles qu'elle fixe, varient selon l'Etat dans lequel le justiciable se trouve. Conscients de ce manque de lisibilité, de cette insécurité juridique et du besoin de clarification de la coexistence d'une grande abondance jurisprudentielle, potentiellement contradictoire, professeurs de droit, praticiens et juges se sont saisis du problème. Réuni au sein de l'*American Law Institute*, le « *Comité pour l'établissement d'une organisation permanente pour l'amélioration du droit* » a commandé l'élaboration de recueils synthétisant les raisonnements communs observés dans les différentes branches du droit au sein des Etats fédérés. Ces recueils sont le fruit d'une technique juridique originale : le *restatement* qui, traduit littéralement, signifie reformulation des techniques juridiques. En effet, bien que chaque Etat américain dispose de ses propres règles de conflit de lois, celles-ci tendent à se regrouper autour d'un nombre relativement restreint de méthodologies de conflit de lois. Les *restatements* ne sont pas les lois ; ils servent de guides aux juges des Etats qui les adoptent, mais n'ont pas de force contraignante. Ils constituent néanmoins une ressource essentielle pour quiconque cherche à comprendre la jurisprudence des Etats-Unis en droit, et en particulier en matière de conflits de lois.

¹⁰ L. Gannagé, *La distinction des conflits internes et des conflits internationaux*, *Mélanges en l'Honneur de Paul Roubier*, (1966), t. 1 p.234.

13. En matière de conflits de lois, il existe trois *restatements*.

Le *First Restatement of Conflict of Laws*, paru en 1934, a été inspiré par la doctrine des *vested rights*, c'est-à-dire des droits acquis. Développée par le professeur américain et rapporteur du premier *Restatement* aux États-Unis, J. H. Beale, et A.V. Dicey en Angleterre, cette théorie pose le principe selon lequel lorsqu'un évènement se produit sur un territoire, un droit est créé et le contenu de ce droit ne peut être déterminé que par référence à la loi de ce territoire. Le rôle du tribunal est alors uniquement de déterminer si la partie a un acquis un droit, déterminer le lieu où le droit en question est exécutoire, et enfin faire respecter le droit acquis en appliquant la loi de ce territoire. Cette théorie reprend le schéma Savignien puisqu'elle peut déboucher sur la loi de l'Etat du for ou sur celle d'un autre Etat. De nombreuses règles ont été élaborées sous l'égide de cette théorie, chacune dans un domaine majeur du droit, et prescrivent la loi de l'Etat dans lequel le fait donnant lieu à la cause de l'action a eu lieu. La matière délictuelle était traditionnellement régie par la *lex loci delicti*, la loi du lieu du délit, les questions relatives à la validité du contrat par la loi du lieu où le contrat a été conclu et celles relatives à l'exécution du contrat par la loi du lieu d'exécution. L'évolution de notre société a rapidement mis en lumière les lacunes de ces règles, formulées pour un monde archaïque où le déplacement des personnes et des biens était plus cher, plus lent et moins fréquent. En matière délictuelle, du fait de l'accroissement des mouvements transfrontaliers, le dommage a progressivement commencé à se pluri-localiser. Pour les contrats, les règles posées pouvaient s'avérer arbitraires, par exemple, de manière caricaturale certes, lorsque le contrat avait été conclu à bord d'un train dans un Etat qui n'avait rien à voir avec les parties audit contrat¹¹. Lorsque le « dernier acte » nécessaire à la naissance du droit avait lieu dans l'Etat A, mais que tous les évènements antérieurs avaient eu lieu dans l'Etat B, que les parties étaient domiciliées dans cet Etat B, la rigueur territorialiste du *First Restatement* produisait des résultats contre-intuitifs et arbitraires en désignant la loi de l'Etat A.

De tels résultats pouvaient être tempérés par l'exception d'ordre public lorsque l'application de la loi créatrice du droit acquis s'avérait incompatible avec les conceptions fondamentales du for¹².

¹¹ P. J. Borchers, *Conflicts in a Nutshell*, West Academic Publishing, (2020).

¹² *Restatement (First) Of Conflict of Laws* § 612 (Am. Law Inst. 1934) : « No action can be maintained upon a cause of action created in another state the enforcement of which is contrary to the strong public policy of the forum ».

14. Ainsi, la plupart des efforts de la seconde moitié du XXe siècle furent consacrés à la volonté d'échapper aux vieilles règles de droit. Ces efforts furent impulsés par la Cour d'appel de New York dans deux arrêts célèbres, sur lesquels nous reviendrons plus loin dans notre mémoire. En 1954, dans le célèbre arrêt *Auten v. Auten*¹³, les juges de la Cour d'appel de New York furent les premiers à écarter volontairement la méthode territoriale du *First Restatement* en s'adonnant à l'examen des contacts respectifs entre les Etats concernés et un contrat litigieux pour appliquer la loi de l'Etat ayant le plus de contacts significatifs avec l'affaire. Pareil raisonnement fut opéré en 1963 par la cour d'appel de New York, en matière délictuelle cette fois, dans l'arrêt *Babcock v. Jackson*¹⁴. Durant la même période, le professeur Brainerd Currie, en opposition avec la doctrine territorialiste de Beale, préconisa l'élaboration de méthodes de désignation de lois d'avantages connectées aux politiques de fond sous-jacentes aux lois en concurrence, ce que Currie appelait les « *intérêts gouvernementaux* ». Cette doctrine, communément désignée par l'expression « *state analysis* », prônait le principe d'une désignation de loi fondée sur l'idée qu'un Etat, en cas de conflit avec une ou plusieurs autres lois, appliquera sa loi lorsqu'il y a un intérêt. Il s'agirait en fait, selon Currie, d'une situation de faux conflits où seul un Etat aurait *in fine* un véritable intérêt à appliquer sa politique à l'affaire. La méthode Currie a été en partie incorporée au sein du test du *Second Restatement of Conflict of Laws*, paru en 1971, qui pose une série de facteurs à prendre en compte par le juge pour déterminer quel Etat à la relation la plus significative avec le litige.

Si le *Second Restatement* a rencontré un franc succès, puisqu'il a été adopté pour la matière délictuelle dans vingt-cinq Etats, et pour la matière contractuelle dans vingt-quatre Etats¹⁵, il n'a pour autant pas échappé aux critiques¹⁶. La flexibilité modérée qu'il a voulu atteindre a finalement abouti à un degré de subjectivisme considérable de la part des juges, souvent amenés à surestimer les intérêts politiques de leur Etat et ainsi négliger ceux des États partenaires.

¹³ *Auten v. Auten*, 124 N.E.2d 99, 101–02 (N.Y. 1954).

¹⁴ *Babcock v. Jackson*, 191 N.E.2d 279 (N.Y. 1963).

¹⁵ Voir Symeon C. Symeonides, *Choice of Law in the American Courts in 2018: Thirty-Second Annual Survey*, 67 AM. J. COMP. L. 1, 35 (2019)

¹⁶ D. Laycock cité par L. Brilmayer, *Le troisième Restatement des conflits de lois et « les processus ordinaires d'interprétation juridique »*, *Revue critique de droit international privé*, Numéro 01, (2023), p.5.

15. Cette transition entre une vision très territorialiste des rattachements à la loi applicable, à une approche plus flexible basée sur les liens les plus significatifs constitue une période historique aux Etats-Unis, qualifiée de grande révolution des méthodes conflictuelles américaines. Cette évolution progressiste de méthodes de choix de loi afin de répondre au mieux aux exigences des conflits de lois n'a pas cessé lors de la parution du *Second Restatement*, considéré comme un « *ouvrage de transition* »¹⁷ en raison de l'effervescence doctrinale à cette époque.

En effet, l'American Law Institute a récemment adopté plusieurs ensembles de dispositions qui seront intégrées dans le troisième *Restatement*. Ce troisième *Restatement* est le fruit de longues années de débats présidés par le professeur Kermitt Roosevelt III et vise selon ce dernier à « étudier la pratique des tribunaux utilisant le *Second Restatement* et d'autres approches modernes, examiner les codifications aux Etats-Unis et ailleurs et déterminer quand la pratique converge suffisamment pour permettre la formulation de règles suffisamment étroites et sensibles à la politique »¹⁸. En effet, dans un gage de sécurité et prévisibilité juridique, ce troisième ouvrage vient formuler des rattachements précis sans rompre entièrement avec les règles « ouvertes » de son prédécesseur. Ce dernier ouvrage articule ainsi les règles de conflit autour du critère de l'intérêt prédominant, mais guide véritablement le praticien dans la détermination de cet intérêt.

16. Toute la discipline des conflits de lois aux Etats-Unis est profondément marquée par cette révolution conflictuelle. Toutefois, comme évoqué, cette révolution n'a pas balayé les préceptes traditionnels en matière de choix de loi : tous les Etats n'ont pas adopté les nouvelles méthodologies des années 1960 et 1970. Aujourd'hui, neuf Etats américains suivent encore le premier *Restatement*, communément appelés Etats « *traditionnalistes* »¹⁹. L'autre groupe, qui suit le raisonnement plus récent, est dit « *moderniste* ». Mais même dans les Etats où la révolution des conflits a été menée, les anciennes règles ont encore une influence en dehors des domaines du délit et des contrats, les principaux champs de bataille. Les dispositifs de correction élaborés pour contrer les résultats choquants produits par la règle de conflit

¹⁷ W.L.M. Reese, *The Second Restatement of Conflict of Laws Revisited*, 34 MERCER L. REV. 501, 519 (1983).

¹⁸ K. Roosevelt III & B.R. Jones, *The Draft Restatement (Third) of Conflict of Laws: A Response to Brilmayer & Listwa*, 128 YALE L.J. F. 293, 295 (2018).

¹⁹ S. Symeonides, *Choice of Law in the American Courts in 2020 : Thirty Fourth Annual Survey*, (2021). Les neuf derniers Etats à appliquer la méthode traditionnelle de choix de loi du *Restatement (First) Of Conflict Of Laws* (1934) sont les suivants : Alabama, Floride, Kansas, Maryland, New Mexico, Caroline du Sud, Virginie, et Virginie de l'Ouest.

traditionnelle, notamment l'exception d'ordre public, rendent compte de l'évolution des méthodes. Ainsi, si notre analyse de l'exception d'ordre public en international privé américain s'effectuera à principalement à travers l'étude du Second et Troisième *Restatement*, le premier *Restatement* servira tout de même tout au long de l'étude, afin de mieux comprendre les motivations des architectes des règles contemporaines américaines.

L'ordre public : un élément à la fois contraire et intrinsèque au droit international privé

17. Le droit international privé, tel qu'il a été sculpté par l'enseignement de Savigny, postule que tous les systèmes juridiques sont égaux, même s'ils sont basés sur des valeurs et conceptions différentes, et que les règles qui en découlent peuvent déboucher sur des résultats très différents. Ces différences doivent, en principe, être respectées. En invitant le juge à ignorer le contenu de la loi choisie et sur le résultat que cette loi peut produire dans l'affaire dont il est saisi, les règles de conflit bilatérales, fondées sur des considérations davantage géographiques que matérielles, créent les conditions d'un « saut dans l'inconnu »²⁰. C'est précisément en cas de résultats trop différents, jugés incompatibles, qu'intervient l'exception de l'ordre public : elle permet à un tribunal de refuser l'application d'une loi étrangère dans un litige lorsque que le résultat produit par cette loi est en contradiction avec les principes fondamentaux de la juridiction où le litige est jugé.

Le professeur allemand Olaf Meyer affirmait en ce sens, qu'à première vue, la doctrine de l'ordre public va à l'encontre du « *dogme d'égalité de statut des lois matérielles de tous les Etats* »²¹ prôné par Savigny. Mais pour de nombreux praticiens, Olaf Meyer, ou encore Paul Lagarde²², un tel « *filet de sécurité* » est indispensable pour que le système fonctionne : « *La confiance dans les ordres juridiques étrangers n'est pas illimitée et ne le sera jamais, tant que les règles juridiques dans le monde seront fondamentalement différentes. C'est pourquoi l'exception d'ordre public est aujourd'hui encore fermement ancrée dans toutes les lois de droit international privé du monde entier.* ». Finalement, la doctrine de l'ordre public est à la fois contraire et intrinsèque au système de droit international privé. Si la contrariété du mécanisme de l'ordre public au système est évidente, son inhérence l'est tout autant. Si aucun rempart à l'application de la loi étrangère n'existe, sous le prétexte d'une réception libéraliste de tous les éléments en provenance d'ordres juridiques étrangers, aucun système ne pourrait se justifier de vouloir défendre les valeurs et droits qui lui paraissent essentiels. Dans cette perspective, le

²⁰ L. Raape.

²¹ O. Meyer, *Public Policy and Private International Law - A flexible system in flux : On the realignment of public policy*, (2022) p.2.

²² P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé* LGD (1959) p.239 cité dans O. Meyer, *Public Policy and Private International Law - A flexible system in flux : On the realignment of public policy*, (2022) p.2.

dogme d'égalité des systèmes est tout autant mis à mal. Le professeur Hélène Gaudemet-Tallon résumait très bien cette ambivalence propre à l'ordre public, en indiquant qu'il faut rechercher un équilibre entre intolérance à l'égard de ce qui contrarie les conceptions locales et tolérance à l'égard de qui diffère sans s'y opposer, sous peine de « *nier la raison d'être du droit international privé* »²³.

18. Afin de comprendre ce mécanisme fondamental en droit international privé européen, avec un accent mis sur la France, et en droit international privé américain, il convient d'abord de cerner les valeurs et droits fondamentaux qui composent l'ordre public. Ainsi, nous nous intéresserons dans un premier temps à la notion d'ordre public (Partie I), avant de voir comment le mécanisme est mis en œuvre (Partie II).

²³ H Gaudemet-Tallon, *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)* (2005) 312 Rec. des Cours 9, p.408, cité dans W. Wurmnest, *Public Policy in European Private International Law*, p.26. dans O. Meyer, *Public Policy and Private International Law - A flexible system in flux* : (2020).

PARTIE I – LA NOTION D’ORDRE PUBLIC

19. Il est admis que, de par sa nature même, le contenu de la notion d’ordre public ne peut être défini qu’en des termes imprécis et incertains. En 1824, le juge Burrough décrivait l’ordre public comme « *Un cheval très indiscipliné et lorsque vous l’enfourchez, vous ne savez jamais où il vous mènera* »²⁴. L’exception d’ordre public est un concept imprécis et dont l’appréciation est très variable. Cette variabilité de la notion s’illustre à divers égards.

20. Premièrement, le contenu de l’ordre public est, en principe, librement déterminé par les Etats. Nous verrons que cette liberté propre à chaque Etat ne saurait résulter en un contenu parfaitement uniforme à échelle mondiale.

21. Par ailleurs, il faut garder en tête que la règle utilisée pour désigner la loi applicable en cas de conflit n’est pas toujours bilatérale. Suivant qu’on utilise des règles matérielles, ou à « coloration matérielle », dont le contenu a été spécifiquement élaboré pour régir la situation internationale en question, la portée de l’ordre public est susceptible de varier. En effet, lorsqu’une loi est choisie uniquement en raison de sa capacité à générer un résultat matériel, l’exception d’ordre public n’a pas à intervenir puisqu’on sait précisément vers où on se dirige et on ne « saute » plus dans l’inconnu. Si la règle utilisée combine des considérations d’ordre spatial et matériel, alors l’ordre public pourra éventuellement jouer, toujours dans une moindre mesure que lorsque la règle est dénuée de toute préoccupation matérielle, quand la règle est dite « d’attribution ».

Dans une logique grossièrement similaire à celle des règles matérielles, il existe des hypothèses où le juge n’hésitera pas entre l’application de plusieurs lois. Le droit international privé compte en effet des hypothèses où un juge appliquera une loi à une situation internationale sans procéder au raisonnement conflictuel traditionnel, car il la considère comme fondamentale pour la conservation des structures politiques, économiques et sociales du système juridique duquel elle provient. Ces lois sont dites d’application immédiate et impérative et sont communément désignées sous le terme de « lois de police ». En matière contractuelle, par exemple, la règle de conflit permet aux parties de choisir la loi pour régir leur contrat. Dans le cadre des contrats de

²⁴ *Richardson v Mellish* (1824), 130 Eng. Rep. 294, 303 (CP) (Burrough, J.) cité dans dans W. Wurmnest, *Public Policy in European Private International Law*, p.26. dans O. Meyer, *Public Policy and Private International Law - A flexible system in flux* : (2020).

bail, si l'immeuble est situé en France, le juge, sans égard aux autres éléments d'extranéité comme la nationalité étrangère des parties par exemple, appliquera directement la législation impérative française qui existe en matière de contrats de bail. Le même constat s'observe en droit du travail : dès lors que le contrat de travail s'exécute en France, le juge appliquera la législation impérative française qui existe en la matière sans s'intéresser à la règle de conflit. Les lois de police ne doivent pas être confondues avec les règles matérielles, lesquelles ont été spécifiquement élaborées pour régir des relations privées internationales et déterminent directement les conséquences de l'hypothèse qu'elles envisagent. Les lois de police n'ont pas été construites afin de régir une situation internationale, mais les objectifs qu'elles poursuivent sont jugés si importants qu'elles vont s'appliquer à l'international et écarter le jeu normal de la règle de conflit. A première vue, la similitude des finalités de l'exception d'ordre public et des lois de police, la protection des valeurs essentielles d'un ordre juridique, permettrait de soutenir que le premier mécanisme absorbe le second. Mais l'analyse de leur méthodologie révèle que ces deux mécanismes ne doivent pas être confondus : les lois de police relèvent de la méthode unilatérale en ce qu'on a vu qu'elles délimitaient leur propre champ d'application, quand l'exception d'ordre public est un correctif à la règle de conflit bilatérale qui intervient à la dernière étape du raisonnement conflictuel. De plus, la mise en œuvre de l'exception d'ordre public est caractérisée par sa relativité, sur laquelle on reviendra en détails dans notre développement, en fonction des conséquences concrètes de l'application de la loi étrangère sur l'ordre juridique du for, quand les lois de police ont vocation à s'appliquer dès que leur champ d'application est établi, ne laissant aucune place à une quelconque relativité.

Au fil du temps, les lois de police se sont progressivement imposées comme assumant de plus en plus les fonctions initialement réservées au mécanisme de l'ordre public. La défense contre l'application d'une règle étrangère qui heurterait les principes fondamentaux de l'Etat du for est la fonction première de l'ordre public. Le professeur de droit Wolfgang Wurmnest qualifiait cette fonction de « *négative* » et l'opposait à la fonction « *positive* » traditionnellement attribuée à l'ordre public, à savoir assurer l'application de certaines règles de la *lex fori*²⁵. Aujourd'hui, cette fonction est dans une large mesure assurée par les dispositions impératives. Quoi qu'il en soit, on comprend bien que le rôle de l'exception d'ordre public est sujet à des variations en fonction de l'Etat qui l'applique, des méthodes conflictuelles utilisées.

²⁵ W. Wurmnest, *Public Policy in European Private International Law*, p. 2-009, dans O. Meyer, *Public Policy and Private International Law - A flexible system in flux* : (2020).

22. Enfin, la variabilité de l'ordre public tient également à son appréciation dans le temps : l'ordre public du for sera considéré différemment par le juge selon qu'il s'agisse de reconnaître une situation étrangère régulièrement établie ou plutôt de créer une situation juridique sur le territoire de l'Etat du for, et dans l'espace. Les conceptions tenant à l'ordre public seront davantage considérées par le juge lorsque la situation et l'Etat du for entretiennent une certaine proximité, que si les deux sont éloignés.
23. Toutefois, lorsque l'on étudie la notion d'ordre public au sein de différents systèmes juridiques, la France, l'Europe ou les Etats-Unis, on s'aperçoit que, bien qu'imprécise et variable, certaines de ses caractéristiques sont unanimement présentes. A vrai dire, cette imprécision de la notion fait justement partie des caractéristiques communes observées dans plusieurs systèmes juridiques (Chapitre I). Toutefois, les similitudes du mécanisme ne résident pas uniquement dans les imprécisions de la notion. Il est possible d'identifier un contenu « positif » à proprement parler. La participation d'un Etat à un processus d'intégration régionale ou l'insertion dans un système fédéral peut contribuer à l'émergence d'un ordre public régional, façonné par les valeurs sous-jacentes à ce processus, et commun aux différents Etats impliqués (Chapitre II).

Chapitre I - Une imprécision généralisée de la notion d'ordre public

24. L'exception d'ordre public ayant été élaborée pour répondre aux insuffisances d'un seul et même raisonnement conflictuel très répandu au sein des systèmes de droit international privé, la notion d'ordre public est victime d'une imprécision généralisée, notamment en France et aux Etats-Unis (Section 1). Nous verrons par la suite les illustrations de cette imprécision unanimement reconnue (Section 2).

Section 1 - L'exception d'ordre public comme rempart contre un raisonnement conflictuel répandu

25. Le mécanisme de l'ordre public a été conçu pour corriger le résultat créé par la règle de conflit traditionnelle. Cette règle de conflit traditionnelle est influencée par la conception Savignienne, laquelle soutient que, malgré la diversité de leur contenu, les lois des différents États reposent sur une compréhension largement acceptée des questions juridiques et des valeurs partagées par ces États. En tant que « communauté de nations », les Etats doivent, en principe, respecter leurs différences. En demandant au juge de ne pas prendre en compte le contenu de la loi choisie et les conséquences qu'elle peut avoir dans l'affaire dont il est saisi, les règles traditionnelles de conflit de lois bilatérales, basées principalement sur des considérations géographiques plutôt que matérielles, créent les conditions d'une situation incertaine ou d'un "saut dans l'inconnu". La règle de conflit bilatérale est neutre puisqu'elle se désintéresse totalement des intérêts des parties impliquées au litige. Elle désigne une loi, mais sans garantir l'aptitude de cette loi à résoudre le litige.

26. En Europe, notamment en France, la règle de conflit traditionnelle est la méthode la plus répandue lorsqu'il s'agit de solutionner un conflit entre plusieurs lois. Aux Etats-Unis, si elle l'a été également pendant de longues années, elle est aujourd'hui minoritaire. Comme expliqué dans l'introduction de notre étude, seule une dizaine d'Etats continue d'appliquer la méthode traditionnelle dont fait état le premier *Restatement* de conflit de lois paru en 1934. Cette méthode, se basant sur des considérations territoriales, désigne la loi de l'Etat où l'évènement donnant lieu à l'action a eu lieu. Elle pourra donc aussi bien déboucher sur l'application de la loi de l'Etat qui est saisi du litige, que la loi d'un Etat étranger, ouvrant la porte à l'insertion de valeurs différentes, voire incompatibles, à celles de l'Etat du for. Ces règles prescrivent la loi de l'Etat dans lequel le fait donnant lieu à la cause de l'action a eu lieu. La matière délictuelle était ainsi régie par la *lex loci delicti*, la loi du lieu du préjudice subi, les questions relatives à la

validité du contrat par la loi du lieu où le contrat a été conclu et celles relatives à l'exécution du contrat par la loi du lieu d'exécution. De telles règles pouvaient déboucher sur la désignation de la loi d'un Etat ayant pour seul lien avec l'affaire être le lieu du dernier évènement en cause de l'action.

27. C'est dans ce contexte que de nombreux auteurs américains ont commencé à réfléchir à d'autres méthodes plus souples que celle préconisée par le premier *Restatement*. Avant d'aboutir à la méthode moderne des liens les plus significatifs énoncée par le Second *Restatement* et de l'intérêt prédominant du troisième *Restatement*, d'autres doctrines sont apparues en alternative à la méthode traditionnelle territorialiste. Parmi ces méthodes, qui convergent toutes vers la prise en considération d'éléments de fond, figure celle du professeur Currie, qui, entre les années 1950 et 1960 a préconisé l'analyse des intérêts gouvernementaux. Currie partait du principe que trois catégories de situation étaient envisageables :

Premièrement, les « vrais conflits », les affaires dans lesquelles deux Etats ou plus ont un intérêt, auquel cas, la loi à appliquer devrait être celle du for. Currie identifie en second les « faux conflits », caractérisés par le fait qu'un seul Etat ne soit intéressé, ne présente pas véritablement un intérêt, auquel cas il faudrait appliquer sa loi. Enfin, pour les situations n'entrant dans aucune de ces situations, les « cas non prévus », Currie recommandait que le tribunal rejette l'affaire si possible, et, à défaut, applique la loi du for. L'influence de la théorie des « faux » conflits de lois sur les approches ultérieures est indéniable puisque le Second *Restatement* a adopté le critère des « relations les plus significatives ». Parmi les autres théories alternatives figure celle du professeur Leflar. Ce dernier a formulé une liste de cinq considérations influençant le choix de lois²⁶ : la prévisibilité du résultat, le maintien de l'ordre interétatique et international, la simplification de la tâche judiciaire, la promotion des intérêts gouvernementaux du forum et la recherche de l'application de la meilleure règle de droit. Ce dernier critère est peu utilisé par les tribunaux qui se montrent réticents à juger ouvertement de la valeur des règles concurrentes.

On notera le chevauchement de ces éléments avec ceux de la liste du *Restatement* ainsi qu'avec l'analyse de la théorie de l'intérêt du professeur Currie.

²⁶ P. Leflar. *American Conflict of Law* 4th Edition p.95 cité dans P. J. Borchers, *Conflicts in a Nutshell*, West Academic Publishing (2020).

28. La méthode traditionnelle étant aujourd’hui minoritaire aux Etats-Unis, la suite de notre étude démontrera que les conceptions d’ordre public sont appréhendées sous un autre angle désormais, à un autre moment du raisonnement conflictuel, faisant considérablement varier l’importance du rôle de l’exception d’ordre public en droit international privé américain.
29. Avant d’aborder la notion et la mise en œuvre de l’ordre public, il convient de distinguer les deux subtilités qui existent en la matière. L’ordre public peut désigner l’ordre public interne d’un Etat ou l’ordre public au sens du droit international privé, qui signifie ordre public international. En effet, la défense de l’ordre public ne veut pas dire qu’un Etat est appelé à l’utiliser uniquement pour défendre les valeurs qui lui sont propres. Il est communément admis, en particulier en droit international privé, que l’ordre public d’un Etat puisse présenter un caractère « international » ou « transnational ». Le juge écartera la loi étrangère qu’il estimera contraire à l’ordre public, au sens du droit international privé, soit l’ordre public international. Puisque le droit international privé part du principe de l’égalité des différents ordres juridiques, une loi étrangère, jugée applicable doit l’être en dépit de ses différences. Ainsi, toute dissemblance à la *lex fori* ne peut pas être considérée comme contraire à l’ordre public. A titre d’exemple, bien que l’absence de réparation du préjudice moral en droit allemand puisse être en contradiction avec les règles françaises de responsabilité extra-contractuelle, elle ne saurait être considérée comme contraire à l’ordre public international français²⁷. Il a récemment été réaffirmé que l’absence de réparation intégrale par la loi nigérienne n’est pas, en soi, contraire à l’ordre public international français. Le prononcé d’une *anti-suit injunction* est interdit en droit communautaire, alors même qu’elle a été déclarée compatible avec l’ordre public interne d’un Etat membre. Le juge doit motiver la mobilisation de l’exception d’ordre public par le souci de respecter une valeur particulièrement importante et communément partagée par plusieurs Etats et dont le statut résulte, notamment, de textes internationaux. La notion d’ordre public international est plus étroite que celle utilisée en droit interne. Les professeurs de droit donnent souvent l’image de cercles concentriques²⁸ : l’ordre public interne contient un noyau formé par l’ordre public international. Dans l’un ou l’autre, la notion d’ordre public est imprécise.

²⁷ Cass. Civ., 30.5.1967, Kieger, réaffirmé par Cass. crim, 16.6.1993 : « n'est pas contraire à l'ordre public, au sens du droit international privé, l'exclusion par la loi étrangère de la réparation du préjudice intégral, notamment celle du préjudice moral ».

²⁸ V. Parisot, *Le Droit International Privé en schémas*, Ellipses (2017), p.115.

Section 2 - Illustrations d'une imprécision commune

La notion d'ordre public international est imprécise en droit français (A) et en droit américain (B).

A) L'incertitude de la notion d'ordre public international en droit français

30. Décrit comme un « concept *insaisissable* »²⁹ par François Terré, il n'existe pas de définition générale de l'ordre public international français. Le doyen Battifol qualifiait d'échec les tentatives de définition du concept. En l'absence d'indication précise par le législateur, l'ordre public international français est principalement façonné par le juge français qui assume un rôle de législateur. Celui-ci identifie généralement deux types de principes composant l'ordre public international français.
31. Les premiers ont été identifiés en 1948 dans l'arrêt *Lautour*, dans lequel la Cour de cassation indiquait que l'ordre public vise « *Les principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* »³⁰. Ce « *noyau dur* »³¹ de valeurs fondamentales universelles est inscrit dans un certain nombre de Constitutions nationales et d'instruments internationaux, tels que la Déclaration universelle des droits de l'Homme ou le Pacte international sur les droits civils et politiques. Une pratique étrangère tolérant une forme de traite d'humains, d'esclavage, de trafic d'organes humains, de commerce de stupéfiants, de corruption, de blanchiment d'argent serait par exemple susceptible de contrevir à l'ordre public international. Ces principes essentiels de l'ordre public international français sont des valeurs considérées comme intangibles et caractérisées par leur « *absolutisme* ». En outre, lorsque des Etats s'engagent dans des processus d'intégration régionale, ces derniers cherchent souvent à promouvoir des valeurs communes, des objectifs partagés et une coopération renforcée. Cette « *marche* » commune conduit souvent à bâtir un ordre public au sein de cet espace de coopération, point sur lequel nous reviendrons ci-dessous.

²⁹ F Terré, *Rapport introductif* in T Revet (coord.), *L'ordre public à la fin du XXème siècle* (Dalloz 1996) 3ff cité dans C. Pellegrini, *France* p.163, dans O. Meyer, *Public Policy and Private International Law - A flexible system in flux* : (2020).

³⁰ Cass. Civ., 25 mai 1948, *Lautour*, GA, n° 19.

³¹ C. Pellegrini, *France* p, dans O. Meyer, *Public Policy and Private International Law - A flexible system in flux* : (2020).

32. La jurisprudence française a également affirmé que les fondements politiques et sociaux de la civilisation française composent l'ordre public international français. La Cour de cassation fait fréquemment plus largement référence à des « *principes essentiels du droit français* »³². Distincts des principes universels susmentionnés, ils visent à refléter une certaine politique législative exprimée par la loi française, au besoin contre l'opinion dominante en droit comparé, par exemple la politique du mariage pour tous. L'auteur citait le professeur Léa Gannagé qui décrivait l'exception d'ordre public, en ce qu'elle protège les fondements politiques et sociaux français, comme « *un outil politique entre les mains du juge, et prend un rôle militant agissant comme une épée pour soutenir certaines politiques* »³³.
33. Ces références jurisprudentielles, relativement larges, n'ont pas éliminé les incertitudes pour délimiter le champ d'application de l'exception d'ordre public. Les décisions françaises ne sont donc pas exemptes de contradiction. Par exemple, l'ancrage du principe de réparation intégrale du préjudice en droit français³⁴ n'a pas empêché à la Cour de cassation de refuser d'éarter la loi étrangère qui excluait une telle réparation³⁵. L'affaire concernait l'action en réparation d'un préjudice moral intentée par les ayants droits d'une victime d'un accident aérien à l'encontre de la compagnie aérienne. En application de la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel l'accident est survenu, les juridictions françaises n'ont pas condamné la compagnie aérienne à la réparation du préjudice moral. La Cour de cassation a confirmé le raisonnement des juges du fond en affirmant que n'est pas contraire à l'ordre public, au sens du droit international privé, l'exclusion par la loi étrangère de la réparation intégrale du préjudice. Cette solution, déjà

³² Cass. 1^{re} civ. 6 avr. 2011, n°10-19053, RC 11.922.

³³ L Gannagé, *L'ordre public militant - Le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane* (2015) JCP G n° 318, cité dans O. Meyer, *Public Policy and Private International Law - A flexible system in flux* (2020).

³⁴ Article 1240 du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Cass. 2^{ème} Civ, 28 octobre 1954, J.C.P. 1955, II, 8765 : « Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage, et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit ».

³⁵ Cass. 1^{re} civ., 1er mars 2023, no 21-22015.

affirmée à de multiples reprises par les juges français³⁶ ainsi que par le Conseil constitutionnel³⁷, illustre en outre parfaitement la distinction entre l'ordre public interne et l'ordre public international.

34. Les rédacteurs du projet de codification de droit international privé français l'affirment d'emblée : parmi les exigences auxquelles le code de droit international privé français essayera de répondre figure la définition des « *notions les plus connues et usitées de la matière, sans avoir été toujours clairement définies* »³⁸. Parmi ces notions, figure bien évidemment celle de l'ordre public international. Ainsi, l'alinéa premier de l'article 11 indique en premier lieu que l'exception a vocation à jouer lorsque la loi étrangère normalement applicable est contraire à « *l'ordre public international français et européen* »³⁹.

35. Les rédacteurs du projet ont fait le choix de faire référence à l'ordre public international français mais également européen. Renée Charlotte Meurkeus relevait à juste titre dans sa thèse sur les dommages et intérêts punitifs⁴⁰ que la participation d'un Etat à un processus d'intégration régionale peut contribuer à l'émergence d'un ordre public régional, façonné par les valeurs sous-jacentes à ce processus, et commun aux différents Etats impliqués. Toutefois, même étudiée à travers le prisme européen, les éléments de définition de l'ordre public restent rares et ne permettent pas plus de conclure à l'existence d'un ordre public à proprement parler européen.

B) L'imprécision de la notion d'ordre public international aux Etats-Unis

36. Comme évoqué dans notre introduction, les Etats-Unis ont été le berceau d'un véritable bouleversement des méthodes conflictuelles. Aujourd'hui, la plupart des Etats effectuent le

³⁶ Sur l'absence de contrariété à l'ordre public international de la loi étrangère qui exclue la réparation intégrale du préjudice, voir : Cass. crim., 16 juin 1993, n° 92-83871 : Bull. crim. n° 214 – Cass. 1re civ., 30 sept. 2003, n° 00-22294 : Bull. civ. I, n° 192.

³⁷ Sur l'absence de contrariété à l'ordre public international de la loi étrangère qui exclue la réparation intégrale du préjudice, voir : Cons. const., 14 avr. 2016, n° 2016-533 QPC.

³⁸ J.P. Ancel, *Projet de Code de Droit International Privé*, (2022), p.7.

³⁹ *Ibid*, p. 18, 76.

⁴⁰ R.C. Meurkeus, *Punitive damages : the civil remedy in American law, lessons and caveats for continental Europe*, Doctoral Thesis, Maastricht University, Wolters Kluwer Business (2014), p.349-350.

choix selon une approche dite moderne, laquelle consiste à identifier les Etats entretenant une relation significative avec la question faisant l'objet du litige, et ensuite décider lequel de ces Etats à la relation prédominante pour que sa loi s'applique. Mais encore une dizaine d'Etats continue d'appliquer la méthode traditionnelle des « droits acquis », posée par le premier *Restatement* de 1934, désignant la loi de l'Etat dans lequel l'acte particulier a été commis. Ainsi, en matière délictuelle, il s'agit de la loi du lieu du délit, et en matière contractuelle, le lieu où le contrat avait été conclu. Ces lois n'étant pas nécessairement celles du for, elles pouvaient parfois pousser les juges à substituer leur application par la loi du for en opposant l'exception d'ordre public. L'échec majeur des tribunaux était de ne pas parvenir à mettre en œuvre l'exception d'ordre public de manière uniforme et prévisible. Un tel échec les conduisant souvent à ne pas respecter leur devoir de ne pas rendre des décisions arbitraires basées sur une perception très subjective.

37. Tout comme en France, ou plus généralement en Europe, l'analyse des décisions américaines les plus anciennes appelle à constater l'absence d'une définition précise de l'ordre public (1). Cette incertitude demeure aujourd'hui, les affaires américaines plus récentes ne permettant pas d'identifier un standard commun (2).

1) Les décisions fondatrices des standards généraux : un contenu variable

38. Il y a plus d'un siècle, dans l'affaire *Loucks*⁴¹, le juge Cardozo de la Cour d'Appel de New York livrait sa conception de l'ordre public, en des termes régulièrement repris depuis. Si la formulation manque de précisions, elle fournit un cadre général au concept d'ordre public. Dans cette affaire, les employés d'une entreprise new-yorkaise avaient tué par négligence un résident new-yorkais dans un accident de la route survenu dans l'Etat du Massachusetts. La loi du Massachusetts prévoyait qu'une société dont les agents ou employés ont tué une personne par négligence est tenue responsable jusqu'à hauteur de 10 000 dollars de dommages et intérêts. La loi new-yorkaise prévoyait un recours civil différent pour les décès injustifiés causés dans l'Etat par les employés d'une société. La question était de savoir si un droit d'action en vertu de la loi de l'Etat du Massachusetts pouvait être exercé devant les tribunaux de l'Etat de New York. La cour a retenu que la loi du Massachusetts n'était pas substantiellement différente de celle de l'Etat New York et qu'elle ne violait pas fondamentalement l'ordre public de ce dernier.

⁴¹ *Loucks v. Standard Oil Co.* - 224 N.Y. 99, 120 N.E. 198 (1918).

L'opinion majoritaire de la décision a été d'affirmer que seules des circonstances exceptionnelles doivent conduire l'un des Etats à refuser de faire respecter un droit acquis dans un autre. Le juge Cardozo indiquait en effet que les juges ne sont pas libres de refuser d'appliquer un droit étranger selon leur bon vouloir, en fonction de la notion individuelle d'opportunité ou d'équité. Ils ne « *ferment pas leurs portes* » jusqu'à ce que « *cette application soit susceptible de violer un principe de justice fondamental, une conception morale prédominante, une tradition profondément enracinée dans le bien commun* ».

39. L'idée selon laquelle le contenu de l'ordre public serait déterminable par la seule référence aux valeurs et mœurs fondamentales d'une société n'a cependant pas été partagée par tous les tribunaux américains.

Dans la célèbre affaire *Mertz*⁴², la cour d'appel de New York avait refusé d'appliquer à l'action en responsabilité délictuelle de la demanderesse engagée à l'encontre de son mari la loi du Connecticut, contraire à la loi new-yorkaise qui immunisait les époux d'une telle responsabilité. Elle avait retenu qu'appliquer la loi du Connecticut qui ne prévoit pas une telle immunité violerait l'ordre public New-yorkais. Par cet arrêt, les juges new-yorkais venaient remettre les dispositions législatives et constitutionnelles au centre de la détermination de ce qu'est l'ordre public. Si cette détermination était uniquement articulée autour de l'identification de valeurs fondamentales dont parle le juge Cardozo dans l'affaire *Loucks*, la doctrine avait relevé le risque qu'un juge avec un autre point de vue ignore les dispositions constitutionnelles et législatives qui seraient importantes à un autre Etat. Certains commentateurs n'ont pas vu dans la décision *Metz* une extension du contenu de l'ordre public à ses dispositions constitutionnelles et législatives, mais au contraire une limitation : un Etat ne pourrait avoir d'autre ordre public que celui qui figure dans ses constitutions et ses lois. Le critère dit *Metz* empêcherait alors l'application de la loi étrangère dans un grand nombre d'affaires dès que la loi étrangère différerait de la loi nationale, et que les conflits de lois disparaîtraient. En effet, la loi étrangère aura difficilement une constitution et des lois identiques à celles du for. Toute loi étrangère qui différerait de la loi du for ne serait pas appliquée. Il en résultera que l'ordre public, destiné à n'être qu'une exception aux règles générales, supplanterait en fait ces règles dans la majorité des cas.

⁴² *Mertz v. Mertz* - 271 NY 466, 3 NE2d 597 (1936).

Dans l'affaire *Kilberg v. Northeast Airlines*⁴³, dont les faits étaient pourtant très similaires à l'affaire *Loucks*, la cour avait repris le critère *Mertz* en concluant que la limitation de responsabilité dans les actions pour décès injustifié posée par la loi du Massachusetts était absurde, injuste et contraire à la constitution de New York, laquelle interdisait depuis longtemps toute limitation de recouvrement, et ce faisant, contraire à l'ordre public new-yorkais.

L'attitude des tribunaux de Géorgie est venue donner raison aux craintes formulées à l'encontre de *Mertz*. En se servant du standard *Mertz*, les tribunaux de Géorgie sont parvenus à écarter à de multiples reprises la loi étrangère affichant des dispositions constitutionnelles et législatives différentes à celles du for⁴⁴.

40. Dans l'affaire très bien reçue par la doctrine, *Intercontinental Hotels Corporation v. Golden*⁴⁵, les juges n'ont pas appliqué le critère *Mertz* mais sont retournés à celui préconisé dans *Loucks*. Un établissement de jeux d'argent porto-ricain souhaitait faire valoir les dettes d'un joueur New Yorkais domicilié à Porto Rico. Les dettes, et l'activité sous-jacente, étaient légales à Porto Rico à la différence de New York, où toutes les personnes impliquées dans ce genre de jeux étaient considérées hors la loi et où les contrats de jeux conclus avec eux nuls. Alléguant une défense d'ordre public à l'encontre des dettes portoricaines, la Cour d'appel a indiqué que l'ordre public n'est pas déterminable par seule référence aux lois locales et se composait des mœurs sociales et morales de la communauté. De telles valeurs ne se reflètent pas uniquement dans les décisions de justice, mais également dans les « *attitudes changeantes* ». La légalisation des paris de jeux et des jeux de bingo à New York indique que les new-yorkais ne considèrent plus les jeux d'argent comme une violation d'une valeur morale prédominante, ou d'une tradition profondément enracinée dans le bien commun.

41. Dans une étude sur le choix de loi moderne et l'ordre public, le chercheur John Bernard Corr⁴⁶ relevait des commentaires des décisions, rendues sous l'égide des règles traditionnelles, *Loucks*, *Mertz*, *Kilberg* et *Intercontinental Golden* une corrélation intéressante : les décisions

⁴³ *Kilberg v. Ne. Airlines* - 9 N.Y.2d 34, 211 N.Y.S.2d 133, 172 N.E.2d 526 (1961).

⁴⁴ *Christopher v. Christopher*, 198 Ga. 361, 377 (2) (31 SE2d 818) (1944). Dans cet arrêt, les juges déclarent que l'ordre public de la Géorgie est généralement reflété dans sa constitution, sa loi et sa jurisprudence.

⁴⁵ *Intercontinental Hotels Corp. v. Golden* - 15 N.Y.2d 9, 254 N.Y.S.2d 527, 203 N.E.2d 210 (1964).

⁴⁶ J. B. Corr, *Modern Choice of Law and Public Policy : The Emperor Has the Same Old Clothes*, University of Miami Law Review Volume 39 Number 4 Article 3 (1985). .

n'appliquant pas l'exception d'ordre public, *Loucks* et *Intercontinental Golden*, ont été bien reçues, mais celles acceptant sa mise en œuvre, *Mertz* et *Kilberg*, ont été critiquées. L'auteur indiquait qu'il serait aisé de tirer la conclusion selon laquelle un partisan de l'approche moderne du choix de loi n'aime tout simplement pas le mécanisme d'ordre public, du moins en tant qu'appliqué dans les systèmes traditionnels.

42. Les décisions les plus récentes des tribunaux rendues en matière délictuelle et contractuelle, aussi bien du côté traditionaliste que moderniste, ne permettent pas non plus d'identifier clairement les contours de l'ordre public.

2) L'absence de standard contemporain commun

43. Lues ensemble, les affaires américaines rendues dans les années 80 par des tribunaux appliquant la méthode traditionnelle de choix de loi ne permettent pas non plus d'observer que les juges sont parvenus à s'aligner sur un standard commun. Pour les tribunaux du Tennessee et de la Dakota du Sud⁴⁷, l'ordre public de l'Etat réside dans la constitution, les lois et les décisions judiciaires. Tout ce qui irait à l'encontre de l'intérêt sanitaire et du bien-être général sera déclaré contraire à l'ordre public⁴⁸.

D'autres tribunaux ont fait en sorte de définir la notion d'ordre public de manière à garantir aux juges une discrétion absolue pour déterminer ce qui rentre ou non dans la notion. L'Etat du Maryland a par exemple opté pour une formulation qui aurait difficilement pu être plus vaste, en indiquant que l'ordre public n'est autre que ce que les tribunaux et le législateur estiment être dans l'intérêt des citoyens⁴⁹. La cour d'appel de Caroline du Nord a elle indiqué que la *lex situs* ne s'appliquerait pas si elle était « *odieuse* » à l'ordre public de l'Etat de Caroline du Nord, ou lorsqu'elle irait à l'encontre d'une politique statutaire⁵⁰.

Le recours à l'exception d'ordre public le plus libéral est sans doute celui que les tribunaux de Géorgie. Ces derniers, qui font partie des neuf derniers Etats (Cf *supra* n°15) à appliquer en matière délictuelle la loi du lieu du délit, ont fait de l'exception d'ordre public leur outil de

⁴⁷ *Meierhenry v. Spiegel, Inc.*, 277 N.W.2d 298, 300 (S.D. 1979), cité dans *Ibid*, p. 657.

⁴⁸ *Hyde v. Hyde*, 562 S.W.2d 194, 196 (Tenn. 1978), cité dans *Ibid*, p.657.

⁴⁹ *Linton v. Linton*, 46 Md. App. 660, 661, 420 A.2d 1249, 1251 (Md. Ct. Spec. App. 1980), cité dans *Ibid*, p. 657.

⁵⁰ *Leonard v. Johns-Manville Sales Corp.*, 59 N.C. App. 454, 457, 297 S.E.2d 147, 149- 50 (1982), cité dans *Ibid*, p.656.

préférence pour substituer à l'application de la loi étrangère la loi de Géorgie, quand bien même le délit ne se serait pas produit sur leur territoire. Les juges géorgiens affichent en effet, depuis de longues années maintenant, une grande marge de manœuvre dans leur appréciation de ce qui contrevient à leur ordre public, et semblent la moduler la notion selon leur bon vouloir. En effet, une simple contrariété aux intérêts de l'Etat a pu été considérée dans *Nasco Inc. V. Gimbert* comme une justification au refus de ne pas appliquer la loi étrangère. *Dans Alexander v. General Motors Corporation*⁵¹, la cour suprême de Géorgie est allée de manière flagrante à l'encontre du standard *Loucks* en estimant que la loi de l'Etat de Virginie, qui n'imposait pas de responsabilité stricte aux fabricants de produits défectueux, était si radicalement différente de la règle de responsabilité stricte de Géorgie qu'elle justifiait son rejet pour des raisons d'ordre public.

44. Des décisions encore plus récentes illustrent l'incapacité de la décision *Loucks* à s'être définitivement imposée comme standard fondateur de la notion d'ordre public. Les tribunaux Géorgiens ont en effet successivement réitéré le raisonnement énoncé dans les décisions *Alexander v. General Motors Corporation* en 2011, puis dans les affaires *Bailey v. Cottrell, Inc.* et *Caroll Fulmer Logistics Corp*⁵², en refusant à nouveau d'appliquer pour atteinte à l'ordre public une loi étrangère au contenu différent de celui de la loi locale. Les raisonnements contemporains, qualifiés parfois de « *manigances d'évasion* »⁵³ ou « *d'utilisation manipulatrice d'échappatoires* »⁵⁴, sont donc bien loin des circonstances exceptionnelles d'application de l'exception d'ordre public dont faisait état le juge Carodozo.

Nous aurions pu éventuellement conclure à la généralisation d'un standard très souple de la notion d'ordre public et à la disparition du standard *Loucks* au sein de la pratique traditionnelle de choix loi. Mais une décision récente des tribunaux géorgiens serait venue mettre à mal une telle affirmation. En 2020 dans *Auld v. Forbes*⁵⁵, la Cour suprême a affirmé son souhait de désavouer les décisions⁵⁶ où les juges avaient fait preuve, selon elle, d'une appréciation bien

⁵¹ *Alexander v. General Motors Corporation*, Georgia Supreme Court, 267 Ga. 339 (1996).

⁵² *Carroll Fulmer Logistics Corp. v. Hines*, 309 Ga. App. 695, 710 S.E.2d 888 (Ga. Ct. App. 2011).

⁵³ S. Symeonides, *Choice of Law in the American Courts in 2020 : Thirty Fourth Annual Survey*, (2021).

⁵⁴ S. Symeonides, *Choice of Law in the American Courts in 2019: Thirty Third Annual Survey*, (2020).

⁵⁵ *Auld v. Forbes*, 309 Ga. 893, 848 S.E.2d 876 (Ga. 2020).

⁵⁶ *Coon v. Medical Center, Inc.* 335 Ga. App. 278, 283 (780 SE2d 118) (2015), *Carroll Fulmer Logistics Corp. v. Hines*, 309 Ga. App. 695 (710 SE2d 888) (2011).

trop discrétionnaire de la notion d'ordre public. Après la mort par noyade d'un garçon lors d'un voyage scolaire au Belize, encadré par un organisme scolaire de Géorgie, la mère de la victime, domiciliée en Géorgie, avait intenté une action en dommages et intérêts devant les tribunaux Géorgie. L'action était recevable en vertu de la loi de Géorgie, mais prescrite selon celle du Belize. Se posait alors la question de savoir quel délai de prescription serait applicable à cette action pour mort injustifiée. En 2019, la Cour d'appel a estimé que c'est le droit de la Géorgie, et non celui du Belize, qui régirait le délai de prescription applicable à l'action pour décès injustifié, les deux lois offrant un droit de réclamation pour mort injustifiée, sensiblement différent. Elle venait ainsi évincer la *lex loci delicti* par l'exception d'ordre public. En 2020, la Cour suprême avait infirmé cette décision en déclarant, en des termes raisonnant avec ceux du juge Cardozo dans *Standard Loucks*, qu'une différence infime entre la loi étrangère et la loi du for n'est pas suffisante pour caractériser une atteinte à l'ordre public du for et faire jouer l'exception. L'exception d'ordre public ne s'applique que lorsque le droit étranger est si radicalement différent de tout ce qui existe dans le système jurisprudentiel de Géorgie que son application contreviendrait sérieusement à l'ordre public de l'Etat de Géorgie. Le professeur américain Symeon C. Symeonides se réjouissait d'une telle décision venant rétablir un seuil élevé approprié pour l'application de l'exception d'ordre public.

45. L'analyse de Corr ou de Symeonides des décisions rendues dans les années 1980 par les tribunaux des Etats dits « modernistes » ne permet pas d'identifier des standards plus précis ou du moins une application constante d'un seul et large standard de l'ordre public. On retrouve dans plusieurs décisions les marques du standard *Loucks*.

Dans *McNeal v. Administrator of Estate of McNeal*⁵⁷, le tribunal du Mississippi reconnaissait l'application de la loi du for lorsque la loi étrangère est contraire à la politique publique « profondément enracinée » et fortement ressentie dans cet Etat. Pareille référence à l'enracinement avait été employée quatorze années plus tard dans l'affaire *Boardman v. United Servs. Ass'n*⁵⁸. Dans la même lignée, les Etats appliquant les nouvelles règles sont d'accord pour considérer qu'une offense à la loi du for ne résulte pas de la simple différence avec la loi étrangère.

⁵⁷ *McNeal v. Administrator of Estate of McNeal*, 254 So.2d 521, 524 (Miss. 1971).

⁵⁸ *Boardman v. United Services Auto. Ass'n*, 470 So. 2d 1024 (Miss. 1985).

Mais ces formulations sont toutes aussi générales et similaires à celles évoquées précédemment dans le cadre de notre étude la pratique traditionnelle. De plus, la cour d'appel de New York, une des premières à avoir adopté les règles modernes de choix de loi, affichait une conception de l'ordre public reprenant à la fois les éléments de *Loucks* et ceux de *Mertz* en indiquant que « *Les tribunaux ne sont évidemment pas libres de se laisser aller à de simples notions individuelles d'opportunité et d'équité, mais qu'ils doivent tenir compte de la loi telle qu'elle est exprimée dans les textes législatifs et dans les décisions judiciaires, ainsi que des attitudes dominantes de la communauté* »⁵⁹. La cour d'appel de la Californie avait de son côté identifié son ordre public dans les lois statutaires et dans une décision de sa cour suprême⁶⁰, quand la cour suprême du Texas faisait référence aux bonnes mœurs, aux intérêts généraux de ses citoyens, et même à la justice naturelle⁶¹.

46. Les décisions les plus récentes témoignent de la pérennité du standard *Loucks*. Si les formulations ne sont pas exactement celles du juge Cardozo, l'idée sous-jacente demeure. Les juges du Missipi citaient l'arrêt *Boardman v. United Servs. Auto. Ass'n* en 2006 dans *Zurich American Ins. Co. c. Goodwin*⁶².

Mais les développements précédents ont effectivement mis en évidence les autres références possibles en matière d'ordre public. Plus qu'une vision différente de l'ordre public, certains tribunaux continuent d'afficher des visions aux antipodes de leurs homologues dans d'autres Etat. Dans une opinion dissidente de l'affaire *Smith v. Church Mutual Insurance Company*⁶³, le juge Ishee regrettait la décision de la majorité d'avoir appliqué de manière injustifiée, selon lui, l'exception d'ordre public. Dans son opinion, le juge mettait en exergue les contradictions des juges du Mississipien citant leurs propres décisions antérieures dans lesquelles avait bel et bien été affirmé qu'un conflit entre la loi du Mississippi et celle d'un autre État « *ne signifie pas en soi que la loi étrangère est si choquante qu'elle doit être écartée* »⁶⁴ et que « *la répugnance*

⁵⁹ *Ehrlich-Bober & Co. v. University of Houston*, 49 N.Y.2d 574, 580, 404 N.E.2d 726, 730, 427 N.Y.S.2d 604, 608 (1980).

⁶⁰ *Muth v. Educators Sec. Ins. Co.*, 114 Cal. App. 3d 749, 170 Cal. Rptr. 849, 854 (1981).

⁶¹ *Gutierrez v. Collins*, 583 S.W.2d 312, 321 (Tex. 1979).

⁶² *Zurich American Ins. Co. v. Goodwin*, 920 So. 2d 427, 2003 CA 2439 (Miss. 2006).

⁶³ *Smith v. Church Mutual Insurance Company*, 254 So.3d 57 (Miss. 2018).

⁶⁴ *Zurich American Ins. Co. v. Goodwin*, *Ibid.*

exige plus que de simples incohérences ». Le juge rappelait explicitement la pensée *Loucks* selon laquelle l’exception d’ordre public n’a pas vocation à s’appliquer que lorsque la loi étrangère viole un principe fondamental de justice, une conception répandue de la morale, une tradition profondément enracinée de l’intérêt commun.

Leur caractère trop général, voire abstrait, n’a pas permis aux formules du juge Cardozo de s’ériger en standard dominant sur le continent américain, bien qu’elles continuent d’apparaître fréquemment.

Plus d’un siècle après *Loucks*, la Cour suprême de Californie peut se féliciter d’avoir fait ce que le juge Cardozo aurait sans doute dû faire : définir ce qui est entendu par principe « *fondamental* ». On soulignera les mérites de l’exercice d’exhaustivité auquel la Cour suprême s’est livrée en matière contractuelle dans *Pitzer College v. Indian Harbor Ins. Co*⁶⁵. Cette affaire a en effet été l’occasion pour la Cour de fixer le seuil à partir duquel une règle de droit des assurances peut être considérée comme une politique fondamentale et ainsi constituer une limite d’ordre public aux choix autonomes des parties de la loi gouvernant leur contrat. En l’espèce, une compagnie d’assurance et un collège situé en Californie avaient conclu un contrat d’assurance stipulant l’application de la loi de New York. Suite à la découverte d’un sinistre, l’assuré a notifié l’assureur de sa volonté de faire jouer la couverture. L’assureur a refusé en se fondant sur la loi new-yorkaise qui permet à l’assureur de refuser une telle couverture en cas de notification tardive de la part de l’assuré, sans avoir à démontrer le préjudice résultant du retard. Les tribunaux de Californie se sont eux fondés sur la règle d’origine californienne « *notification-préjudice* », qui, comme son nom l’indique, exige une démonstration d’un préjudice réel et substantiel occasionné par la notification tardive pour exonérer l’assureur. La question était alors de savoir si la règle « *notification-préjudice* » incarnait une politique publique fondamentale de l’Etat de Californie, justifiant d’écartier la loi new-yorkaise. La Cour suprême a alors articulé sa réponse autour de trois critères. Une règle incarne une politique publique « *fondamentale* » lorsqu’elle :

- (1) Ne peut faire l’objet d’une renonciation contractuelle ;
- (2) Protège contre des résultats inéquitables ; et
- (3) Promeut l’intérêt public.

Soumise au test triparti, la règle californienne a été déclarée comme incarnant une politique publique « *fondamentale* » de l’Etat de Californie, cette dernière ne pouvant faire l’objet de dérogation contractuelle, protégeant les assurés contre « *les résultats inéquitables générés par*

⁶⁵ *Pitzer College v. Indian Harbor Ins. Co* 447 P.3d 669 (Cal. 2019).

le pouvoir de négociation supérieur des assureurs » et encourageant « des objectifs qui sont dans l'intérêt du grand public parce qu'elle protège le public contre la prise en charge des coûts des dommages qu'une politique d'assurance est censée couvrir ».

Dans son étude de 2019 sur le choix de loi aux Etats-Unis, le professeur Symeon C. Symeonides relevait que les trois critères californiens font sensiblement écho aux dispositions de la loi de l'Etat d'Oregon, qui fait également partie des Etats appliquant la méthodologie de choix de loi moderne. La législation Oregon dispose ainsi qu'une politique est jugée fondamentale « *seulement lorsqu'elle reflète des objectifs ou donne effet à des institutions publiques ou sociétales essentielles au-delà de l'allocation des droits et obligations des parties à un contrat en cause* »⁶⁶.

Ce n'est pas la première fois que la Cour suprême de Californie vient se prononcer sur le caractère fondamental d'une politique, mais ses décisions précédentes ne livraient pas de critères aussi précis et se contentaient de qualifier le droit en question de fondamental ou non. Elle avait par exemple affirmé qu'une clause contractuelle de choix de loi, qui stipule en outre la renonciation au droit à un procès devant jury était inapplicable en ce qu'elle méconnaît le caractère « *fondamental, inviolable et sacré* »⁶⁷ d'un tel droit.

La question des clauses de renonciation au droit d'être jugé par un jury n'a pas uniquement été discutée en Californie. La Caroline du Sud avait en effet déclaré qu'une clause de choix de loi applicable dans un contrat ne sera pas applicable si l'application de la loi étrangère entraîne une violation de l'ordre public de la Caroline du Sud⁶⁸, mais que la renonciation d'une partie à son droit à un procès devant jury n'est pas contraire à son ordre public⁶⁹. L'affaire *Skywaves Corporation v. Branch Banking and Trust Company*⁷⁰, mettait également en avant l'hétérogénéité des Etats quant au caractère d'ordre public du droit à un procès devant un jury. Plutôt que de considérer cette divergence de positions comme une énième illustration de l'absence de standard de la notion d'ordre public commun au sein des Etats modernistes, il faut plutôt qualifier cette divergence de conséquence directe de l'absence de standard commun de l'ordre public. Les normes et critères de l'ordre public pouvant considérablement varier d'un

⁶⁶ OR. REV. STAT. § 15.355(2) cité dans Symeon C. Symeonides, *Oregon's Choice-of-Law Codification for Contract Conflicts : An Exegesis*, 44 WILLAMETTE L. REV. 205, 232-35 (2007).

⁶⁷ *Rincon EV Realty LLC c. CP III Rincon Towers, Inc.*, 8 Cal.App.5th 1, 9-10 (2017).

⁶⁸ *Nucor Corp. v. Bell*, 482 F.Supp.2d 714, 728 (D.S.C.2007).

⁶⁹ *Wachovia Bank, Nat. Ass'n v. Blackburn*, 407 S.C. 321, 332, 755 S.E.2d 437, 443 (2014).

⁷⁰ *Skywaves Corporation v. Branch Banking and Trust Company* 423 S.C. 432 (S.C. App. 2018).

Etat à un autre, il n'est pas surprenant que des droits ne soient pas unanimement reconnus comme fondamentaux.

3) La référence explicite au standard *Loucks* par les rédacteurs du dernier *Restatement*

47. Le juge Cardozo se réjouirait de la consécration qui lui est faite dans le dernier *restatement*. En effet, les commentaires de la section 5.04 sur l'exception d'ordre public font expressément référence au standard qu'il avait préconisé il y a plus d'un siècle dans la célèbre décision *Loucks* : « *A classic formulation reserves application of the public-policy exception for a foreign law that «offends our sense of justice or menaces the public welfare » in cases when its use would violate some fundamental principle of justice, some prevalent conception of good morales, some deep-rooted tradition of the common weal* »⁷¹. Les rédacteurs ont justement observé la rémanence du standard parmi certains tribunaux (Cf *supra* n°44). Au-delà de soulever les mérites d'un standard « élevé », les rédacteurs soulignent qu'une violation de l'ordre public ne pourrait finalement découler que d'une grave offense de la loi étrangère. Le Comité rappelle en effet que la Constitution fédérale empêche les divergences extrêmes entre les politiques des différents Etats fédérés. Dès lors, une violation d'ordre public fondée sur la différence entre les lois en concurrence s'avère tout bonnement peu probable. Non seulement une telle différence est rare, mais elle ne justifie pas, en outre, l'invocation de l'ordre public (Cf *supra* n°28-43). Si la conception de l'ordre public que doivent retenir les tribunaux est clairement affichée, seule la pratique des années à venir nous permettra de savoir si la conception du juge Cardozo parviendra à s'imposer définitivement comme standard de référence en matière d'ordre public aux Etats-Unis.

48. Ainsi, en France comme aux Etats-Unis, la notion d'ordre public n'est pas clairement délimitée. En France, les références très larges aux « principes de justice universelle » et « fondements politiques et sociaux de la civilisation » ne permettent pas d'orienter les juridictions françaises vers une conception commune, claire et constante de la notion d'ordre public. Du côté américain, si les Etats ne se regroupent pas autour d'une seule pratique de choix de loi, ils se réunissent autour d'un point : leurs décisions judiciaires ne permettent pas d'identifier une notion précise et constante de l'ordre public. Sans doute les références du juge Cardozo aux

⁷¹ The American Law Institute, Third draft (2022), Ch. 5. Choice of Law, Section 5.04 p.35

principes fondamentaux de justice, aux conceptions répandues de la morale et aux traditions profondément enracinées de l'intérêt commun sont celles ayant eu le plus de retentissement, comme en témoigne l'état actuel du dernier *restatement*. Mais les pratiques antérieures et contemporaines révèlent des conceptions de l'ordre public étendues, ou selon certains commentateurs, restreintes aux textes constitutionnels et législatifs. Si l'on pourrait facilement se rassurer en arguant que les constitutions et lois ne sont *in fine* que l'expression des principes fondamentaux, valeurs morales et traditions du juge Cardozo, on ne peut raisonnablement les qualifier d'équivalents ; il y a bel et bien une hiérarchie indéniable quant à leur nature et portée. Les principes fondamentaux sont des idées, des doctrines essentielles qui servent de base de pensée ou à un ensemble de normes. Les valeurs morales sont des idéaux, des croyances morales qui définissent ce qui est considéré comme bien ou mal, ce qui est juste et souhaitable sur le plan éthique. Les Constitutions viennent justement énoncer lesdits principes et valeurs propres à un Etat, et les lois viennent régir les comportements et interactions entre individus sur la base de ces principes et valeurs. Des ordres publics façonnés selon l'une ou l'autre considération seront donc, à plus ou moins grande échelle, différents.

La différence de contenu de la notion d'ordre public résulte également de la pluralité d'Etats qui appliquent la doctrine : « *the values that have triggered, or not triggered, the invocation of public policy remain strikingly different in different courts, and sometimes even in the same court.* »⁷². Etant donné de l'hétérogénéité d'un si grand pays, il n'est pas surprenant que les valeurs communautaires diffèrent de manière significative. Le chercheur Corr apportait néanmoins une relativisation assez juste : les conséquences de ces différences ne sont pas forcément dramatiques pour la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, puisque l'uniformité nécessaire à son fonctionnement doit voir le jour au sein d'un Etat, et pas forcément entre les Etats. La mise en œuvre constante de l'exception au sein d'un même Etat est déjà, en soit, un objectif dont il faudrait se contenter.

49. Si l'adhésion française à l'Union européenne ne contribue pas nécessairement à apporter davantage de clarté, puisqu'il n'existe pas d'ordre public européen à proprement parler, nous allons voir que cette intégration régionale à tout de même une certaine influence sur la portée de la notion d'ordre public. Pareillement, pour les Etats-Unis, on ne peut parler d'un ordre public fédéral. Toutefois, cette structure révèle également avoir des conséquences sur la notion.

⁷² J. B. Corr, *Modern Choice of Law and Public Policy : The Emperor Has the Same Old Clothes*, University of Miami Law Review Volume 39 Number 4 Article 3, p. 694.

Nous verrons que ses influences s'illustrent tant au niveau du contenu de l'ordre public international, que dans la mise en œuvre du mécanisme. L'analyse de cet impact sur la mise en œuvre interviendra plus tard dans notre étude.

Chapitre II – L'influence supra-étatique sur le contenu de la notion

50. L'ordre public international est une norme qui évolue en fonction de ses sources : d'origine communautaire pour la France et fédérale pour les Etats-Unis. Si l'on pourrait a priori penser que l'influence de la structure supra-étatique américaine est nécessairement plus importante que celle de l'Union européenne, du fait de son caractère fédéral, notre analyse appelle à nuancer ce propos. L'Union européenne est, depuis la fin des années 70, dans une démarche d'harmonisation du droit des conflits de lois de ses Etats membres, laquelle impacte l'interprétation des notions juridiques (Section 1), quand le gouvernement fédéral américain laisse une autonomie législative non-négligeable aux Etats fédérés (Section 2).

Section 1 - L'influence de l'Union européenne

51. L'impact de l'harmonisation européenne a nourri un débat sur l'existence d'un « ordre public européen » (A). Le débat quant à l'existence d'un ordre public communautaire avait été particulièrement vif lorsque la Commission européenne avait soumis ses propositions de règlement sur la compatibilité des dommages et intérêts non-compensatoires avec l'ordre public. L'absence d'aboutissement desdites propositions a milité en faveur de l'inexistence d'un ordre public européen, mais a permis d'enrichir les contours de la notion d'ordre public en tant que telle (B).

A) Une influence communautaire ambivalente : l'existence d'un « ordre public européen » ?

52. S'il est vrai que les valeurs européennes viennent directement interférer dans les considérations des législateurs nationaux (1), ces valeurs viennent avant tout enrichir le concept national de l'ordre public (2).

1) Le contrôle de la CJUE sur la détermination de l'ordre public par les Etats membres

53. Dans sa thèse sur l'existence d'un ordre public de l'Union européenne⁷³, Adeline Jeauneau écrivait que « (...) *l'obligatorieté des objectifs européens impose que ces derniers soient reconnus comme une composante de l'ordre public national* ». Le contenu de l'ordre public international est à la fois limité et étendu par les valeurs communautaires. Si la détermination du contenu de l'ordre public international incombe en principe à chaque Etat membre, la CJUE ne s'abstient pas de contrôler l'invocation de l'exception par les Etats et de s'immiscer dans la détermination de leur ordre public international. Il est, en effet, de jurisprudence constante aujourd'hui que la Cour européenne a indiqué que le droit de l'UE fixe des limites aux conceptions nationales de l'ordre public en précisant que « *si les États contractants restent, en principe, libres de déterminer, selon leurs propres conceptions, ce qu'exige l'ordre public, les limites de cette notion relèvent de l'interprétation de la convention [aujourd'hui : du règlement]* ». Par conséquent, s'il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre

⁷³ A. Jeauneau, *Existe-t-il un « ordre public de l'Union européenne » ?*, dans *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne. Essai de systématisation*, (dir. V. Heuzé), Th. Univ. Paris 1, LGDJ, (2015).

public d'un État contractant, elle est néanmoins tenue de contrôler les limites dans lesquelles les juridictions d'un État contractant peuvent recourir à cette notion pour refuser la reconnaissance d'un jugement émanant d'une juridiction d'un autre État contractant. Un tel contrôle s'est particulièrement illustré dans le cadre du règlement Bruxelles I Bis. Or, il est très probable que la CJUE suivra ce schéma lorsqu'elle interprétera la réserve de l'ordre public dans les règlements sur la loi applicable aux conflits de lois. Elle s'est par exemple, dans l'arrêt *Turner*⁷⁴, opposée au prononcé des *anti-suit injunction* dans le cadre du règlement Bruxelles I Bis. Elle a jugé une telle procédure contraire au principe de confiance mutuelle entre les juges des Etats contractants sur lequel est fondé le règlement : « *Il est inhérent à ce principe de confiance mutuelle que, dans le cadre de la convention, les règles de compétence qu'elle énonce, communes à toutes les juridictions des États contractants, puissent être interprétées et appliquées avec la même autorité par chacun d'entre eux... Toute injonction interdisant à un demandeur d'intenter une telle action doit être considérée comme constitutive d'une ingérence dans la compétence du tribunal étranger qui, en tant que telle, est incompatible avec le système de la Convention* ». Par cet arrêt, la CJUE a imposé à tous les Etats membres, l'obligation de ne pas émettre d'*anti-suit injunction*, sous peine de violer l'ordre public international. Dans un arrêt de la Cour de cassation⁷⁵, les juges français ont parfaitement exprimé l'idée de la limitation de l'ordre public international français par les valeurs européenne. Les juges de la juridiction suprême ont en effet indiqué que le prononcé d'une *anti-suit injunction* n'était pas, hors champ d'application des conventions et du droit communautaire, contraire, en soi, à l'ordre public international lorsque l'*anti-suit injunction* a pour objet la sanction d'une obligation contractuelle préexistante. Ainsi, les juges reconnaissent que la procédure n'est pas contraire à l'ordre public du for français, mais qu'une telle compatibilité n'est possible qu'en dehors du champ communautaire.

54. Si la Cour a indiqué que la liberté des Etats membres de déterminer les exigences de l'ordre public était limitée aux besoins nationaux des Etats, elle n'a donc jamais véritablement dressé un catalogue exhaustif des valeurs composant l'ordre public et, comme la Cour de cassation, celle-ci fait référence aux principes fondamentaux et universels.

⁷⁴ CJCE, *Gregory Paul Turner*, 27 avril 2004, aff. C-159/02. Depuis : Exemple : CJUE, *Allianz SpA*, 10 février 2009, aff. C-185/07.

⁷⁵ Cass. Civ. 1re, 14 oct. 2009, pourvoi n°08-16370;08-16550.

Dans le célèbre arrêt *Kromback* à propos de l'effet des jugements étrangers, la CJUE faisait expressément référence aux principes essentiels et reconnus comme fondamentaux dans l'ordre juridique d'un Etat en affirmant que l'atteinte à l'ordre public est constituée lorsqu'elle constitue « *une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'Etat requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique.* »⁷⁶.

Généralement, la CJUE se contente d'affirmer son contrôle des limites dans lesquelles les juges nationaux sont autorisés à faire usage de la notion d'ordre public.

2) Le concept national de l'ordre public enrichi par les valeurs européennes

55. Les valeurs européennes sont celles qui sont communes aux Etats membres, mais il n'existe pas vraiment de valeurs à proprement parler d'origine européenne.

Dans sa décision *Oméga*, la CJUE avait néanmoins fait explicitement référence au droit du travail en citant le procès-verbal d'adoption de la directive de 1996, lequel livre des indications quant à la portée de la notion d'ordre public : « *Les mots "dispositions d'ordre public" devraient être considérés comme couvrant celles des dispositions obligatoires à l'égard desquelles on ne peut pas déroger et qui, par leur nature et leur objectif, répondent aux exigences impératives de l'intérêt public. Ces dispositions peuvent inclure, en particulier, l'interdiction du travail forcé ou l'implication d'autorités publiques dans la surveillance du respect de la législation concernant les conditions de travail.* ».

Ces indications de la Cour quant à la teneur de l'ordre public sont néanmoins à réservier aux litiges mettant en jeu les libertés de circulation européennes.

56. Les règlements européens d'unification sur la loi applicable aux obligations contractuelles et extra-contractuelles se contentent, en effet, de faire de l'ordre public une réserve générale à l'application de la loi étrangère contraire aux principes fondamentaux du for, sans préciser ce que désigne précisément la notion d'ordre public : « *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.* »

La référence faite aux valeurs « du for » met à mal la thèse d'un concept européen, mais soutient plutôt l'idée d'un concept d'origine nationale, qui s'étend par l'effet de l'adhésion à

⁷⁶ *Krombach*, CJCE, 28 mars 2000, C-7/98, point 37.

l'Union européenne. Cette absence de concept d'origine européenne s'illustre également par l'évolution du choix de rédaction par la Commission européenne dans le cadre de sa proposition du règlement Rome II. La Commission avait en effet supprimé une réserve spécialement dédiée à la question de l'ordre public de la Communauté⁷⁷. Cette réserve spéciale avait été qualifiée de superflue, la protection des valeurs communautaires par le forum ayant été jugée comme allant de soi. Plus tard, la Commission avait également abandonné dans sa proposition sa référence à « *l'ordre public communautaire* »⁷⁸ pour ne faire référence qu'à « *l'ordre public* » en général, dans une clause dédiée aux dommages et intérêts non-compensatoires, sur laquelle nous reviendrons.

57. Les exceptions d'ordre public en matière conventionnelle ne permettent pas d'épaissir la définition de l'ordre public, ni même de conclure à un concept européen. La Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels du 15 juin 1955 ne fait ni référence à un ordre public communautaire ni à l'ordre public du for. « *L'ordre public* » est simplement affiché à l'article 6 comme pouvant constituer un « *motif* » de nature à écarter la loi désignée. La Convention sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière du 4 mai 1971 fait preuve d'une pointe supplémentaire d'exhaustivité en exigeant à son article 10, à l'instar des règlements européens, une incompatibilité manifeste.

54. Il est donc plus juste de parler d'un équilibre, d'un apport mutuel entre valeurs nationales et européennes, à propos de la teneur de l'ordre public. Les valeurs viennent directement se superposer sur les valeurs du for, permettant à l'ordre public international d'un Etat d'en ressortir considérablement enrichi. L'ordre public international français étant constitué des « *principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme dotés d'une valeur internationale absolue* »⁷⁹, ce dernier intègre naturellement les textes supranationaux qui

⁷⁷ Article 23 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II") (ci-après : "Proposition de 2003"), COM(2003) 427 final : « 1. Le présent règlement n'affecte pas l'application des dispositions contenues dans les traités fondant les Communautés européennes ou dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes et qui : dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles, ou édictent des règles qui s'appliquent quelle que soit la loi nationale régissant, en vertu du présent règlement, l'obligation non contractuelle en question, ou s'opposent à l'application d'une disposition ou des dispositions de la loi du for ou de la loi désignée par le présent règlement. ».

⁷⁸ Article 24 *op. cit.* : « L'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement qui a pour effet d'entraîner l'octroi de dommages et intérêts non-compensatoires, tels que des dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, est contraire à l'ordre public communautaire ».

⁷⁹ Lautour *op. cit.*,

consacrent ces droits fondamentaux. Il est aujourd’hui communément admis que les valeurs contenues dans la Convention européenne des droits de l’Homme sont au cœur des valeurs de l’ordre public international français.

Adeline Jeauneau remarquait de manière pertinente que les normes européennes peuvent avoir une influence sur l’ordre public international d’un Etat sans pour autant qu’elles n’aient de « *contenant spécifiquement européen* », lorsque les mécanismes déjà existants, l’exception d’ordre public, sont mis à leur service. L’adhésion à une structure d’intégration régionale, telle que l’Union européenne, fait peser sur le juge national l’obligation de garantir de manière équivalente la protection des droits établis par l’ordre juridique national et de ceux établis par l’ordre juridique de l’Union. En d’autres termes, cette influence sur l’ordre public international de la France se fait directement, sans la nécessité d’un « concept européen » à proprement parler. Adeline Jeauneau rappelait que l’influence des normes européennes ne peut être finalement perçue que comme la simple « *conséquence logique de l’adhésion* », laquelle oblige à faire coexister des normes de sources différentes. La maîtresse de conférence appelait donc à relativiser ceux qui voyaient l’émergence d’un « ordre public européen », atteignant l’ordre public national.

55. Il n’existe donc pas à proprement parler d’ordre public européen, mais l’influence européenne reste non-négligeable, comme en témoigne le considérant dédié aux dommages et intérêts non-compensatoires du règlement Rome II. Ce considérant souligne la manière dont le législateur européen peut contribuer à l’introduction d’une institution étrangère d’apparence antagoniste aux conceptions locales.

B) L'introduction européenne d'une institution étrangère d'apparence inconciliable avec les conceptions locales : l'exemple des dommages et intérêts non-compensatoires

58. La question de la compatibilité des dommages-intérêts non-compensatoires avec l'ordre public peut se poser lorsqu'une demande incluant une demande de dommages-intérêts punitifs, revêtant un caractère national, est soumise à la juridiction d'un État membre n'autorisant pas l'octroi de ce type de dommages. Dans une telle situation, il pourrait être demandé au juge d'appliquer une loi étrangère régissant le fond du litige, telle que désignée par la règle de conflit du for, qui autorise l'allocation de dommages-intérêts punitifs. Au niveau européen, la qualification de la demande devrait normalement conduire à un délit civil et, plus généralement, à des obligations non-contractuelles dont la loi est désignée le règlement Rome II. Le législateur européen a justement dédié un considérant du règlement Rome II à ces dommages et intérêts exemplaires ou punitifs non-compensatoires.

59. En Europe, l'institution des dommages et intérêts punitifs non-compensatoires, originaire des pays de Common law, a longtemps fait l'objet d'une résistance accrue. Selon Renée Charlotte Meurkeus, cette méfiance européenne découlerait en fait d'une « *perception erronée de la réalité américaine* ».

Le Second *Restatement of Torts* de 1979⁸⁰ définit les dommages et intérêts punitifs comme suivant :

« (1) *Les dommages-intérêts punitifs sont des dommages-intérêts, autres que les dommages-intérêts compensatoires ou nominaux, accordés à une personne pour la punir de son comportement scandaleux et pour la dissuader, ainsi que d'autres personnes comme elle, d'adopter un comportement similaire à l'avenir.*

(2) *Des dommages-intérêts punitifs peuvent être accordés en cas de conduite scandaleuse, en raison de l'intention malveillante du défendeur ou de son indifférence insouciant à l'égard des droits d'autrui. En évaluant les dommages-intérêts punitifs, le juge des faits peut prendre en considération le caractère de l'acte du défendeur, la nature et l'étendue du préjudice que le défendeur a causé ou tend à causer au plaignant, ainsi que la richesse du défendeur. ».*

⁸⁰ § 908(1) *Restatement (Second) of Torts* (1979).

Ainsi, les dommages-intérêts punitifs sont des dommages-intérêts monétaires qui peuvent être accordés au plaignant dans un procès civil en plus des dommages-intérêts compensatoires. L'auteur du préjudice est condamné au versement d'une somme supérieure à la simple réparation du préjudice, afin d'être privé de tout gain dont il aurait pu bénéficier.

60. La réputation des Etats-Unis d'être une culture de l'indemnisation contribue à la mauvaise image que se font les Européens des mécanismes d'indemnisation en provenance de chez eux, et plus généralement de la responsabilité civile américaine. Dans son étude, Renée Charlotte Meurkeus affirme qu'un épluchage de la jurisprudence américaine amène à constater que les affaires de responsabilité civile américaine et les dommages-intérêts relatifs à ces litiges seraient finalement assez faibles. Une analyse jurisprudentielle permettrait également de réfuter le propos selon lequel les dommages-intérêts punitifs seraient accordés à outrance par les juges américains, l'élément qui contribue sans doute le plus à l'image négative de ces dommages véhiculée en Europe⁸¹. Les études sur les condamnations à verser des dommages-intérêts punitifs depuis 1985⁸² révèlent des chiffres saisissants puisque ces derniers ont été accordés dans 2 à 9% de toutes les affaires gagnées par le demandeur. La nature des délits pour lesquels de tels dommages sont accordés est également cruciale pour relativiser la controverse autour de la pratique des juges américains. De tels dommages sont en fait majoritairement versés dans des affaires concernant des délits intentionnels, coups et blessures, de la diffamation, des délits financiers. A l'inverse, et très certainement en raison de l'objectif recherché par cette sanction, les dommages et intérêts punitifs se font plus rares dans les affaires mettant en cause la responsabilité du fait des produits, la faute médicale, les dommages corporels, la négligence, les accidents de voitures⁸³. Une telle *summa divisio* n'a rien de très surprenant, puisqu'elle révèle simplement une application judiciaire conforme aux éléments de définition de la sanction. Rappelons-le, les dommages et intérêts punitifs visent à sanctionner un « *comportement scandaleux* » du fait « *de l'intention malveillante du défendeur ou de son indifférence insouciante à l'égard des droits d'autrui* ». (Cf. *supra* n°57). L'excessivité

⁸¹ L.L. Schlueter, *Punitive Damages*, Volume 1 Lexis Nexis 2005 cité dans R.C. Meurkeus, *Punitive damages : the civil remedy in American law, lessons and caveats for continental Europe*, Doctoral Thesis, Maastricht University, Wolters Kluwer Business (2014).

⁸² Anthony J. Sebok. *Punitive Damages : From myth to Theory* (2007) Iowa L Rev 957,964. cité dans R.C. Meurkeus, *Punitive damages : the civil remedy in American law, lessons and caveats for continental*, p.94.

⁸³ Bureau of Justice Statistics, *Punitive Damage Awards in Large Counties*, 2001 TJ Cohen Report (2005) cité dans R.C. Meurkeus, *Punitive damages : the civil remedy in American law, lessons and caveats for continental*, p.30.

reprochée aux juges américains serait donc infondée, venant directement biaiser le débat européen.

61. Par ailleurs, la justice américaine œuvre à la prévention d'un octroi excessif et abusif de ces dommages, sur le plan législatif⁸⁴ d'une part, avec une clarification des normes jugées trop vagues relatives aux questions de mesure de responsabilité et de faute, le plafonnement des indemnités, l'autorisation du paiement de l'indemnité par la personne condamnée à l'Etat ou à des organismes publics plutôt qu'au plaignant, la séparation des questions de responsabilité et des questions compensatoires, la limitation d'une seule punition pour un seul acte ou une seule conduite, ou encore l'exigence de niveau de preuve plus élevée pour le recouvrement de tels dommages. Sur le plan judiciaire d'autre part, avec l'affirmation de la Cour suprême américaine de la nécessité d'accorder des dommages et intérêts punitifs raisonnables à la lumière des garanties constitutionnelles relatives au caractère excessif et à la régularité de la procédure⁸⁵.
62. Il est vrai que sans les clarifications expliquées ci-dessus, la résistance européenne est davantage compréhensible ; la sanction américaine semblerait effectivement aller à l'encontre de la tradition du droit civil.
63. Premièrement, la sanction a été décrite comme incompatible avec les fonctions traditionnelles du droit de la responsabilité civile. En théorie, le droit civil a pour principal objet la compensation, les systèmes de ce droit auraient abandonné la fonction punitive conservée par les pays de Common law, sous la forme des dommages et intérêts punitifs justement. Pour rappel, en France, le montant des dommages et intérêts est destiné à réparer le préjudice subi et uniquement le préjudice subi. Cette stricte équivalence entre le montant des dommages et intérêts et la réparation du préjudice constitue en droit français le principe de réparation intégrale établi à l'article 1240 du Code civil qui dispose 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* ». Ce type de dommage, visant à remplacer la victime dans la situation la plus proche de celle dans laquelle elle se serait trouvée si elle n'avait pas subi le préjudice, est dit « compensatoire » du profit perdu.

⁸⁴ David G. Owen, *Products Liability Law* Thomson/West (2005) 1200 ; Jane Mallor et Barry S. Roberts, *Punitive Damages : On the Path to A Principled Approach ?* (1999) Hasting L J 1001, 1006 ; James R. McKown, *Punitive Damages : State Trends and Developments* (1995) Rev of Litigation cité dans R.C. Meurkeus Ibid p. 107.

⁸⁵ *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996).

La pratique révèle néanmoins que le droit de la responsabilité civile continue de remplir d'autres fonctions que celle de compenser, à savoir celle de dissuader. C'est l'absence d'une frontière claire entre les différentes fonctions du droit civil qui viendrait en fait troubler l'objectivité du débat en Europe. La combinaison punition et indemnisation semble toujours exister. En effet, Renée Charlotte Meurkeus relevait que l'évaluation des dommages et intérêts compensatoires par les tribunaux est parfois basée sur des éléments qui vont au-delà du principe de l'indemnisation et tiennent compte de la nature de l'infraction et du degré de culpabilité. L'indemnisation de la victime ne serait donc pas le seul objectif dans l'évaluation de la réparation.

64. La prédominance de la fonction compensatoire sur la fonction punitive du droit de la responsabilité civile résulte également du clivage entre la sphère privée et la sphère publique. La différenciation entre le système de responsabilité civile et le système pénal est fondamentale dans de nombreux systèmes juridiques, y compris en Europe. Dans le système de responsabilité civile, l'objectif principal est d'indemniser la victime pour les dommages subis, tandis que dans le système pénal, l'accent est mis sur la punition de l'auteur de l'infraction. Cette distinction est importante pour préserver les garanties de procédure pénale, telles que le principe de légalité des délits et des peines, le principe *non bis in idem*, les garanties en matière de preuve et le droit à un procès équitable énoncé à l'article 6 de la CEDH. Les dommages et intérêts punitifs, visant à punir le défendeur et dissuader d'autres comportements similaires, sont souvent associés au système de justice civile aux Etats-Unis, ce qui explique qu'ils soient perçus par les Européens comme une atteinte à la distinction précédemment évoquée. Certains opposants à la sanction considèrent que l'infliger dans des affaires civiles peut empêcher et porter atteinte aux garanties de procédure pénale. Les Américains remédient à cette confusion sectorielle en adaptant certaines garanties, par exemple en matière de preuve, ou en admettant tout simplement des principes formellement prohibés en Europe, tels que celui de la double incrimination.
65. Enfin, selon R.C Meurkeus, la divergence entre les visions du rôle que doit avoir le gouvernement selon les systèmes juridiques explique aussi la réception variable des dommages et intérêts punitifs d'un Etat à un autre⁸⁶. Le justiciable européen dispose de plus d'alternatives à l'action en responsabilité civile que le justiciable Américain. En effet, l'assurance privée et la sécurité sociale ont été développées dans une plus large mesure en Europe qu'aux Etats-Unis.

⁸⁶ R. C. Meurkeus, *op cit.*, p.187-200.

Mais la providence européenne est entrain de reculer en raison des crises financières et économiques qui ont frappé la région ces dernières années. L'engagement de la responsabilité civile, permettant de percevoir l'indemnisation, devient alors le mécanisme de réparation le plus attrayant.

66. Aujourd’hui, la jurisprudence récente témoigne d’un assouplissement de certains tribunaux européens, qualifiés de « progressistes », à l’égard des dommages et intérêts punitifs, parmi lesquels figure la France⁸⁷.

Cet assouplissement s’est directement reflété dans la réglementation européenne. Comme tous les autres règlements de droit international privé, le règlement Rome II contient une clause générale d’ordre public, qui permet à un tribunal de refuser l’application d’une loi étrangère si l’application de la loi étrangère est manifestement incompatible avec l’ordre public du for. Si les premières versions de la proposition du règlement Rome II visaient à empêcher radicalement le développement des dommages et intérêts punitifs dans l’espace européen, la version finale du règlement ne contient aucune condamnation absolue de ce type de dommages et intérêts. Le considérant n°32 du règlement Rome II affirme en effet que « *l’application d’une disposition de la loi désignée par le règlement qui conduirait à l’octroi des dommages et intérêts exemplaires ou punitifs non-compensatoires excessifs peut être considérée comme contraire à l’ordre public du for, compte tenu des circonstances de l’espèce et de l’ordre juridique de l’Etat membre de la juridiction saisie* ». Seul le caractère disproportionné de ces dommages et intérêts est désormais de nature à contrarier l’ordre public, et non plus leur simple octroi. Cette référence au caractère « excessif » des dommages découle de la position de la Commission européenne et du Parlement européen. La Commission avait initialement proposé d’introduire une règle spécifique qui considérait tous les dommages-intérêts non-compensatoires comme incompatibles avec l’ordre public communautaire. L’article 24 de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles disposait en effet que « *L’application d’une disposition de la loi désignée par le présent règlement qui a pour effet d’entraîner l’octroi de dommages et intérêts non-compensatoires, tels que des dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, est contraire à l’ordre public communautaire.* ». Cette clause aurait pris place à côté de la réserve générale d’ordre public. Cette proposition ayant reçu de nombreuses critiques, la Commission a proposé un nouveau texte avec une réserve rédigée de manière bien moins radicale. L’article 23 disposait que

⁸⁷ Voir pour une acceptation d’une condamnation à des dommages-intérêts punitifs : Cass. civ. 1, 1^{er} dec. 2010, n° 09-13.303, Cass. Civ. 1, 12 janv. 2022, n° 20-16.189.

l'application d'une loi qui aurait pour effet d'entraîner l'octroi de dommages et intérêts non-compensatoires qui seraient excessifs pourrait être considérée comme incompatible avec l'ordre public du *for*⁸⁸, mais qu'ils ne sont pas *ipso facto* excessifs. Cette réserve spéciale pour les dommages et intérêts non-compensatoires a été supprimée à l'article 26 de la position commune n° 22/2006 adoptée par le Conseil le 25 septembre 2006 en vue de l'adoption d'un règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles⁸⁹. Lors de la dernière étape du processus législatif, il a été décidé de maintenir la clause générale d'ordre public dans le règlement à l'article 26 et de déplacer la règle sur les dommages et intérêts non-compensatoires, avec des modifications linguistiques mineures, dans les considérants. La nature non-constrictrice des considérants signifie que leur application dépendra de la manière dont les tribunaux interprètent le règlement dans son ensemble et prennent en compte les objectifs du législateur européen. Il appartiendra aux juridictions nationales de déterminer et renforcer le seuil de tolérance européen qui ne peut être dépassée par les sommes et intérêts punitifs étrangers.

⁸⁸ Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II"), COM(2006) 83 final.

⁸⁹ Article 26 de la position commune n° 22/2006 adoptée par le Conseil le 25 septembre 2006 en vue de l'adoption d'un règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II") [2006] JO C289E/68.

Section 2 - L'influence fédérale aux Etats-Unis

67. Le Gouvernement fédéral américain a fait le choix d'une décentralisation du règlement des conflits de lois : les Etats fédérés ont la compétence de trancher les conflits de lois en appliquant leur droit matériel (A). Cette décentralisation a été regrettée par une partie de la doctrine qui milite pour un règlement des conflits de lois par les tribunaux fédéraux (B).

A) La relativisation de l'influence fédérale aux Etats-Unis

68. Aux Etats-Unis, le dixième amendement de la Constitution américaine dispose que « *The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people* ». Traduit littéralement, l'amendement indique que les compétences non explicitement accordées au gouvernement fédéral sont celles des Etats fédérés ou du peuple. Par cet article, le gouvernement fédéral américain maintient l'autonomie législative des Etats fédérés, permettant, pour rappeler les propos de Léa Gannagé, une pluralité de systèmes de conflits au sein d'une même souveraineté. Les Etats-Unis, à l'inverse de l'Allemagne ou du Canada par exemple⁹⁰, n'ont pas eu besoin de limiter l'étendue des compétences des entités fédérées et ont pris le parti d'une dévolution implicite pour répondre aux exigences d'un équilibre entre autorité centrale et autorités locales. Yves-Edouard Le Bos relevait, en des termes similaires à ceux du professeur Gannagé, que la comparaison entre le droit américain et le droit de l'Union européenne fait transparaître le paradoxe d'un « intégrationnisme » plus poussé, dans le domaine des conflits de lois, au sein de l'Union européenne qu'aux Etats-Unis et que si le fédéralisme « *n'est évidemment pas sans impact sur le fonctionnement du conflit de lois* », il ne « *commande pas nécessairement une centralisation du règlement de celui-ci* »⁹¹.

En ce sens, la Cour suprême américaine avait affirmé, dans l'affaire *Erie R.R v. Tompkins*⁹² de 1938, l'inexistence d'un droit commun général fédéral en déclarant que, sauf dans les matières

⁹⁰ M. Crommelin, *Le règlement des différends dans les systèmes fédéraux*, Dans *Revue Internationale des sciences sociales* 2001/1 (n°167), point 7.

⁹¹ Y. Le Bos, *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral* - Volume 95, Broché (2010), Résumé.

⁹² *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).

régies par la Constitution des États-Unis ou par des lois du Congrès, la loi à appliquer par les tribunaux fédéraux dans les affaires de diversité est le droit substantiel de l'Etat fédéré et le droit procédural fédéral, à moins qu'il n'y ait un conflit entre le droit substantiel et fédéral, auquel cas la clause de suprématie impose de faire primer le droit fédéral.

La solution de cet arrêt avait été explicitement étendue aux conflits de lois trois ans plus tard dans l'arrêt *Klaxon Co. V. Stentor eLEC. Mfg. Co.*⁹³ où la Cour suprême avait considéré que les règles de conflit de lois étaient des règles substantielles et que donc, conformément à la distinction *Erie*, les tribunaux fédéraux, lorsqu'ils statuent dans des affaires ne relevant pas de la loi fédérale, devaient appliquer le droit des conflits de lois créé par les Etats où ils siègent. Ces derniers ne sont pas libres de déterminer de manière indépendante ce que devrait être la loi dans l'Etat où ils siègent.

Compétents en matière de choix de loi, les Etats fédérés sont donc libres d'apprécier à partir de quel seuil l'application de la loi étrangère contrevient à leur ordre public et quand déclencher l'exception.

69. Le gouvernement fédéral vient également influencer les rapports inter-étatiques, en affirmant notamment que « *Dans chaque Etat, il est accordé pleine foi et crédit aux actes publics, aux archives et aux procédures judiciaires de tous les autres États, des actes publics, des archives et des procédures judiciaires de tous les autres États. Et le Congrès peut, par des lois générales, prescrire la manière dont ces actes, archives et procédures seront prouvés, et l'effet qui en résultera* »⁹⁴. De ces clauses, découle l'impossibilité pour le tribunal d'un Etat de refuser de faire respecter les droits découlant d'une loi fédérale en invoquant une doctrine de conflit de lois, comme l'exception d'ordre public⁹⁵. Néanmoins, une telle réglementation n'a pas pour effet de compromettre l'invocation de la doctrine de l'ordre public par les tribunaux des Etats fédérés. La Cour suprême avait déclaré lors de l'arrêt *Hughes v. Fetter*⁹⁶, une affaire transfrontalière d'accident de la circulation, que la *Full Faith and Credit Clause* n'impose pas à l'Etat du for d'appliquer la loi d'un Etat frère qui contreviendrait à son ordre public. Une partie de la doctrine ne s'est pas entièrement réjouie du choix du gouvernement fédéral de

⁹³ *Klaxon Co. v. Stentor Elec. Mfg. Co., Inc.*, 313 U.S. 487 (1941).

⁹⁴ Constitution des Etats-Unis, Article IV, Section 1: « Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State. And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof. ».

⁹⁵ E.E. Cheatham, *Federal Control of Conflict of Laws*, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 6, Issue 3, (1953), Article 8, p.582.

⁹⁶ *Hughes v. Fetter*, 341 U.S. 609, 71 S. Ct. 980, 95 L. Ed. 1212 (1951).

s'extirper, en grande partie, du règlement des conflits de lois. La doctrine a en effet soulevé la question de savoir si les juges fédéraux ne seraient pas finalement plus aptes à trancher les conflits de lois, faisant preuve d'une neutralité supérieure à celle des tribunaux des Etats fédérés dans l'appréciation des intérêts de leur Etat d'origine.

B) L'opportunité du règlement des conflits de lois par le droit commun fédéral

70. Une partie de la doctrine a fait part de son inquiétude quant à la capacité des juges des tribunaux des Etats fédérés à évaluer et faire respecter de manière impartiale les intérêts étatiques ne correspondant pas à ceux de leur Etat d'origine. Cette incapacité viendrait biaiser toute la résolution du conflit de lois, la mobilisation de la doctrine de l'ordre public y comprise. Le professeur William Baxter est à l'origine de la proposition d'un règlement des conflits de lois par les tribunaux fédéraux et non pas ceux des Etats fédérés, en affirmant qu'un tribunal fédéral serait un organe juridictionnel nécessairement plus neutre. La sélection de la loi applicable implique désormais, on l'a vu, l'évaluation selon un éventail de normes concernant les nuances des choix politiques de l'État et l'importance des intérêts de l'État dans ces politiques. Cela conduit naturellement l'Etat à surestimer ses propres intérêts politiques et à négliger ceux des États partenaires. Le professeur évoquait l'opportunité des habitudes procédurales des juridictions fédérales, notamment les jugements fédéraux en appel par des panels de juges souvent issus d'Etat différents, un procédé qui n'existe pas pour les jugements des Etats fédérés. Si le professeur avouait l'existence d'une influence indéniable des sénateurs de l'Etat d'origine, rendant le forum « imparfait », il affirmait que ce panel de juges en provenance de différents Etats pourrait garantir un certain niveau d'impartialité. Currie, partisan de l'opportunité d'un règlement des conflits de lois davantage fédéral, avait envisagé que la décision *Klaxon*, qui transcrit la distinction entre règles procédurales et règles substantielles en matière de conflits de lois, ne survive pas pour que les tribunaux fédéraux soient libérés de la contrainte de suivre les règles de conflit des Etats. Dans son article sur les conflits de lois et le fédéralisme⁹⁷, l'avocate Lee Farnsworth expliquait que la décision *Klaxon* avait eu pour objectif d'empêcher le forum shopping vertical entre juridictions fédérales et juridictions fédérées, mais avait eu pour résultat de mener les tribunaux à l'élaboration de règles de conflit articulées autour des intérêts étatiques, donnant lieu aux dérives appréciatives de la part des juges. Dans son étude,

⁹⁷ L. Farnsworth, *Conflicts of Law, Federalism, and Institutional Competence*, *Kansas Law Review*, Vol. 68, (2020). cite W. F. Baxter, *Choice of Law and the Federal System*, 16 STAN. L. REV. 1, 22–23, (1963).

l'auteur propose un raisonnement nettement moins radical que l'annulation de la décision *Klaxon*, ainsi que l'élaboration d'un droit commun fédéral des conflits de lois, inenvisageable au regard des dispositions constitutionnelles actuelles. L'auteur opte plutôt pour une résolution fédérale des questions relatives à la loi applicable, par une procédure dans laquelle les tribunaux des États, au stade de l'examen en appel, renverraient les questions de choix de la loi aux cours d'appel fédérales. Une telle procédure serait permise par la requalification des règles de conflit de lois. L'auteur mentionnait le juge Scalia, selon qui ladite distinction présenterait dans les faits quelques aspects poreux, certaines règles procédurales affectant nécessairement les droits substantiels des plaigneurs : « *En termes généraux, on pourrait raisonnablement penser que les règles de conflit de lois peuvent être considérées comme réglementant réellement la procédure parce qu'elles sont conçues pour choisir parmi les lois substantielles susceptibles de s'appliquer, plutôt que de faire elles-mêmes partie de ces lois substantielles.* »⁹⁸. L'auteur suggère que les tribunaux fédéraux continueraient à appliquer les lois sur les conflits de lois des Etats plutôt qu'une loi fédérale générale sur les conflits de lois, afin de ne pas porter atteinte à leur souveraineté, mais les tribunaux fédéraux seraient les seuls à le faire lorsque la prise en compte des intérêts ou des objectifs de l'Etat serait en cause.

71. Complexe à appréhender dans son contenu, l'ordre public peut être tout aussi obscur dans sa mise en œuvre. Fort heureusement, l'analyse doctrinale et jurisprudentielle permet de dégager certains traits caractéristiques qui sous-tendent la pratique.

⁹⁸ L. Farnsworth, *Ibid*, p.522.

PARTIE II – LA MISE EN ŒUVRE DE L’EXCEPTION D’ORDRE PUBLIC

72. La mise en œuvre de n’importe quel mécanisme juridique est dicté par le législateur. Dès lors, en matière de conflits de lois, la manière dont le juge met en œuvre l’exception d’ordre public varie selon la règle de conflit qu’il envisage.

Chapitre I – Le jeu variable de l’exception de l’ordre public

73. En Europe, le législateur utilise l’exception d’ordre public en tant qu’exception à la méthode conflictuelle traditionnelle, la règle de conflit bilatérale (Section 1). Aux Etats-Unis, la mise en œuvre de l’ordre public en tant qu’exception est également le pendant de la règle de conflit bilatérale traditionnelle. Mais l’analyse révèle que le « statut » de l’ordre public varie considérablement, lorsque les règles de conflit de lois modernes sont employées : l’ordre public est pris en compte dès le choix de loi, et intervient moins en tant que correcteur. (Section 2).

Section 1 - La réserve générale à la règle de conflit bilatérale traditionnelle en Europe

74. En Europe, la qualification de l’ordre public en tant que « *réserve générale* » à la désignation de la règle de conflit ne permet pas de guider précisément le juge dans son application de l’exception. Les rédacteurs des règlements européens se sont, en effet, contentés d’exiger une contrariété « *manifeste* » entre la loi étrangère et l’ordre public du *for* pour que l’exception joue (A). En pratique, ce manque de précisions n’est pas si problématique : les différences en droit comparé des contrats ou des délits ne soulèvent que rarement des questions sensibles qui pourraient compromettre des principes relevant de l’ordre public (B). En outre, la protection des intérêts considérés comme essentiels par les Etats de l’Union est généralement assurée par d’autres soupapes de sécurité (C).

A) La seule exigence d'une contrariété « manifeste » à l'ordre public : *quo vadis* ?

75. A titre liminaire, nous savons au moins que l'exception d'ordre public relève de l'office du juge.

Lors de la rédaction du règlement Rome II, la commission du Parlement européen, influencée par le règlement Bruxelles I, avait proposé que l'invocation de l'exception d'ordre public soit réservée aux parties⁹⁹. Le juge n'appliquerait l'exception qu'à la demande des parties qui n'accepteraient pas la loi étrangère. Une telle proposition semblait pourtant antinomique au concept de l'ordre public : les parties à un litige ne devraient pas avoir le maître-mot quant à la protection des intérêts et principes fondamentaux d'un Etat. La proposition des parlementaires n'a pas abouti : les exceptions d'ordre public en droit européen sont à appliquer d'office par le juge. Mais ce dernier ne bénéficie pas de lignes directrices claires quant au fonctionnement de l'exception. Les législateurs de Rome I et Rome II ont en effet adopté le critère d'une exigence d'incompatibilité « *manifeste* », sans étayer sur ce que constitue une telle contrariété, ni même sur la loi à appliquer une fois la loi étrangère évincée par le jeu de l'exception.

76. La lecture de toutes les règles d'ordre public dans les règlements européens appelle au même constat : l'invocation de l'exception ne pourra aboutir que si la contrariété entre la loi étrangère et l'ordre public du for est manifeste. Le professeur d'Avout soulignait que l'utilisation de la tournure négative indique que la réserve générale ne doit être invoquée que dans les cas extrêmement graves, ce qui est renforcé par l'utilisation de l'adverbe « *manifeste* »¹⁰⁰. Cette expression fait directement écho à l'étroitesse de la notion d'ordre public international. Comme expliqué précédemment, l'ordre public international fait partie intégrante de l'ordre public d'un Etat : les valeurs nationales d'un Etat ne sont pas automatiquement susceptibles de permettre l'invocation de l'ordre public. Ainsi, de simples écarts à la *lex fori* n'ont pas permis de déclencher la réserve d'ordre public. Les juges seront plus enclins à qualifier l'affrontement des deux ou plusieurs normes de manifeste lorsque les principes en question bénéficieront de l'appui de constitutions ou de textes internationaux. Moins dans le domaine des conflits de lois, mais toujours pertinent pour étayer sur l'application exceptionnelle de l'exception d'ordre public, la CJUE avait rappelé en matière de libertés de circulation que l'invocation de l'ordre

⁹⁹ Parlement européen, "Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II") A6-0211/2005, amendement 50.

¹⁰⁰ B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, Lextenso, (2022), p.942.

public ne peut avoir lieu « *qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société* »¹⁰¹.

77. Hormis l'exigence d'une contrariété manifeste, les clauses qui figurent dans les règlements Rome I et Rome II ne livrent pas d'autres indications. Une telle rédaction ne pose pas problème sur l'effet négatif de l'application de l'exception, l'éviction de la loi étrangère. En revanche, elle met le praticien dans un flou absolu concernant l'effet positif de l'exception, à savoir le choix de la règle de droit qui devra remplacer la règle étrangère évincée. L'analyse des solutions internes permet de noter qu'il existe quelques lignes directrices. La tendance générale est l'application de la *lex fori*, mais certaines juridictions vérifient d'abord si la loi jugée incompatible ne peut pas être dépecée, et ainsi écarter uniquement les dispositions jugées contraires à l'ordre public du for. Si l'on a vu que les dommages et intérêts punitifs avaient fait l'objet d'un considérant, le législateur n'a pas fourni d'indications sur la loi subsidiairement applicable.

B) Une exception débattue en matière contractuelle et délictuelle

78. L'absence d'indications concrètes de mise en œuvre de la réserve générale d'ordre public n'est peut-être pas si problématique en matière contractuelle et délictuelle. La pratique révèle en effet que l'exception d'ordre public n'a pas une immense portée dans ces deux domaines, en particulier dans celui des contrats. En ce sens, le choix rédactionnel des législateurs suggère que l'exception doit être utilisée dans les cas les plus graves et sensibles, des situations plus rares en droit international privé des affaires. Dans des affaires connexes¹⁰², relevées par Cécile Pellegrini, la Cour de cassation jugeait que le jugement étranger qui condamne un dirigeant, en qualité de caution, au remboursement des sommes, alors qu'un tel engagement de la part du dirigeant était manifestement disproportionné au regard de ses capacités de remboursement, méconnaissant de fait l'article L.341-4 du code de la consommation français, n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international : « *Que l'ordre public international français de fond est constitué de valeurs fondamentales et est distinct de l'ordre public interne (et que) l'article L 341-4 du code de la consommation n'édicte pas une norme dont la*

¹⁰¹ CJUE, 14 mars 2000, C-54/99, Rec. p. I-1335, point 17, *Église de scientologie*.

¹⁰² Cass. Civ. 1re, 28.3.2018, 17-10.626 17-13.220 ; Cass. Civ 1re, 30.1.2013, n° 11-10.588 ; Cass. Civ. 1re, 16.9.2015, n° 14-10.373 ; Cass. Civ. 1re, 2.12.2015 n° 14-25.147.

méconnaissance serait contraire à la conception française de l'ordre public international »¹⁰³. De prime abord, un tel jugement soutient la thèse du faible retentissement de l'exception d'ordre public en droit international privé des affaires. Toutefois, il faut rappeler qu'une telle décision a été rendue dans le cadre de la reconnaissance d'un jugement régulièrement rendu à l'étranger. Peut-être le juge français aurait été plus strict s'il lui avait été demandé d'appliquer une loi étrangère validant un cautionnement d'emprunt disproportionné au regard des capacités de remboursement, et ce faisant de créer une situation sur le territoire français contraire à l'article L341.4 du code de commerce.

79. Les décisions en matière délictuelle ne témoignent pas d'un rôle de l'exception d'ordre public beaucoup plus important qu'en matière contractuelle. Nous évoquions l'arrêt *Kieger* plus tôt dans notre étude, par lequel les juges français ont, contre toute attente, estimé que la loi étrangère qui méconnaît le principe français de réparation intégrale n'est pas contraire à l'ordre public international (Cf. *supra* n°33). Une telle souplesse s'est étendue, nous l'avons vu, aux dommages et intérêts non-compensatoires (Cf *supra* n°64). L'arrêt *Lautour*, dont la solution a été reprise à plusieurs fois¹⁰⁴, affirmait que la loi étrangère qui oblige le demandeur à établir une faute, méconnaissant le principe française de responsabilité de plein droit, n'est pas un principe de nature à contrarier l'ordre public.

80. C'est ainsi que l'existence de l'exception d'ordre public dans les règlements Rome I et Rome II a pu être débattue. Il est vrai qu'un tel mécanisme a davantage vocation à s'illustrer dans des domaines plus sensibles mettant en cause les libertés fondamentales inscrites dans les textes internationaux. En matière extra-patrimoniale, l'article 10 du règlement Rome III, sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, condamne, sans condition de proximité, l'application de toute loi qui ne prévoit pas le divorce ou n'accorderait pas l'égalité d'accès entre époux au divorce ou à la séparation de corps en raison du sexe¹⁰⁵. La présence de cette clause spéciale d'éviction de la loi désignée peut être interprétée comme un standard extrêmement élevé de l'ordre public, qui ne serait sujet à aucune modulation spatiale ou temporelle. Dès lors qu'une telle loi est désignée par la règle de conflit, le juge ne peut faire

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Cass. Crim. 26 avr. 1990, Gaz. Pal. 90.2.513 ; Cass.civ., 4 avril 1991 JDI 91.918 ; 4 févr. 1992, D.93.13.

¹⁰⁵ Article 10 du règlement Rome III : « Lorsque la loi applicable en vertu des articles 5 ou 8 ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps, la loi du for s'applique. ».

preuve d'aucune flexibilité et l'écarte sans examiner *in concreto* sa répercussion sur le système juridique du for. A vrai dire, le choix d'une telle disposition suggère que l'inaccessibilité au divorce ou à la séparation de corps, ou son inégalité d'accès, entrave *in abstracto* les ordres juridiques des Etats membres. D'ailleurs, l'article 10 ne constitue pas l'exception d'ordre public du règlement, laquelle figure à l'article 12 dont la rédaction est similaire aux dispositions de Rome I et Rome II. Une partie de la doctrine argue *a fortiori* qu'il s'agit d'un contrôle supplémentaire de l'ordre public, permettant d'avancer la thèse d'une exception d'ordre public encore plus forte et répandue en droit des personnes et de la famille. Certains se sont même appuyés sur l'article 10 dans leur argumentation pour soutenir l'existence d'un ordre public européen, qui prônerait, entre autres, une « sortie rapide » du mariage, et un accès égal à cette sortie. De telles clauses spéciales n'existent pas dans les règlements européens en matière contractuelle et délictuelle, qui se contentent de la réserve générale. Nous avons vu, en outre, que la clause spéciale sur les dommages et intérêts compensatoires n'a jamais abouti.

81. La relativisation de la portée de l'exception d'ordre public de manière générale s'explique également par la concurrence d'autres dispositifs de sécurité.

C) Le recul de l'exception d'ordre public lors de l'utilisation d'autres dispositifs de sécurité

82. Aujourd'hui, en droit international privé de l'Union européenne, l'autonomie de la volonté des parties à un contrat en matière de choix de loi constitue « *l'une des pierres angulaires du système de règle de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles* »¹⁰⁶. Lorsque des considérations d'intérêt public le justifient, nous avons vu que les tribunaux d'un Etat pouvaient recourir au mécanisme de l'exception d'ordre public. Ces derniers doivent en outre, lorsque la situation y appelle, faire application des lois de police (1) et des dispositions impératives du droit communautaire (2). Cette pluralité de soupapes de sécurité explique le rôle décroissant de l'ordre public en droit international privé.

¹⁰⁶ Considérant n°11 du règlement Rome I.

1) Les lois de police

83. Il existe en droit international privé des hypothèses où la présence d'un élément d'extranéité dans une situation de droit privé ne déclenche pas nécessairement le recours à la règle de conflit, comme le préconisait Savigny. Dans certaines situations, le juge peut faire application d'une législation à une situation internationale sans passer par la règle de conflit. Une telle approche témoigne que l'autorité saisie estime que les intérêts protégés par la loi sont trop étroitement liés à la situation pour être écartés par le jeu normal de la règle de conflit. Ces lois, qui définissent unilatéralement leur champ d'application spatial, sont généralement appelées « lois de police », en raison de leur impérativité. En France, dès 1804, l'article 3 du Code civil disposait que « *Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire* ». Ce mécanisme n'est pas le propre de l'ordre juridique français. Ainsi, l'hypothèse que le juge du for soit confronté à la question de l'application d'une loi de police étrangère est tout à fait envisageable. Cette dernière ne sera pas rejetée par le juge sans examen préalable lorsque les intérêts qu'elle veut protéger sont légitimes et mis en jeu par la situation litigieuse. Une telle coopération internationale permet également la limitation du phénomène du *forum shopping*.¹⁰⁷ Cette protection des intérêts poursuivie par la loi en question, qui justifie son application au détriment de toute autre loi, fait fortement écho au fonctionnement de l'exception d'ordre public. Dans sa thèse sur l'exception d'ordre public et le mécanisme des lois de police, Benjamin Remy écrivait que « *Les rapports entre ces deux mécanismes intriguent depuis que des auteurs, au milieu du XXe siècle, ont proposé une méthode des lois de police, distincte de la méthode Savignienne, et ne se confondant plus avec le rouage de cette dernière qu'est l'exception d'ordre public international. [...]* ».¹⁰⁸ D'ailleurs, les tribunaux ont parfois employé l'expression « lois d'ordre public ».

84. Mais ces deux notions doivent être distinguées : si elles visent toutes deux le respect des intérêts fondamentaux d'une société dans une situation internationale, l'exception d'ordre public intervient à la fin du raisonnement conflictuel bilatéral en réaction à une loi étrangère dont le contenu heurte le for, quand les lois de police ne nécessitent pas de procéder à un quelconque

¹⁰⁷ Voir pour la réduction des effets du forum shopping dans le contexte européen la critique de J. Harris, op. cit. note 59, p. 279-280.

¹⁰⁸ B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, Vol. 79, (2008), (LGDJ) Résumé.

raisonnement conflictuel en raison du but poursuivi, il n'y a, à proprement parler, pas de conflit avec d'autres lois : « *Si ordre public il y a, c'est donc d'un ordre public « positif », et non d'exclusion, qu'il s'agit* »¹⁰⁹. Francescakis parlait de l'économie de raisonnement que permet le mécanisme des lois de police. L'association ou la confusion des deux mécanismes revêt tout de même une certaine légitimité au regard de leurs évolutions historiques respectives. Le professeur Wurmnest expliquait que la garantie de l'application des dispositions impératives du for était initialement assumée par le mécanisme de l'ordre public. L'isolation de cette fonction positive dans une institution à part entière a laissé l'ordre public avec la fonction négative qu'on lui connaît aujourd'hui ; l'éviction du droit étranger qui viendrait troubler les principes fondamentaux de l'Etat du for. Avant de servir essentiellement un système axiologique, l'exception d'ordre public portait en elle l'expression des politiques étatiques, les fonctions assumées par les deux mécanismes étaient donc initialement jointes et inhérentes à l'ordre public¹¹⁰.

85. Aujourd'hui, les lois de police se sont érigées en institution capitale du droit international privé. Elles ne traitent pas d'une matière en particulier, mais peuvent être regroupées autour de la protection de la conception locale des droits fondamentaux et de l'intérêt de la collectivité, notamment à travers des catégories de personnes. La définition élaborée dans les années 1960 par l'auteur Francescakis avait séduit législateurs et juges puisqu'elle a été reprise, du moins partiellement, par les règlements européens (Cf *infra* n°85-86), et sera reprise dans le code de droit international privé français¹¹¹. Selon l'auteur, une loi peut être qualifiée de loi de police lorsque son « *observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays [...]* », « [...] au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet Etat membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci » complétait la CJUE dans l'arrêt *Arblade*¹¹².

86. Le fonctionnement des lois de police, à savoir leur application compte tenu de leur but, se rapproche étroitement de la doctrine américaine du professeur Currie (Cf *supra* n°26). Pour

¹⁰⁹ B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, Lextenso, (2022), p.180.

¹¹⁰ W. Wurmnest, *Ibid.*

¹¹¹ J.P. Ancel, *Projet de Code de Droit International Privé*, (2022), p.18.

¹¹² CJUE, 23 nov. 1999, C-369/96, *Arblade*.

rappel, ce dernier préconisait un choix de loi basé sur l'analyse des intérêts étatiques en présence en vue de déterminer la loi la « plus intéressée » par la situation en raison de l'objectif pour lequel elle a été conçue, et donc méritant d'être appliquée. Une loi a vocation à s'appliquer lorsque le but qu'elle vise est intimement lié à la situation litigieuse. On sait aujourd'hui que la doctrine de Currie sous-tend les méthodes de choix de loi préconisées par le second et troisième Restatement. La prise en compte des différentes politiques publiques, et des intérêts prédominants des Etats à voir leurs lois s'appliquer, est appréhendée dès le choix de loi, laquelle explique un recul considérable de l'exception d'ordre public en droit international privé américain, sur lequel on reviendra plus tard.

87. En Europe, les lois de police se sont particulièrement imposées face à l'exception d'ordre public en matière contractuelle. Un tel succès s'explique par l'incapacité du rattachement prévu par la règle de conflit bilatérale, l'autonomie de la volonté des parties, à assurer la préservation des principes et valeurs fondamentales d'un ordre juridique donné¹¹³. À mesure que la détermination de la loi applicable dépend davantage de la volonté des parties, il devient de plus en plus nécessaire de prévoir la possibilité d'appliquer les dispositions impératives en tant que lois de police. Ainsi, le considérant 37 du règlement Rome 1 indique explicitement 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. Lorsqu'elle est étrangère, son application à un contrat est facultative pour le tribunal.* ». Le règlement les définit comme suivant : « *Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement* ». Cette obligatorieté d'appliquer les lois de police du for¹¹⁴, mais pas celles en provenance d'un autre pays rompt avec l'esprit de la convention de Rome de 1980 qui n'exprimait pas de réticence à l'application des lois de police étrangères qui présentaient une proximité avec la situation. Le règlement Rome 1 opère une « marche arrière » et ne tolère désormais que les lois de police étrangères,

¹¹³ M.M. Albornoz, J. Foyer, *Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement Rome I*, (2012), p.32-41.

¹¹⁴ Article 9.2 du règlement Rome I : « Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi ».

qui sont celles du lieu de l'exécution de l'obligation contractuelle, dans la mesure où elles rendent l'exécution illégale¹¹⁵. Ainsi, dans l'hypothèse où un justiciable ne souhaiterait pas être soumis à une disposition impérative, ce dernier a juste à saisir le juge d'un autre Etat qui n'appliquera pas cette dernière, au motif de son application extraterritoriale, quand bien même la loi présenterait un rattachement significatif, sans être le lieu d'exécution. Cette consécration de l'application impérative des lois de police du *for versus* la seule prise en considération, sous conditions, des lois de police étrangères illustre bien comment les lois de police du *for*, à l'image de l'exception d'ordre public, font office de filtres à l'insertion de valeurs étrangères contraires au sein du *for*. Mais, comme expliqué, les lois de police interviennent avant même le déclenchement du processus conflictuel, venant donc anticiper le contrôle qui aurait pu être effectué au titre de l'exception d'ordre public à la fin du raisonnement conflictuel. Dès lors qu'une loi de police de l'Etat saisi sera applicable à la situation, elle sera mise en œuvre, nonobstant toute règle de conflit de lois qui pourrait désigner une loi étrangère. En outre, pour qu'une loi de police étrangère puisse être appliquée par le juge du *for*, cette dernière devra satisfaire deux conditions, à savoir, d'une part, provenir de l'Etat dans lequel les obligations contractuelles doivent ou ont été exécutées, et, d'autre part, rendre l'exécution du contrat illégale. Dans l'arrêt *Nikiforidis*, la CJUE a refusé un assouplissement au titre de la « *coopération loyale* »¹¹⁶ et a seulement admis la prise en compte, en tant élément de fait, la loi d'un Etat autre que celui du lieu de l'exécution contractuelle, dont le caractère impératif est pourtant reconnu dans son Etat d'origine¹¹⁷.

88. Le mécanisme des lois de police existe également en matière extra-contractuelle. Toutefois, le législateur du règlement Rome II a choisi de faire référence à son article 16 aux « *dispositions impératives obligatoires du for* ». L'harmonie recherchée dans l'application des deux règlements Rome I et Rome II¹¹⁸ implique d'interpréter de manière identique les notions utilisées dans les deux textes. Ainsi, la définition de lois de police figurant à l'article 9 du règlement Rome I est transposable à la notion de de l'article 16 du règlement Rome II. La CJUE exige que la notion soit interprétée de manière stricte et revête une importance capitale dans

¹¹⁵ Bernard Audit, Louis d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, Lextenso, (2022), p. 945.

¹¹⁶ Article 4.3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.

¹¹⁷ CJUE, 18 oct. 2016, C-135/15, *Nikiforidis*, D.17.2062 obs. d'Avout.

¹¹⁸ CJUE, 21 janv. 2016, *ERGO* C-359/14 et C-475/14, EU:C:2016:40, *Insurance et Gjensidige Baltic*, (point 43).

l'ordre juridique national pour justifier de s'écarte de la règle de conflit. A l'image de l'exception d'ordre public, l'application du mécanisme des lois de police doit être exceptionnelle et se rapporter à un intérêt fondamental de l'ordre juridique du for. Par exemple, dans son arrêt *Da Silva Martins*¹¹⁹ du 31 janvier 2019, la CJUE elle a exigé l'identification d'une atteinte manifeste au droit à un recours et à une protection juridictionnelle effective qui résulterait de la *lex loci* pour justifier d'écarte celle-ci au profit d'une autre loi. En l'espèce, deux véhicules, l'un immatriculé au Portugal, l'autre en Espagne, sont entrés en collision en Espagne. Le propriétaire du véhicule immatriculé en Espagne a introduit une action en réparation du préjudice. Pour l'assureur du défendeur, la demande, non introduite dans le délai d'un an prévu par la loi espagnole, n'était pas recevable. Au contraire, pour le demandeur, elle l'était en vertu de l'application de la loi portugaise, en tant que loi de police, prévoyant un délai de prescription de trois ans. La CJUE conclu à l'inapplicabilité de la loi portugaise en tant que loi de police, car même si cette dernière accordait une meilleure protection de la victime avec un délai de prescription plus long, la loi espagnole, en tant que le *lex loci*, ne privait nullement la victime de tout recours. Un tel raisonnement fait écho au refus des tribunaux américains de considérer que la simple différence entre la loi du for et la loi étrangère rend cette dernière contraire à l'ordre public du for justifiant de l'écarte. Dans *Da Silva Martins*, les deux lois prévoient un recours juridictionnel effectif pour la victime, avec pour seule différence, le délai durant lequel la victime était en droit d'exercer ce recours.

89. La question de savoir si les lois de police étaient comprises comme les lois protectrices d'intérêt privé s'est posée. La jurisprudence allemande a été la plus stricte en répondant de manière négative que : « *Les lois protectrices des parties faibles telles que le consommateur, le travailleur, l'agent commercial, l'assuré, parmi d'autres, ne sont pas comprises dans la notion de police, limitée aux lois qui sauvegardent l'intérêt public* »¹²⁰. D'autres tribunaux, notamment ceux de France, ont affiché une conception plus souple des lois de police, comme incluant notamment les lois protectrices d'intérêts privés comme ceux, par exemple, des consommateurs, sont considérées des lois de police.

De son côté, le règlement Rome I fait expressément référence, dans sa définition de loi de police, aux seuls intérêts publics. Bien que les intérêts privés ne soient pas expressément

¹¹⁹ CJUE, 31 janv. 2019, C-149/18, *Da Silva Martins*.

¹²⁰ BGH, 13 déc. 2005, IPrax, 2006, p. 272 ; EuZW, 2006, p. 285 cité dans M.M. Albornoz, J. Foyer, *op cit.*, p.35.

mentionnés et que le règlement contienne des règles de conflit spéciales pour protéger les parties faibles, la CJCE a jusqu'à présent accepté la qualification de loi de police des règles protectrices des parties faibles, à propos des travailleurs notamment dans l'arrêt *Arblade*. « *Le règlement ne remet pas en cause les pratiques nationales soucieuses de protéger certaines catégories de justiciables par le biais de lois internationalement impératives* »¹²¹. Une telle inclusion n'a rien d'étonnant dans la mesure où la protection des consommateurs et des travailleurs peut assez aisément être comprise comme contribuant à l'intérêt général.

2) Les dispositions impératives de droit communautaire

90. Qu'elles soient considérées comme des lois de police ou comme des dispositions spéciales à part entière, l'impact des dispositions protectrices des parties faibles sur le rôle joué par l'exception d'ordre public reste substantiellement le même, la protection des parties faibles pouvant être considérée comme l'un des objectifs ou valeurs qui pourrait être défendu par l'exception d'ordre public international. Bien que les deux mécanismes divergent d'un point de vue méthodologique là encore, puisque les dispositions protectrices interviennent à titre préventif et non-correctif, leurs finalités traditionnelles se recoupent.

91. Les dispositions visant à protéger les parties faibles font partie des dispositions impératives européennes. Contrairement à l'exception d'ordre public et aux lois de police, elles ne sont pas spécifiquement et exclusivement régies par une disposition unique, mais sont dispersées à travers différentes dispositions du règlement Rome I. Le règlement prévoit l'intervention des dispositions impératives dans trois situations, notamment dans le cadre de la protection d'une partie contractuelle jugée vulnérable. Ces dernières ont vocation à protéger une certaine catégorie de contractants à échelle internationale, à défaut de choix de loi conformément à l'article 3 du règlement, en assurant l'application des dispositions impératives de la loi de la résidence habituelle de la personne à protéger. Les parties bénéficiant d'une telle protection sont le consommateur¹²², l'assuré¹²³ et le travailleur¹²⁴. Si la faculté de choisir la loi applicable demeure, elle ne pourra conduire qu'à l'application de dispositions plus avantageuses pour la

¹²¹ *Arblade op cit.*, point 18.

¹²² Article 6 du règlement Rome I.

¹²³ Article 7 du règlement Rome I.

¹²⁴ Article 8 du règlement Rome I.

personne protégée. Ainsi, en l'application de telles règles, les dispositions qui régiront la relation contractuelle seront systématiquement dans l'intérêt de la partie faible. Le contenu des règles protectrices se limitant aux dispositions internes d'un Etat, l'empietement de ces dispositions sur le rôle joué par l'exception d'ordre public international est d'autant plus flagrant si l'on garde à l'esprit que le règlement Rome I permet le jeu de l'exception lorsque l'ordre public « du for » est atteint. Leur application vient anticiper considérablement toute intervention de l'ordre public lorsqu'une partie contractuelle vulnérable est concernée.

Deuxièmement, dans le cas des contrats purement internes à un ordre juridique, où toutes les parties concernées sont situées dans un même pays, les dispositions impératives de ce pays s'appliquent même si les parties ont choisi la loi d'un autre pays¹²⁵. Pierre Meyer justifiait une telle disposition par l'idée qu'on puisse comprendre qu'un État admette que les contrats qui ne sont que partiellement liés à son territoire échappent à ses lois, même si elles sont impératives, dans la mesure où ces contrats représentent une part marginale et éloignée finalement, du fait de son rattachement à d'autres ordres juridiques, par rapport à l'ensemble des contrats régis par cet État¹²⁶. En revanche, on ne comprendrait pas qu'un Etat admette que les parties à des contrats internes se soustraient par leur seule volonté à ses lois. Une telle acceptation viendrait compromettre considérablement l'impérativité du droit.

Cette règle du respect des dispositions impératives internes est similaire à celle de la Convention de Rome. Une innovation introduite par le règlement Rome 1 est que cette règle s'applique non seulement dans le contexte d'un ordre juridique national, mais aussi dans celui de l'ordre juridique communautaire. Le règlement a en effet admis l'exacte réplique de l'article 3.3 à l'échelle de l'ordre juridique communautaire. Ainsi, dans les situations qui se situent uniquement dans un ou plusieurs États membres, le choix de la loi d'un pays tiers par les parties n'affecte pas les dispositions impératives du droit communautaire¹²⁷. Ce refus d'écarter les dispositions impératives du droit communautaire quand la situation se rattache au territoire de l'Union européenne, mais que le droit d'un Etat tiers a été choisi, avait été consacré par la CJUE dans l'arrêt *Ingmar*¹²⁸ à propos de la réglementation harmonisée communautaire de l'agence commerciale.

¹²⁵ Article 3.3 du règlement Rome I.

¹²⁶ P. Mayer, *Les lois de police, Travaux du Comité français de droit international privé*, (1988).

¹²⁷ Article 3.4 du règlement Rome I.

¹²⁸ CJCE, 9 nov 2000, *Ingmar*, RC 01.107.

Troisièmement, le règlement prévoit l'intervention des règles impératives de forme du lieu où se situe l'immeuble, dans le cas des contrats portant sur un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble.

92. Aux Etats-Unis, l'avenir de l'ordre public en tant qu'exception semble également précaire. En revanche, ce recul ne s'explique pas par la concurrence d'autres dispositifs de sécurité mais par une prise en compte des considérations d'ordre public en amont du choix de loi au titre de la règle de conflit moderne.

Section 2 - Une mise en œuvre de l'exception à l'épreuve de la révolution conflictuelle américaine

93. Peu importe les évolutions de méthodes qu'un Etat fédéré a connues, l'ordre public est retenu comme un instrument pour statuer sur les questions de choix de loi : « *No matter how much uncertainty there may be in applying public policy doctrine, the experience of American courts since Loucks makes one point unmistakably clear: public policy is not likely to fade away.* »¹²⁹ Mais l'analyse des méthodes américaines de choix de loi révèle que la place accordée aux considérations d'ordre public a considérablement évolué dans la discipline du conflit de lois. Sous l'égide des règles traditionnelles, l'ordre public jouait son rôle de correctif à la règle de conflit (A). Dans la pratique moderne du choix de loi, l'ordre public en tant que correctif tend à diminuer puisqu'il est appréhendé dès le choix de loi (B).

A) La mise en œuvre traditionnelle de l'exception d'ordre public : le correctif à la règle de conflit de lois

94. Malgré l'adoption de son successeur il y a vingt-cinq ans, le premier *Restatement* continue d'être utilisé comme la méthodologie principale de choix de la loi dans neuf États (voir *supra* n°15). Le système de choix de la loi du premier *Restatement* a été fondé sur la théorie des droits acquis (voir *supra* n°12). Cette théorie des « *vested rights* » explique l'utilisation de règles juridiques étrangères par le tribunal en termes de création et d'application de droits acquis. Selon cette théorie, la seule loi applicable dans un territoire étranger est celle du souverain étranger. Lorsqu'un événement se produit sur un territoire étranger, tel qu'un délit, un droit est créé, et son contenu ne peut être déterminé que par référence à la loi étrangère. Le rôle du tribunal du for dans le processus de choix de la loi applicable est alors simplement de faire respecter le droit acquis dans le territoire étranger conformément à la loi étrangère. L'aspect crucial pour la pratique consistait à déterminer quand et où un droit spécifique était acquis, car la loi en vigueur à cet endroit contrôlait le contenu de ce droit. Cette théorie a donné naissance à une série de règles régissant différents domaines majeurs du droit. Comme évoqué, les tribunaux appliquaient la loi du lieu du délit pour les questions de choix de la loi en matière délictuelle, la loi du lieu de conclusion ou d'exécution du contrat pour les questions contractuelles. La prévisibilité assurée par la rigidité de tels critères a été l'un des arguments avancés par les

¹²⁹ ¹²⁹ J. B. Corr, *op cit.*, p.649.

tribunaux attachés à cette méthode. Néanmoins, la pratique a révélé qu'une telle méthode peut aboutir à l'effet opposé à celui recherché initialement : les juges, préoccupés par le seul lieu de l'évènement cause de l'action, se désintéressent complètement du contenu des règles de droit matériel, ainsi que de tout autre lien qui pourrait exister entre l'affaire et un autre Etat. En matière contractuelle, la loi du lieu de conclusion du contrat pouvait être choisie, quand bien même un autre Etat avait été le lieu de négociation, d'exécution et de résidence des parties par exemples. Cet arbitraire et injustice dans les résultats de la règle de conflit pouvaient être atténués par l'utilisation des dispositifs d'évasion, y compris celui de l'exception d'ordre public. En 2003, les tribunaux de Géorgie rejetaient explicitement l'approche du *Second Restatement* en affirmant leur attaché à l'approche traditionnelle en matière de contrats¹³⁰. Ils réitéraient leur adhésion aux règles territorialistes, cette-fois-ci pour la matière délictuelle en 2005, en déclarant que « *la lex loci delicti reste le droit de la Géorgie* », mais tout en l'éludant par le biais de l'exception d'ordre public¹³¹.

95. L'application de l'exception d'ordre public par les Etats traditionnels a fait le fruit d'une analyse connue en 1956 par MG Paulsen et MI Sovern¹³². Si l'apport majeur de cette étude réside dans l'exposé des conceptions retenues de la notion d'ordre public par les juges, elle révèle également que, peu importe les divergences de conception, l'ordre public n'intervient jamais dans les considérations pour choisir la loi applicable et sert systématiquement de correctif à la règle de conflit traditionnelle.

Il reste néanmoins intéressant d'évoquer les constats opérés par les chercheurs, puisqu'ils illustrent l'hétérogénéité d'application de l'exception dont font preuve les juges, expliquant le passage aux règles modernes de choix de loi. Paulsen et Sovern ont dressé le constat que le rejet des lois étrangères par l'invocation de l'ordre public avait lieu lorsque le for avait, selon les juges, un lien important avec l'affaire. C'est logique dans la mesure où plus le lien entre le forum et les faits est étroit, plus on peut s'attendre à ce que le forum utilise sa propre loi pour juger l'affaire dont il est saisi. Il s'agit d'une illustration de l'appréciation de la proximité entre la situation et l'ordre public, sur laquelle nous reviendrons en détails dans notre étude.

¹³⁰ *Convergys Corp. V. Keener*, 582 S.E.2d (Ga.2003).

¹³¹ *Dowis v. Mud Slingers, Inc*, 621 S.E.2d 413 (Ga. 2005).

¹³² M. Paulsen, M. Sovern, *Public Policy in the Conflict of Laws* (1956) 56 Colum. L. Rev. 969.

96. En revanche, dans son étude sur le choix de loi moderne et l'ordre public le chercheur John Bernard Corr¹³³ n'aboutissait pas au même constat que Paulsen et Sovern. Après avoir étudié les décisions des tribunaux de deux Etat qui, selon lui, avaient eu assez d'expérience récente dans la mobilisation traditionnelle de l'ordre public, celui-ci concluait qu'il était assez complexe d'identifier une tendance générale, linéaire dans la manière dont l'exception est traitée par les Etats, voire au sein d'un seul et même Etat.

Pour le premier Etat, le Michigan, Corr s'était en partie basé sur l'étude du Professeur Sedler, un partisan de l'approche moderne, qui y a dressé une chronique des décisions des tribunaux de l'Etat en matière délictuelle. Ses conclusions étaient assez critiques : il était, selon lui, impossible de prédire les résultats en matière délictuelle : « *It is all one big mess* », les tribunaux du Michigan tentant d'obtenir des résultats, certes justes selon lui, mais sans fournir de justification prévisible, ne permettant d'observer aucune ligne directrice de raisonnement.

Corr s'est demandé si l'utilisation de la doctrine de l'ordre public par les tribunaux du Michigan révélait une défaillance générale des règles traditionnelles ou était uniquement propre à l'application faite par les tribunaux du Michigan. Le chercheur s'est, en outre, demandé si les dysfonctionnements observés étaient propres à la matière délictuelle. Pour y répondre, il avait procédé à la comparaison des décisions du Michigan avec celles rendues en matière contractuelle par l'Etat de Géorgie.

Dans *Nasco Inc. V. Gimbert*, un contrat de travail en Géorgie, entre une entreprise du Tennessee et un employé de Géorgie, contenait une clause de confidentialité sur toute information concernant l'activité, ainsi qu'une clause stipulant que le contrat devait être interprété selon la loi du Tennessee. La Cour suprême de Géorgie a pourtant retenu que la loi de Géorgie régissait une telle clause parce que le contrat de travail devait être exécuté en Géorgie. Dans *Dothan Aviation Corp. V. Miller*¹³⁴, un contrat entre une entreprise d'Alabama et un employé de Géorgie contenait une clause de non-concurrence. Les parties au contrat avaient choisi la loi d'Alabama pour régir ledit contrat. Sous la loi de Géorgie, le contrat n'était pas contraignant, car la loi jugeait la restriction pesant sur l'employé déraisonnable. La loi d'Alabama permettait au contraire au tribunal de reformuler la portée territoriale de la clause et donc de la rendre applicable. Le tribunal a cité la décision *Nasco* comme directive pour interpréter le contrat en vertu du droit de la Géorgie. Dans *Barnes Group Inc. V. Harper*, les parties, un employé d'une entreprise du Delaware possédant un établissement principal au Connecticut, face à un

¹³³ J.B. Corr, *Ibid.*

¹³⁴ *Dothan Aviation Corp. V. Miller*, 620 F.2d 504 (5th Cir. 1980).

employeur résidant en Géorgie, avaient choisi la loi d'Ohio pour régir le contrat de travail. Mais la Cour n'a pas tenu compte de cette stipulation et a indiqué que la loi de Géorgie prévoyait que les clauses restrictives, qui contreviennent à l'ordre public de l'Etat, sont interprétées selon la loi de Géorgie, si elles devaient être appliquées en Géorgie. Dans *Commercial Credit Plant Inc v. Parker*, la cour n'a pas invoqué l'ordre public pour ne pas donner effet à un contrat frauduleux en vertu de la loi de Géorgie, parce que celle-ci ne s'appliquait qu'aux emprunts faits en Géorgie. Enfin, dans *Terry v. Mays*, la cour d'appel a donné effet à un contrat d'assurance de Caroline du Sud alors que la loi de Géorgie ne lui donnait pas effet. La Cour a expliqué que l'ordre public de Géorgie n'était pas en jeu, car ledit contrat ne lui était pas préjudiciable en ce qu'il avait été conclu et devait être exécuté en Caroline du Sud.

L'adhérence au précédent en Géorgie suggère un peu plus de prévisibilité dans la manière d'approcher l'ordre public que le Michigan. La règle judiciaire de longue date est que les lois étrangères seront substituées par la loi de Géorgie, lorsque le litige entretient une proximité avec la Géorgie. En matière contractuelle, une telle proximité s'illustre quand le contrat a vocation à être exécuté en Géorgie.

97. Dans une étude sur l'ordre public aux Etats-Unis, John F. Coyle tirait des constats opérés par John B. Corr que dresser un portrait des conditions de mise en œuvre de l'exception d'ordre public dans les conflits de lois américains est extrêmement complexe. Même si plusieurs Etats suivent en théorie la même approche traditionnelle, leur mise en œuvre de l'exception d'ordre public peut s'avérer assez différente. La mise en œuvre par les tribunaux du Michigan est très désordonnée, quand celle des tribunaux géorgiens fait preuve de plus de constance. Cette absence d'uniformité et de prévisibilité dans l'utilisation de l'ordre public, additionnée à la rigidité des règles de conflit territorialistes, a poussé de nombreux théoriciens à réfléchir à de nouvelles règles, et à remanier drastiquement l'utilisation de l'ordre public au sein du raisonnement conflictuel.

B) La mise en œuvre moderne de l'exception d'ordre public : la considération de choix de loi

98. Comme expliqué précédemment, la méthodologie moderne du choix de lois figure au sein du *Second Restatement of Conflicts of Laws*. Ce dernier synthétise plusieurs approches de la moitié du XXe siècle, en particulier celles des professeurs Currie et Morris, convergeant toutes vers une appréciation de la proximité entre le litige et l'Etat saisi. Nous reviendrons plus

exhaustivement sur ces doctrines lorsque nous aborderons en détail la notion de la « proximité » de l'ordre public en droit américain. Le *Second Restatement* prescrit, en l'absence de choix de loi par les parties, le rattachement à la loi de l'Etat du lieu entretenant « *la relation la plus significative* » avec l'affaire. Le *Restatement* dresse une liste de facteurs de rattachement afin de guider la détermination de ce lieu et fournit, à sa section 6, des éléments à prendre en considération¹³⁵, à savoir :

- (a) Les besoins des systèmes interétatiques et internationaux ;
- (b) Les politiques pertinentes du forum ;
- (c) Les politiques pertinentes des autres États intéressés et les intérêts relatifs de ces États dans la détermination de la question particulière ;
- (d) La protection des attentes justifiées ;
- (e) Les politiques de base qui sous-tendent le domaine particulier du droit,
- (f) La certitude, la prévisibilité et l'uniformité du résultat et
- (g) La facilité dans la détermination et l'application de la loi à appliquer.

Ces indications permettent de comprendre que l'état d'esprit des architectes des nouvelles règles de choix de loi diffèrent de ceux des anciennes règles. Les rédacteurs des nouvelles règles ont essayé d'assurer la prise en compte des politiques publiques locales et étrangères avant même que le choix de loi n'ait été opéré. L'ordre public interviendrait donc moins en tant que mécanisme correcteur de la loi désignée, que sous l'égide de l'approche traditionnelle. La relation significative entre l'affaire et un Etat est déjà, en partie, basée sur les politiques des Etats intéressés.

Dans une affaire de 2019, les juges refusaient d'appliquer l'exception d'ordre public pour évincer la loi étrangère en faisant état du nouveau rôle de l'ordre public : « *Avec l'abandon du premier Restatement et son remplacement par des approches modernes axées sur la politique, la nécessité d'une exception d'ordre public au sens négatif a diminué parce que la politique publique d'un Éta , en particulier celle du forum, est devenue un facteur intégral et positif dans la décision d'un tribunal d'appliquer ou de ne pas appliquer la loi de cet Éta (...) la prise en compte des politiques publiques de l'Etat du tribunal et de l'Etat concerné fait partie de l'analyse de la relation significative du Restatement. Cependant, dans cette analyse, la politique publique ne sert pas de défense contre une loi étrangère inacceptable, mais plutôt comme un élément à prendre en compte dans l'équilibre des intérêts* »¹³⁶. Avec cette nouvelle analyse, la

¹³⁵ *Restatement (Second) of Conflict of Laws §§ 145, 188 (1988).*

¹³⁶ *Estate of Sample v. Xenos Christian Fellowship*, E.3d , 2019 WL 7489062 (Ohio App. 31 déc. 2019).

loi de l'Etat du for peut être désignée non pas parce que la loi étrangère heurte le for, mais simplement parce que la loi du for est la plus appropriée au litige.

99. Le dernier projet du troisième *Restatement* en date ne rompt pas avec cette prise en compte des intérêts politiques des Etat en amont du choix de loi, puisque la méthode en matière délictuelle préconisée est de choisir la loi dont l'intérêt est prédominant¹³⁷. Les rédacteurs du dernier projet en date ont même affirmé explicitement leur souhait d'une application rare de l'ordre public en tant qu'exception¹³⁸.

L'objectif de ce dernier ouvrage étant de rompre avec l'imprévisibilité du test de la relation la plus significative du *Second Restatement*, il constitue, en l'état actuel, un véritable guide pour le juge quant à la méthode à suivre. Le projet fournit en effet un « organigramme » sur la manière dont le juge saisi doit déterminer par quelle règle de conflit la situation litigieuse est régie. Le texte prescrit un raisonnement en trois étapes :

- (1) Déterminer si la question est régie par l'une des règles particulières relatives aux délits ou aux questions spécifiques et, dans l'affirmative, appliquer cette section ;
- (2) Dans la négative, déterminer si le problème en question se rapporte à la conduite ou aux personnes et ;
- (3) Appliquer la règle appropriée au type de question et à la répartition des facteurs de rattachement.

L'évaluation de l'intérêt prédominant est guidée par la règle qui régira la situation. Ce critère d'intérêt dominant appelle une mise en balance de plusieurs rattachements et non d'un seul, comme sous l'égide des règles territorialistes. Pour éviter un déséquilibre dans cette mise en balance, et ne pas faire renaître le risque de résultats arbitraires, le juge est invité à déterminer par quelle règle la situation litigieuse est régie. Une fois la règle identifiée, celle-ci indiquera au juge la marche à suivre dans la mise en balance des intérêts selon la question litigieuse.

100. En plus d'une mise en œuvre variable selon la méthode conflictuelle envisagée, l'étude du fonctionnement du mécanisme de l'ordre public en droit comparé révèle d'autres traits communs entre la France, et plus généralement l'Europe, et les Etats-Unis. La plupart des systèmes juridiques s'accordent pour évincer la loi étrangère pour contrariété à l'ordre public

¹³⁷ *Restatement (Third) Of Conflict Of Laws*.

¹³⁸ The American Law Institute, Third draft (2022), Ch. 5. Choice of Law Section 5.04 « As with the exception of Section 5.04, we hope that resort to this exception will be rare », p.17.

du for uniquement si son application a des répercussions sur le for. L'ordre public ne serait donc pas toujours atteint de la même manière par l'application d'une loi étrangère. Cette « relativité » de l'ordre public est une doctrine à laquelle les juridictions du monde entier adhèrent, affirmait la philosophe et professeur de droit Martha Nussbaum¹³⁹. L'examen de l'ordre public consiste alors en une véritable modulation spatio-temporelle, après quoi le juge décidera s'il laisse ou non s'appliquer la loi étrangère.

¹³⁹ M. Nussbaum, *Public Policy and the Political Crisis III the Conflict* ; 49 YALE L.J. 1027, 1051 (1940).

Chapitre II – La relativité spatio-temporelle de l'ordre public international

101. La modulation spatio-temporelle de l'ordre public s'observe dans les systèmes juridiques européens et américains. En France, elle intervient traditionnellement à la fin du raisonnement conflictuel, puisque l'ordre public est utilisé en tant que correctif pour décider d'évincer ou non la loi étrangère (Section 1). Là encore, l'intégration européenne produit des effets sur la mutabilité de l'ordre public (Section 2). Aux Etats-Unis, l'évolution des méthodes se reflète évidemment sur la manière dont est apprécié l'ordre public dans le temps et l'espace (Section 3).

Section 1 - La modulation spatio-temporelle de l'ordre public international en France

102. Le juge doit préalablement examiner la loi étrangère. L'exception d'ordre public est d'ordre subsidiaire et n'intervient qu'après désignation de la loi applicable. La Cour de cassation évoque fréquemment dans ses motifs, au titre de l'exception d'ordre public la substitution de la loi française à la loi normalement compétente.

Il peut arriver qu'une loi étrangère, en elle-même, dans son contenu, heurte les conceptions en vigueur de l'ordre juridique au sein duquel elle aurait pu recevoir application. Bartin affirmait par exemple qu'une loi consacrant l'esclavage ou la discrimination raciale pourrait, indépendamment de tout litige concret, heurter les valeurs fondamentales du for. Cela reste rare, de manière générale, le juge doit prendre en considération le résultat de l'application concrète de la loi étrangère à un litige déterminé pour évaluer s'il est porté atteinte ou non à l'ordre public. Ainsi, le juge pourra faire jouer l'exception lorsqu'une loi étrangère qui n'est pas abstraitemment contraire à l'ordre public, l'est dans les circonstances de l'espèce.

Ces circonstances sont de deux ordres : elles sont, d'une part, « spatiales », c'est-à-dire que l'invocation de l'exception d'ordre public va dépendre des liens qu'il entretient avec la situation (A), et, d'autre part, « temporelles », l'invocation de l'exception va cette fois varier selon que les droits concernés aient déjà été régulièrement acquis ou non à l'étranger (B).

A) Relativité spatiale : l'ordre public de proximité

103. Les professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout écrivaient que : « *La perturbation de l'ordre juridique du for, justification de l'intervention éventuelle de l'ordre public, est fonction de l'intensité des liens de la situation particulière avec lui* »¹⁴⁰.

Lorsque la situation entretient davantage de liens avec le for, l'ordre public sera protégé de manière plus rigoureuse. Il s'agit de la doctrine de l'ordre public de proximité, une notion de plus en plus utilisée par la jurisprudence pour exprimer la modulation de l'effet d'éviction de l'ordre public international. Cet effet d'éviction sera fonction de la proximité qu'entretient la situation litigieuse par rapport à l'ordre juridique français. La réaction de l'ordre public sera qualifiée de « forte » lorsque la situation est proche du for, ou de « tolérante », « faible » lorsque la situation est éloignée.

Cette théorie, inspirée de la conception Allemande l'« *Inlandsbeziehung* »¹⁴¹ qui érige la proximité entre la situation et l'ordre juridique de for comme condition expresse d'application de l'exception d'ordre public, n'a pas fait l'unanimité parmi la doctrine. Le professeur Bureau notamment, estimait qu'une loi ou une institution aux effets choquants devrait faire intervenir l'ordre public français peu importe le lien que la situation entretiendrait avec le for. La théorie en effet été jugée discriminatoire, en ce qu'elle impliquerait que les juges français ne protègent l'ordre juridique du for que lorsque les situations litigieuses entretiennent des liens significatifs avec la France.

Une décision rendue par la Cour de cassation en matière délictuelle¹⁴² est venue mettre à mal ces critiques. En l'espèce, deux personnes françaises domiciliées en France étaient entrées en collision avec un allemand sur le territoire yougoslave. L'une des victimes françaises a assigné le conducteur allemand et son assureur en réparation de son préjudice sur le fondement de l'ancien article 1384 du Code civil français. Les jugements de première instance ont fait droit à la demande d'indemnisation en écartant la loi yougoslave, la jugeant incompatible avec la loi du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, de

¹⁴⁰ Bernard Audit, Louis d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, Lextenso, (2022), p. 356.

¹⁴¹ N Joubert, La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique [Inlandsbeziehung] en droit international privé (Litec 2008) cité dans B. Audit et L. d'Avout, *op cit.*.

¹⁴² Cass. civ, 4 avr. 1991, 89-15.064.

caractère d'ordre public. La Cour de cassation a censuré le raisonnement des juges du fond, en estimant qu'en vertu de la règle de conflit posée par la Convention de la Haye, la loi yougoslave était applicable, et que les dispositions de ladite loi n'étaient pas « *contraires à la conception française de l'ordre public international* »¹⁴³. En raison de la nationalité et du domicile des parties, la situation entretenait pourtant des liens intenses avec l'ordre juridique français. Cela n'a pas empêché la Cour de cassation de se refuser à opposer l'exception d'ordre public à l'application de la loi yougoslave.

Une autre théorie, selon laquelle les juges seraient plus cléments à l'égard de situations régulièrement constituées à l'étranger, serait néanmoins susceptible de raviver les reproches fondés sur le caractère discriminatoire du mécanisme de l'ordre public.

B) Relativité temporelle : l'ordre public atténué

104. Lorsque le juge analyse la situation litigieuse, il distingue s'il est question de donner effet en France à une situation créée à l'étranger ou s'il s'agit de créer la situation en France. En effet, lorsque le juge est confronté à une question d'ordre public, il distingue habituellement les deux situations, car elles emportent des conséquences différentes. Les exigences de l'ordre public sont moins fortes dans le premier cas que le second. Cette notion de variabilité de l'ordre public a vu le jour en droit de la famille en matière de filiation¹⁴⁴ et possède peu d'illustrations en matière contractuelle et délictuelle.

Lorsqu'il s'agit simplement pour le juge de reconnaître des droits acquis à l'étranger, l'effet de l'ordre public est dit « atténué ». Les exigences de l'ordre public sont moins intenses parce que les droits actuellement invoqués ayant été acquis à l'étranger, dont seule la reconnaissance est sollicitée devant le juge français, éloigne la situation par rapport à l'ordre juridique interne. La formulation de principe de la doctrine de l'effet atténué de l'ordre public figure dans l'arrêt *Rivière* du 17 avril 1953¹⁴⁵. La première chambre civile y affirmait que : « *La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle fait obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger* »

¹⁴³ Cass *Ibid*

¹⁴⁴ Civ. 11 avr. et 1^{er} mai 1945.

¹⁴⁵ B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, (2006), arrêt *Rivière* du 17 avril 1953, n° 26.

et en conformité de la loi ayant compétence en vertu de l'ordre international privé français. » Si cet arrêt aborde l'exception d'ordre public dans le cadre de la reconnaissance des décisions étrangères, la jurisprudence antérieure, l'arrêt de la première chambre civile du 3 janvier 1980 *Bendeddouche*, a confirmé l'effet atténué de l'ordre public en matière de conflits de loi.

L'effet atténué est illustré dans l'arrêt *Buckley* du 28 février 1860¹⁴⁶. Dans cet arrêt, la chambre civile de la Cour de cassation a admis qu'une anglaise régulièrement divorcée en Angleterre puisse remarier en France, alors même que la loi française de l'époque prohibait le divorce. Si cette anglaise avait voulu divorcer en France, en application de la loi anglaise désignée par la règle de conflit, l'ordre public s'y serait opposé. En l'espèce, elle avait déjà divorcé à l'étranger, elle voulait seulement se remarier en France : le juge fait produire effet au divorce prononcé à l'étranger en France.

105. Concernant la portée de cette doctrine, il convient de relever trois points : premièrement, lorsque l'effet atténué de l'ordre public joue, les droits acquis à l'étranger ne sont pas reconnus de manière réduite, ils le sont « *entièrement et simplement* »¹⁴⁷. Les professeurs Audit et d'Avout parlaient d'un effet « *effacé* » de l'ordre public plutôt qu'atténué. Deuxièmement, la sollicitation de la reconnaissance de droits acquis à l'étranger ne sera pas systématiquement couronnée de succès en vertu de cette doctrine. Les droits invoqués ne bénéficient pas d'une reconnaissance automatique simplement parce qu'ils ont valablement été constitués à l'étranger. En ce sens, la Cour de cassation inscrivait en 1964, dans son célèbre arrêt *Munzer*, la contrariété à l'ordre public au sein des motifs de refus de reconnaissance des jugements étrangers en France. Un degré élevé de contrariété de la loi étrangère aux conceptions du *for* sera requis pour opposer l'exception.

106. Enfin, sans être une des caractéristiques de la théorie de l'ordre public atténué, mais toujours relative à des questions de variabilité temporelle d'appréciation de l'ordre public, il convient d'évoquer le moment auquel le juge doit apprécier l'ordre public. Les principes universels et politiques composant l'ordre public n'étant pas tous immuables, le juge doit apprécier la teneur de l'ordre public au moment où il statue. Ce principe d'actualité de

¹⁴⁶ B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, (2006), arrêt *Buckley*, Cass. Civ. 28 février 1860.

¹⁴⁷ B. Audit, L. d'Avout, *Ibid*, p.359.

l'ordre public international français, par lequel le juge prend en compte la variabilité des valeurs dans le temps, a été affirmé dans une décision de la Cour de cassation¹⁴⁸, dans laquelle elle reprenait la formule du célèbre arrêt du 12 juillet 1929 de la Cour internationale de Justice sur les emprunts serbes : « (...) *d'ordre public – notion dont la définition dans un pays déterminé dépend dans une large mesure de l'opinion qui prévaut à chaque moment dans ce pays même ...* »

107. L'un des apports inédits du projet de codification de droit international privé français a été de livrer des indications assez concrètes quant aux standards de mise en œuvre de l'exception. L'alinéa 2 de l'article 11 dernier indique en effet que l'exigence de proximité entre la situation et l'ordre juridique français guide l'examen de la conformité de la loi applicable. Jusqu'ici, les hésitations quant à l'applicabilité des doctrines de l'ordre public de proximité étaient fréquentes. En effet, la jurisprudence française n'avait jamais posé à titre de principe que l'exception de l'ordre public est subordonnée au constat par les juges d'un lien entre la situation et le for.

108. Une fois la confrontation entre la loi étrangère et les conséquences concrètes qu'engendrerait son application, le juge peut conclure à sa contrariété à l'ordre public. Si le juge aboutit à une telle conclusion, la mise en œuvre de l'exception aura alors deux effets : le premier, dit négatif, la loi étrangère normalement applicable sera évincée, puis, le second, cette-fois positif, le juge devra trouver un droit apte à remplacer la loi étrangère évincée. A échelle européenne, cette modulation est également présente mais est susceptible de varier. Cette variation, que l'on développera ci-après, s'explique par le débat relatif à l'existence même de l'exception d'ordre public dans le contexte intra-communautaire.

¹⁴⁸ Cass. Civ., 22.3.1944, (1946) Rev. crit. DIP 107, note JP Niboyet, S. 1945. 1. 77, rapport P Lerebours-Pigeonnière, (1944) DC 145, note P Lerebours-Pigeonnière.

Section 2 - L'influence supra-étatique sur la modulation spatio-temporelle de l'ordre public international

109. Tous les règlements européens de droit international privé prévoient une règle générale d'ordre public, avec une rédaction identique : « *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* »¹⁴⁹. Malgré cette généralisation de l'exception dans les instruments européens, la place accordée à l'ordre public dans le contexte intra-communautaire fait l'objet de discussions. S'il est admis qu'elle doit faire figure de rempart face aux lois en provenance d'Etat tiers, une partie de la doctrine soutient qu'une telle réserve n'est pas nécessaire entre les Etats membres de l'Union européen, qui, portés par des valeurs et objectifs communs, afficheront d'ores et déjà une convergence dans leurs dispositions législatives. La controverse a été particulièrement vive pour les obligations contractuelles et non-contractuelles, où le rôle mineur qu'a joué l'exception d'ordre public jusqu'ici témoigne d'une convergence accrue des Etats membres. Le professeur Wolfgang Wurmnest indiquait à ce sujet que la suppression des exigences d'ordre public en droit européen contractuel et délictuel serait déraisonnable, certains domaines pouvant encore présenter des risques de contrariété aux principes fondamentaux européens : « *Même si l'absence de cas rapportés est certainement un signe que dans ces domaines, l'ordre public joue un rôle mineur, on ne peut exclure la possibilité qu'un Éta membre de l'UE adopte un jour une règle, par exemple sur les dommages-intérêts punitifs excessifs, qui aille à l'encontre des principes essentiels du droit des dommages-intérêts dans un autre Éta membre de l'UE.* »¹⁵⁰.

110. Au-delà de voir son contenu considérablement enrichi, l'étude de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public à travers un prisme européen démontre que l'injection de normes européennes a un véritable impact quant à la relativité spatio-temporelle du concept. Comme nous l'évoquions, assurer le respect de l'ordre public des pays européens face aux dispositions législatives des Etat tiers ne fait pas débat. Plus qu'assurer le respect des exigences d'ordre public, une partie de la doctrine a milité en faveur d'un respect de l'ordre

¹⁴⁹ Article 21 du règlement Rome I, Article 26 du règlement Rome II, Article 12 du règlement Rome III, Art. 12 Règlement Rome III, Art. 35 Règlement sur les successions, art. 31 Règlement sur le régime matrimonial des partenariats enregistrés.

¹⁵⁰ W. Wurmnest, *op cit.*, p.2-032.

public plus accru par les Etats tiers, impliquant une marge de manœuvre beaucoup plus grande pour les tribunaux des Etats membres s'agissant du refus de l'application de règles d'Etat tiers.¹⁵¹ Cela voudrait dire que l'ordre public aurait donc davantage un effet atténué entre les Etats membres qu'à l'égard des Etats non membres. Dans certaines situations, une règle provenant d'un autre Etat membre pourrait être acceptée et appliquée, quand la règle, au même contenu, d'un Etat tiers serait rejetée.

La rédaction des clauses générales dans les règlements européens démontre que de telles suggestions n'ont pas su convaincre, puisqu'aucune référence n'est faite à l'origine de la loi : c'est le résultat de la règle au sein du for qui importe, indépendamment de son origine. Toutefois, cela ne veut pas dire que le cadre communautaire n'a aucune influence sur l'invocation de l'exception d'ordre public. Les règles du droit de l'Union européenne priment sur le droit national. Par conséquent, si le droit applicable d'un autre État membre n'est pas conforme à une règle de l'Union européenne, l'État du for peut appliquer le droit de l'Union par le biais de la réserve d'ordre public.

111. Etant donné que les valeurs européennes, inscrites dans les textes internationaux, s'appliquent dans les différents Etats membres, la proximité qu'entretient une situation avec l'ordre public européen est élargi. Ce n'est plus la proximité avec l'Etat du for qui importe lors de l'appréciation, mais la proximité qu'entretient la situation avec l'Union européenne plus généralement, ou du moins avec plusieurs Etats membres. Cette approche soutiendrait en fait l'idée que les valeurs européennes peuvent être opposées au droit d'un Etat tiers si le litige a un lien avec un autre Etat membre et non pas seulement avec l'Etat du for. La proximité avec l'ordre public est « densifiée ».

¹⁵¹ W. Wurmnest, *op cit.*, p.2-013.

Section 3 - La modulation spatio-temporelle de l'ordre public aux Etats-Unis

112. A l'image de la plupart des systèmes juridiques européens, l'appréciation de l'atteinte à l'ordre public d'un Etat américain varie selon que la situation entretienne des liens plus ou moins forts avec cet Etat. Mais l'analyse du droit américain révèle que le moment où cette proximité est appréciée varie considérablement selon la méthode du choix de loi utilisée puisque l'ordre public n'apparaît pas uniquement à l'étape de l'éviction de la loi étrangère.

L'analyse de la relativité temporelle de l'ordre public aux Etats-Unis fait également transparaître des différences selon que l'Etat applique les règles modernes ou traditionnelles.

L'appréciation dans le temps de l'ordre public a lieu dès le choix de loi pour les Etats utilisant les règles traditionnelles, bien que l'exception d'ordre public soit toujours susceptible d'intervenir *a posteriori* (A). Concernant la relativité spatiale, le constat est similaire : les Etats utilisant les règles de conflit modernes relativisent l'ordre public dans l'espace en amont du choix de loi. Mais cette fois-ci, l'ordre public en tant qu'exception est beaucoup moins susceptible d'intervenir (B).

A) La théorie américaine des « Vested Rights » : la relativité temporelle sous forme de règle de conflits de lois

113. Aux Etats-Unis, lorsque la règle de conflit est traditionnelle, l'ordre public peut intervenir comme exception lorsque celle-ci produit un résultat qui heurte les conceptions locales. En France, l'ordre public, en tant qu'exception à la règle de conflit, joue différemment selon que le juge soit face à une demande de reconnaissance de droits régulièrement acquis à l'étranger ou de création de droits sur le territoire du for par l'application d'un loi étrangère. Aux Etats-Unis, cette appréciation dans le temps a lieu en amont du choix de loi lorsque la règle de conflit est traditionnelle. Bien que l'ordre public joue traditionnellement comme mécanisme d'éviction du résultat de la règle traditionnelle, certaines de ses modalités d'appréciation sont déjà appréhendées en amont du choix de loi. La modulation temporelle de l'ordre public a, en effet, été initialement appréhendée sous l'égide la théorie des « Vested Rights » (Cf *supra* n°12) qui postule que lorsqu'un évènement a eu lieu sur le territoire d'un Etat, un droit est créé en vertu de la loi de cet Etat. Ainsi, en matière de conflit de lois, le tribunal de l'Etat du for doit tenir compte de la préservation des droits valablement acquis dans le territoire étranger conformément à la loi

étrangère. Une situation juridique valablement créée à l'étranger n'entre pas foncièrement en contradiction avec l'ordre juridique d'un système qui ne prévoirait pas une telle situation, il s'agit simplement de sa reconnaissance en tant que fait dans l'ordre juridique du for. L'Etat du for se doit de préserver une telle situation. Une telle appréciation a été transposée en Europe sous l'expression de l'effet « atténué » de l'ordre public, mais elle a, on l'a vu, vocation à intervenir dans une étape ultime de l'application de la règle de conflit.

114. Cette tolérance à l'égard des droits acquis à l'étranger a dépassé le statut de simple élément d'appréciation temporelle de l'ordre public comme on le connaît en France, pour entrer directement dans les considérations préalables de choix de lois préconisées par le *First Restatement*. On la retrouve, en effet, dans les raisonnements traditionnels territorialistes évoqués précédemment, lesquels choisissent la loi ayant donné lieu à l'évènement à l'origine de l'action : « *Crucial for practice under the vested rights theory was to determine when and where a particular right vested, because the law in place where the right vested would control the content of the right* »¹⁵². La théorie a inspiré une série de règles présentes dans le *First Restatement*, que l'on a déjà évoquée, notamment celle de la loi du lieu du délit en matière délictuelle. Le revirement de la Cour suprême dans l'affaire *Auld v. Forbes* (Cf *supra* n°55) est une illustration de la faveur accordée à la loi de l'Etat du lieu où le droit est supposé avoir été créé. La Cour suprême reconnaît la compétence de la loi de l'évènement à l'origine de la cause de l'action ; la loi du Belize, lieu où la victime est décédée, « *the place of the tort* » : « *a tort action is governed by the substantive law of the state [or country] where the tort was committed* », ». Les juges reconnaissent l'application de la loi du lieu du délit, car il s'agit du lieu où le droit à la réparation a été créé. Toutefois, cet arrêt illustre également les défauts reprochés à la *lex loci delicti*, directement inspirée de la Vested Rights Theory, lesquels lui ont valu de tomber en désuétude dans beaucoup d'Etats américains. Une telle règle peut déboucher sur l'application d'une loi d'un Etat sans véritable lien avec l'affaire, ou du moins l'Etat n'entretenant pas le plus de liens. Une telle règle pouvait en outre aboutir à un résultat sévère, puisqu'elle suit un raisonnement rigide déconnecté de toute considération de justice de fond, ce qui a été le cas en l'espèce. Pour rappel, l'action délictuelle était prescrite en vertu de la *lex loci delicti*, alors que la loi de l'Etat du for, la Géorgie, admettait encore que les parents de la victime

¹⁵² P. Dane, *Vested Rights, « Vestedness », and Choice of Law*, *The Yale Law Journal*, Vol. 96, No. 6 (1987).

puissent intenter une action en réparation. Bien que le délit ait eu lieu au Belize, des points de contacts existaient avec l'Etat de Géorgie, lieu où le demandeur et défendeur au litige étaient domiciliés. Cette affaire illustre le paradoxe auquel peut aboutir la compétence de la loi où le droit a été créé. Ici, les juges déclarent la loi du lieu du délit compétente, elle est, en théorie, celle qui a créé le droit à réparation. En l'espèce, le contenu de la loi rend l'action en réparation prescrite et ne créé donc pas un droit, à l'inverse la loi du domicile des communs des parties.

Les tribunaux de différents Etats ont jugé bon d'abandonner la *lex loci* pour son ignorance de l'intérêt du domicile commun des parties en faveur de l'Etat du préjudice, qui n'avait selon eux, pas d'intérêt dans l'affaire et d'adopter le test des liens significatifs du *Second Restatement* car ce dernier « *reconnai^{re} que l'Etat dans lequel le préjudice est survenu peut n'avoir que peu d'importance réelle pour la cause de l'action* »¹⁵³ et que son application produit un résultat arbitraire ou irrationnel.

115. Toutefois, cette relativité temporelle effectuée en amont du choix de loi ne fait pas disparaître le mécanisme d'exception d'ordre public dans sa vocation correctrice, telle que nous la connaissons en France. Les situations juridiques créées à l'étranger ne bénéficient d'aucune immunité et l'exception pourra toujours être invoquée si les considérations d'ordre public de l'Etat du for venaient à être heurtées par le droit ou l'obligation créé par la loi étrangère. Le *First Restatement* l'affirmait : l'exception d'ordre public peut être activée lorsqu'une situation créée à l'étranger contreviendrait au « *strong public policy* »¹⁵⁴. La référence au « *strong public policy* » suggère également la prise en compte de la proximité entre le litige et l'Etat du for.

¹⁵³ *Bishop v. Florida Specialty Paint Co.*, 389 So. 2d 999, 1001 (Fla. 1980) ; *O'Connor v O'Connor*, 201 Conn 632, 519 A2d 13, 21-22 (1986).

¹⁵⁴ *Restatement (First) Of Conflict of Laws* § 612 (Am. Law Inst. 1934) : « No action can be maintained upon a cause of action created in another state the enforcement of which is contrary to the strong public policy of the forum ».

B) La relativité spatiale : du correctif de la loi désignée à la considération de choix de loi

116. Nous avons vu en Europe que, sous forme d'exception à la règle de conflit, l'ordre public ne peut évincer la loi désignée que lorsque l'Etat qui l'invoque entretient des liens suffisants avec la situation litigieuse. Le déclenchement de l'exception est fonction de la proximité : plus la situation entretient des liens étroits avec le litige, plus l'ordre public jouera de manière intense, inversement, les exigences d'ordre public seront moindres si la situation entretient des liens plus faibles.

Cette exigence de proximité pour permettre l'éviction de la loi étrangère est également présente dans l'esprit des règles traditionnelles et modernes de choix de loi aux Etats-Unis. Mais elle l'est de manière différente : sous l'égide traditionnelle, elle intervient, à l'image des systèmes juridiques européens, en tant qu'élément de vérification de conformité de la loi étrangère à l'ordre public du for (1). Pour ce qui est des règles modernes, l'exigence est bien plus forte, puisqu'elle guide véritablement le choix de loi (2).

1) La relativité spatiale de l'ordre public en tant qu'exception à la loi désignée par la règle de conflit traditionnelle

117. La théorie des « *vested rights* », évoquée précédemment (Cf *supra* n°12), est le pendant du traitement accordé à la proximité entre le litige et l'Etat de la loi appliquée. Guidés par des considérations territorialistes, les juges qui appliquaient ou continuaient d'appliquer les règles traditionnelles donnent préférence à la *lex loci*, l'agent des « *vested rights* », quand bien même la situation litigieuse aurait moins de liens significatifs qu'un autre Etat avec le litige. L'exception d'ordre public avait justement vocation à contrer ces résultats parfois arbitraires et injustes en substituant la loi désignée selon les critères territoriaux par la loi jugée plus proche du litige. Nous évoquions plus tôt dans notre étude le constat dressé par Paulsen et Sovern (Cf *supra* n°92), qui s'appuyaient eux-mêmes sur les observations du professeur Nussbaum, selon lequel le rejet des lois étrangères désignées par la règle de conflit traditionnelle avait lieu lorsque le for avait, selon les juges, un lien important avec l'affaire. Dans son étude sur l'ordre public et les conflits de lois, le professeur Nussbaum indiquait que pratiquement toutes les affaires d'ordre public anglaises et américaines présentaient une pondération des contacts en cause¹⁵⁵. En matière contractuelle, la proximité

¹⁵⁵ M. Nussbaum, *Public Policy and the Political Crisis III the Conflict* ; 49 YALE L.J. 1027, 1051 (1940).

s’apprécie selon que le contrat implique ou non la réalisation d’une activité dans l’Etat du for.

Les décisions précitées de Géorgie fournissent un panel d’illustrations de la prise en compte de l’ordre public de proximité pour décider d’évincer ou non la loi étrangère. A chaque fois, les juges géorgiens admettent de substituer la loi étrangère par la loi du for, si le litige entretient des liens suffisamment forts avec le territoire de la Géorgie. Pour rappel, les règles traditionnelles du choix de loi en matière contractuelle désignent généralement le lieu de conclusion du contrat, ou d’exécution. Dans l’hypothèse où la règle de conflit traditionnelle choisit la loi du lieu de conclusion du contrat, et désigne donc une loi étrangère alors que le contrat prévoit la réalisation d’une activité sur le territoire de la Géorgie, la substitution par la loi de Géorgie aura lieu.

2) La relativité spatiale de l’ordre public appréciée dès le choix de loi moderne

118. Nous avons déjà expliqué que l’élaboration des règles modernes s’est faite dans le souci de remédier au détachement des considérations de fond reproché aux règles de conflit traditionnelles et ainsi permettre d’atteindre une justice matérielle dès le choix de loi, sans avoir besoin par la suite d’un correctif, tel que l’exception d’ordre public. Les règles traditionnelles souffrent en effet d’une grande incohérence : elles se veulent porteuses de considérations entièrement neutres et objectives sans pour autant heurter les considérations matérielles qu’incarne l’ordre public de l’Etat où la loi désignée s’applique. Le raisonnement moderne a été d’assouplir ces critères neutres et abstraits en insérant, dès le processus de choix de loi, l’examen de la teneur de la loi qui pourrait potentiellement régir la situation. Le juge doit apprécier dès le choix, si la loi ne pourrait pas heurter l’ordre public du système juridique, en vérifiant qu’elle entretient des liens suffisants avec l’ordre du for. Cette proximité assurerait une compatibilité entre la loi et le for.

119. L’appréciation de la proximité entre le litige et l’Etat de la loi choisie a vu le jour dans la théorie des « *states interest analysis* » mentionnée au début de notre étude. Développée par l’influent professeur Brainerd Currie, entre les années 1950 et 1960, la théorie partait du principe que les Etats ont avant tout intérêt à protéger leurs propres citoyens et qu’en cas de conflits entre plusieurs lois, il faut appliquer loi de l’Etat qui a le plus intérêt à voir sa loi régir la situation.

En 1951, Morris mettait en avant dans une étude les mérites des règles de conflit de lois anglaises basées sur la « *proper law of tort* ». Le choix de loi supposait d’identifier tous les points de contacts de la situation avec les Etats en concurrence. L’appréciation pouvait être qualitative : la loi de l’Etat ayant le point de contact le plus fort avec l’affaire serait désignée, ou quantitative : l’Etat vers lequel la majorité des points de contacts convergerait verrait alors sa loi appliquée. Une telle analyse supposait donc de prendre en compte non seulement l’évènement en cause de l’action, mais également ses conséquences. Un auteur américain, cité par Morris, avait affirmé que ces méthodes anglaises avaient contribué de la manière la plus remarquable à la théorie générale du droit international privé. Dans son étude, Morris ciblait la pertinence de la règle en matière délictuelle et contractuelle, laquelle permet d’accorder un « *poids approprié à des facteurs dont l’importance varie constamment* », tels que le lieu de conclusion du contrat, d’exécution, la nationalité des parties, leur résidence, le *situs* de l’immeuble, les attentes des parties et « *d’innombrables autres facteurs* ». Morris s’étonnait en outre de la réception passive aux Etats-Unis de la *lex loci* et s’interrogeait : Comment une formule unique, « *la loi du lieu du délit* », pourrait-elle embrasser la divergence des facteurs sociaux que peut présenter une affaire de négligence automobile par exemple, ou de diffamation radiophonique, et produire des résultats socialement adéquats ? Morris citait également Cook, qui, rejoignant son point de vue, affirmait que la *lex loci* n’est pas problématique dans la seule hypothèse où il n’y a aucun doute sur le lieu du préjudice. Si cette hypothèse est la plus fréquente, les situations de doute quant au lieu existent exceptionnellement. Dès lors, Cook militait en faveur de l’élaboration d’une règle de conflit suffisamment flexible pour régir à la fois les situations exceptionnelles et les situations courantes ou construire une règle de conflit spécifique aux situations exceptionnelles. L’attention à la proximité entretenue entre la loi et le litige fut également au goût du professeur Leflar (Cf supra n°26) qui élabora la théorie de la « *Better Law* » soutenant que le juge devait guider son choix en suivant tous les éléments interférant avec le litige, lesquels lui permettrait de désigner la loi la plus appropriée.

120. Ces préoccupations, centrées autour des liens les plus significatifs, atteignirent le continent américain en 1954 dans l’affaire *Auten v. Auten*¹⁵⁶ par laquelle la Cour d’Appel de New York conclu que la loi anglaise devait s’appliquer, parce qu’elle entretient le plus de contacts significatifs avec le contrat, et non pas celle de l’Etat de New York, qui n’avait

¹⁵⁶ *Auten c. Auten* - 308 NY 155, 124 NE2d 99 (1954).

qu'un seul lien avec le litige. Une telle approche finit par convaincre les juges qui l'étendirent à la matière délictuelle dans l'affaire *Babcock v. Jackson* en 1963¹⁵⁷. Babcock, passager du véhicule conduit par Jackson, fut grièvement blessé après que Jackson perdit le contrôle de la voiture dans l'Etat de l'Ontario au Canada. La victime intenta, devant les tribunaux de l'Etat de New York, une action en responsabilité pour négligence à l'encontre du conducteur. Au moment de l'accident, une loi de Canadienne disposait qu'un propriétaire ou conducteur d'un véhicule, autre qu'un véhicule utilisé pour transporter des passagers moyennant rémunération, n'était pas responsable des pertes ou dommages résultant de blessures corporelles ou du décès d'une personne transportée dans ledit véhicule. Traditionnellement, les juges auraient dû appliquer la loi canadienne, loi du lieu du délit. De manière inédite, les juges statuent que la loi applicable est celle de l'Etat de New York, car, après examen, celle-ci affiche un intérêt incontestablement plus important que celle de l'Ontario : les deux parties étant domiciliées dans l'Etat de New York, le véhicule y étant garé, normalement conduit et l'assurance souscrite dans cet Etat.

121. Plus d'un demi-siècle plus tard, les théories de Currie, Morris et Leflar continuent de sous-tendre une grande partie des règles de choix de loi préconisées par le *Second Restatement* qui érige en critère principal les relations les plus significatives. A chaque litige est appliquée la loi de l'Etat qui entretient la relation la plus étroite audit litige.

Le *Second Restatement* dresse une liste d'éléments à prendre en considération pour caractériser ces relations significatives. Le juge doit ainsi tenir compte :

- (a) des besoins des systèmes interétatiques et internationaux ;
- (b) des politiques pertinentes du for ;
- (c) des politiques pertinentes des autres Etats intéressés et les intérêts relatifs de ces Etats dans la détermination de la question juridique ;
- (d) de la protection des attentes légitimes ;
- (e) des politiques de base qui sous-tendent le domaine particulier du droit ;
- (f) de la certitude, prévisibilité et uniformité du résultat et enfin ;
- (g) de l'aisance dans la détermination et l'application du droit.

Si aucun facteur n'est décisif à lui seul et qu'il s'agit pour le juge de tous les mettre en balance, la prise en compte des « politiques » des Etats en concurrence se distingue parmi les autres éléments au sein de cette liste. Si le juge respecte ces indications, il y a de faibles

¹⁵⁷ *Babcock c. Jackson* - 12 N.Y.2d 473, 240 N.Y.S.2d 743, 191 N.E.2d 279 (1963).

chances pour que la loi désignée soit en contradiction choquante et « répugnante », comme l'ont pu dire si souvent les auteurs américains avec l'ordre public de l'Etat qui choisit la loi. Le nombre écrasant d'affaires de la seconde moitié du XXe siècle ayant rejeté la loi étrangère pour des raisons d'ordre public sont des affaires avec lesquelles le for avait un lien important. Currie, Murris et Leflar peuvent se réjouir ; pratiquement toutes les affaires américaines liées à des questions d'ordre public présentent une pondération des contacts concernés.

122. Cette dynamique perdure dans l'esprit des décisions du XIXe siècle relatives aux délits. Les commentaires de la section 5.03 du dernier projet de rédaction du troisième *restatement*, qui synthétise les raisonnements observés dans les décisions récentes, indiquent que le présent ouvrage a été élaboré en mettant en balance certains facteurs afin d'identifier la loi la plus appropriée. En matière délictuelle par exemple, ces facteurs sont le lieu du comportement, du dommage, et le domicile des parties¹⁵⁸. Ce sont la mise en balance de ces trois facteurs qui permettent au juge d'identifier la loi ayant l'intérêt prédominant à s'appliquer à l'affaire délictuelle. Le dernier *restatement* a accordé une importance considérable au domicile commun des parties: « *Lorsque les parties ont un domicile commun dans un État, ou qu'elles y ont une relation centrée, et qu'elles sont impliquées dans un accident dans un autre État, il convient d'appliquer la loi de leur domicile commun, ou du lieu où leur relation est centrée, à moins que la règle juridique en vigueur au lieu du comportement et du préjudice ne soit une règle réglementant le comportement* ». Les considérations matérielles qui figuraient dans le *Second Restatement* demeurent dans le nouveau texte avec la même anticipation d'une correction postérieure par le mécanisme de l'exception d'ordre public, mais cette-fois ci axée sur des facteurs précis, notamment le domicile commun. Dans une étude sur le *Third Restatement*, Joseph William¹⁵⁹ affirmait, qu'appliquée à l'affaire *Babcock*, la règle du domicile commun aurait débouché sur la désignation de la loi de New York. En effet, l'analyse de la « *règle juridique en vigueur au lieu du comportement et du préjudice* » révèle que cette dernière n'avait pas eu pour objectif de réglementer le comportement des conducteurs et compagnies d'assurance ne résidant pas sur son territoire. L'Ontario n'aurait donc eu aucune raison à s'opposer à l'application de la loi de New York. L'auteur reprenait la classification de Currie en qualifiant les faits de

¹⁵⁸ The American Law Institute, Third draft (2022), p.31.

¹⁵⁹ J. W. Singer, *Choice of Law Rules*, (2020), p.349.

« faux conflit » : « *le lieu de la conduite et du préjudice n'a aucun intérêt à appliquer sa loi, tandis que le domicile commun a intérêt à appliquer sa règle. L'Ontario n'a aucun intérêt à réglementer la conduite, même si la conduite a eu lieu en Ontario, parce que les parties ne sont pas de l'Ontario, de sorte que l'Ontario est heureux de laisser New York régir une relation basée à New York.* »¹⁶⁰. Ainsi, le dernier *restatement* fait enfin état d'une méthode dont la rigueur permettrait d'aboutir à la désignation de la loi d'un Etat dont l'intérêt à voir sa loi s'appliquer est solidement démontré. Toutefois, les rédacteurs n'excluent pas que les facteurs d'analyse énoncés ne soient pas susceptibles d'empêcher toute violation de l'ordre public d'un Etat, et admettent donc que les tribunaux aient recours de manière exceptionnelle à l'exception d'ordre public.

123. La section 5.04 du dernier projet de rédaction du troisième *restatement* dispose qu'un tribunal peut refuser de trancher une question en vertu d'une loi étrangère si l'utilisation de ce droit étranger serait contraire à une politique publique du for profondément enracinée. Les rédacteurs admettent l'invocation de l'exception par les juges si deux conditions sont réunies. Premièrement, la loi étrangère doit heurter l'ordre public « *profondément ancré dans le for* ». Deuxièmement, l'utilisation de ladite loi dont « *effectivement* » porter atteinte à l'ordre public du for. Les rédacteurs préconisent un examen *in concreto* de la loi étrangère et rappellent que cette dernière n'est pas susceptible de heurter *in abstracto le for* et insistent sur l'opportunité d'une application exceptionnelle de l'ordre public en tant que dispositif d'évasion en faisant référence au standard *Loucks*. Plus d'un siècle plus tard, l'*American Law Institute* appelle explicitement, et à raison, à un retour à une conception stricte de l'exception d'ordre public. Mais désormais, les tribunaux peuvent compter sur des lignes directrices précises qui devraient leur permettre d'aboutir à un choix de loi éclairé sans avoir besoin de recourir à l'exception d'ordre public, ou du moins très rarement.

¹⁶⁰ J. W. Singer, *Ibid.*

CONCLUSION

124. En 1824, le juge Burrough décrivait l'ordre public comme « *Un cheval très indiscipliné et lorsque vous l'enfourchez, vous ne savez jamais où il vous mènera* ». Un tel propos avait été formulé il y a près de deux siècles, et pourtant, il semblerait être toujours d'actualité. En effet, bien que communément répandu depuis de nombreuses années au sein des systèmes de droit international privé européens et américains, l'institution de l'ordre public en droit international demeure imprécise, tant au niveau de sa notion que de sa mise en œuvre. En Europe, comme aux Etats-Unis, l'ordre public a traditionnellement été appréhendé en tant que mécanisme correcteur de la règle de conflit bilatérale. L'exception figure aujourd'hui au sein de tous les règlements européens d'harmonisation, sans pour autant bénéficier d'une définition exhaustive de la notion d'ordre public en tant que telle. Les législateurs européens se sont effet contentés d'exiger une contrariété « manifeste » à l'ordre public pour que la loi étrangère désignée par la règle de conflit soit écartée. L'une des rares certitudes en la matière est que l'ordre public s'entend largement au sens du droit international privé. En effet, une simple différence à la *lex fori* ne saurait justifier l'invocation de l'exception d'ordre public. Les tribunaux d'un Etat ne peuvent rejeter l'application de la loi étrangère que lorsque celle-ci heurte des valeurs propres à l'Etat du for, qui doivent, entre autre, être partagées par d'autres Etats. En ce sens, le droit français s'accorde pour considérer, aux termes de son célèbre arrêt *Lautour*, que l'ordre public vise « *Les principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* »¹⁶¹ et les « *principes essentiels du droit français* »¹⁶². Aux Etats-Unis, le consensus sur une référence aux principes universels avance en dents de scie. Il y a plus d'un siècle, le juge Cardozo introduisait cette vision aux Etats-Unis en faisant référence à des principes fondamentaux, des conceptions morales prédominantes et des traditions profondément enracinées dans le bien commun. Rapidement, d'autres juges ont axé la notion d'ordre public vers les dispositions constitutionnelles et législatives de l'Etat du for, mettant toute loi étrangère affichant des dispositions différentes dans une position de contrariété. Les décisions américaines les plus récentes ne dévoilent pas de standard plus clair et tergiversent entre références à des principes fondamentaux, dispositions constitutionnelles et

¹⁶¹ Cass. Civ., 25 mai 1948, *Lautour*, GA, n° 19.

¹⁶² Cass. 1^{re} civ. 6 avr. 2011, n°10-19053, RC 11.922.

législatives. Pourtant, le dernier projet du troisième *restatement* appelle explicitement à un retour au standard du juge Cardozo. La pratique des années à venir permettra de voir si le ledit standard est parvenu à s'imposer. Du côté de l'exécutif, le Gouvernement fédéral américain ne livre pas tant de lignes directrices et laisse une autonomie législative aux Etats fédérés en matière de conflits de lois, qui tranchent les litiges selon leur droit matériel. Contre toute attente, l'Union européenne fait preuve d'un « intégrationnisme » plus poussé. La plupart des Etats membres, notamment la France, s'accordant pour considérer que leur ordre public international se compose des principes de justice universelle reconnus par une communauté d'Etats, l'ordre public international de chaque Etat intègre les valeurs incarnées par les textes supranationaux, tels que la Convention européenne des droits de l'Homme. L'adhésion européenne fait alors peser sur le juge national l'obligation de garantir à la fois les droits établis par l'ordre juridique national et ceux établis par l'ordre juridique communautaire. Cette influence supra-étatique ne se fait pas au titre d'un « *ordre public européen* » mais s'analyse en la simple conséquence logique du processus d'intégration.

125. L'analyse de la mise en œuvre de l'ordre public en droit international privé des affaires en Europe et aux Etats-Unis révèle certaines caractéristiques communes entre les deux ordres juridiques. D'une part, l'utilisation de l'ordre public en tant qu'exception à la règle de conflit traditionnelle tend à diminuer. En Europe, un tel recul s'explique par une faible portée des considérations d'ordre public en matière contractuelle et délictuelle. L'exception d'ordre public doit, par définition, être employée de manière exceptionnelle dans les cas les plus graves, or les divergences observées en droit comparé des contrats et des délits ne suscitent que rarement des questions sensibles, susceptibles de gravement porter atteinte à l'ordre public. En outre, les Etats membres anticipent la protection des intérêts essentiels en amont du choix de loi, avec d'autres dispositifs de sécurité, tels que les lois de police et les dispositions impératives du droit communautaire. Cette anticipation des considérations d'ordre public, en amont de la mise en œuvre de la règle de conflit, s'observe également de l'autre côté du globe. Désireuses de rompre avec les règles traditionnelles déconnectées de toute considération matérielle en désignant la loi du dernier évènement cause de l'action, qui pouvait dans certains cas n'avoir que très peu de liens avec l'affaire, les méthodologies américaines modernes du choix de loi militent pour un choix porté sur la loi présentant

davantage de proximité avec l'affaire. Les nouvelles méthodes préconisent ainsi de rechercher l'Etat ayant « *la relation la plus significative* »¹⁶³ avec la situation litigieuse, aux termes du second *restatement*, ou, pour le dernier *restatement*, l'Etat ayant l' « *intérêt prédominant* »¹⁶⁴. Ces critères sont déterminés, entre autres, sur la base des politiques publiques du *for* et des politiques des autres Etats intéressés. L'ordre public devient alors une véritable considération du choix de loi, laissant moins de possibilités à ce qu'une loi susceptible de contraindre l'ordre public du *for* soit désignée. Mais l'ordre public en tant qu'exception n'a pas vocation à disparaître. En Europe, bien que l'absence de cas signalés puisse indiquer que l'ordre public joue un rôle mineur en droit international privé des affaires, il ne peut être exclu la possibilité qu'un Etat membre adopte un jour une règle qui contredise les principes essentiels d'un autre Etat. Les dommages et intérêts punitifs par exemple, même s'ils font désormais l'objet d'une acceptation généralisée au sein de l'Union européenne, témoignent de l'insertion possible d'une institution d'apparence inconciliable aux conceptions fondamentales des pays de tradition civiliste. Il serait tout à fait envisageable que la législation d'un Etat membre évolue unilatéralement, sans bénéficier de l'appui du législateur européen, et vienne heurter l'ordre public de l'un de ses voisins, auquel cas, l'exception d'ordre public serait la bienvenue. Aux Etats-Unis, l'ordre public, en tant qu'exception, sera toujours bien reçu pour contrer les résultats arbitraires des Etats appliquant les règles traditionnelles de choix de loi. Peut-être que l'adoption des dispositions du dernier *restatement* sonnera le glas, avec le temps, des Etats dits « traditionnalistes ». Toutefois, ce dernier ouvrage ne signe pas la fin de l'ordre public en tant qu'exception à la règle de conflit, puisqu'il lui consacre une disposition, mais cette dernière exige, sans surprise, une mise en œuvre réservée au cas les plus graves.

¹⁶³ *Restatement (Second) of Conflict of Laws* §§ 145, 188 (1988).

¹⁶⁴ The American Law Institute, *Third draft of Restatement (Third) Of Conflict of Laws*.

Bibliographie

I. Bibliographie pour le droit français

A. Ouvrages

Benard Audit, Louis d'Avout, Droit international privé, LGDJ, Lextenso, 2022

Bertrand Ancel et Yves Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Grands arrêts, Dalloz, 2017

Valérie Parisot, Le Droit International Privé en schémas, Ellipses, 2006

Léa Gannagé, La distinction des conflits internes et des conflits internationaux, Mélanges en l'Honneur de Paul Roubier, 1966

B. Thèses, revues et articles

Revue critique de droit international privé, Numéro 01, 2023

Adeline Jeauneau, *Existe-t-il un « ordre public de l'Union européenne » ?*, dans *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne. Essai de systématisation*, (dir. V. Heuzé), Th. Univ. Paris 1, LGDJ, 2015

Renée Charlotte Meurkeus, *Punitive damages : the civil remedy in American law, lessons and caveats for continental Europe*, Doctoral Thesis, Maastricht University, Wolters Kluwer Business, 2014

Maria Mercedes Albornoz, Jacques Foyer, *Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement Rome I*, 2012

Benjamin Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, Vol. 79, (2008), (LGDJ) Résumé, 2008

Pierre Mayer, *Les lois de police, Travaux du Comité français de droit international privé*, 1988

II. Bibliographie pour le droit américain

A. Ouvrages

The American Law Institute, *Third draft of Restatement (Third) Of Conflict of Laws*, 2022

Patrick J. Borchers, *Conflicts in a Nutshell*, West Academic Publishing, 2020

B. Thèses, revues et articles

Joseph William Singer, *Choice of Law Rules*, 2020

Symeon C. Symeonides, *Choice of Law in the American Courts in 2020*, Thirty Fourth Annual Survey, 69 American Journal of Comparative Law, 2021

Olaf Meyer, *Public Policy and Private International Law - A flexible system in flux*, Thirty-Second Annual Survey, Willamette University - College of Law, 2020

Symeon C. Symeonides, *Choice of Law in the American Courts in 2018*, Volume 95, Broché, Résumé, 2019

Yves Le Bos, *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, 2010

Michael Crommelin, *Le règlement des différends dans les systèmes fédéraux*, 2001

P. Dane, *Vested Rights, « Vestedness », and Choice of Law*, *The Yale Law Journal*, Vol. 96, No. 6, 1987

John Bernard Corr, *Modern Choice of Law and Public Policy : The Emperor Has the Same Old Clothes*, University of Miami Law Review Volume 39 Number 4 Article 3, 1985

Monrad G. Paulsen, Michael I. Sovern, *Public Policy in the Conflict of Laws*, 56 COLUM. L. REV. 961, 1956

Martha Nussbaum, *Public Policy and the Political Crisis III the Conflict* ; 49 YALE L.J. 1027, 1051, 1940