



Choix d'articles

*de Pierre Mayer*

Établi par Benjamin Remy

Avant-propos de Vincent Heuze

2015

Paris :

**LGDJ**

extenso éditions

en general impossible, car elles précisent elles-mêmes leurs effets exacts. Elles peuvent donc, soit être insusceptibles de léser un État dans des conditions que condamnerait le droit international public, soit au moins prévoir expressément une renonciation à leur mise en œuvre dans cette éventualité. Ce dernier procédé est utilisé par diverses décisions américaines rendues dans le cadre de la législation antitrust, sous la forme de clauses dites « de sauvegarde » (*savings clauses*) : la juridiction dispense d'obéissance les destinataires de ses commandements pour le cas où ils seraient contraires à une règle ou à une décision locale ; c'est, sur le plan de la méthode, un exemple de prise en considération par un jugement d'une règle ou d'une décision étrangère.

Au stade de l'efficacité internationale des normes, le problème de la contrariété au droit international public ne se pose que si la norme est reconnue « compétente » par le droit international privé du for. Le procédé qui permet alors de l'évincer, en raison de sa contrariété au droit international public, est, soit l'exception d'ordre public, soit directement l'invocation du droit international public.

## CONCLUSION

Si on laisse de côté les limitations apportées par le droit international public à l'utilisation de la compétence, comme n'étant pas des limitations à la compétence elle-même, les résultats constatés au cours de la présente étude peuvent être résumés comme suit.

Lorsque la compétence matérielle des États est concurrente, c'est-à-dire pratiquement en droit privé, aucune limite n'est apportée à leur compétence spatiale, soit pour édicter des règles, soit pour édicter des décisions, et sans qu'il y ait à distinguer selon la renueur de ces normes. L'auteur national d'une règle de « compétence » juridictionnelle ou de « compétence » législative est donc, de ce point de vue, totalement libre.

Lorsque la compétence matérielle des États est exclusive, c'est-à-dire en droit public, leur compétence spatiale est également illimitée, dans la matière qui relève de leur compétence matérielle. La « compétence » des règles et des organes de décision d'un État se déduit donc de la compétence matérielle de cet État, autrement dit de son implication dans la situation juridique, sans intervention d'un quelconque critère de localisation. Mais la compétence spatiale est susceptible de connaître des limitations dès lors que l'on précise le sens de la norme envisagée. Ainsi, si la compétence d'un État en matière fiscale est spatialement illimitée, ne serait-ce que pour préciser qu'il n'y a pas lieu à imposition à son profit, sa compétence pour *taxer effectivement* une opération déterminée est vraisemblablement limitée par le droit international public. La transgression de ces limites appelle une réaction de la part des autres États : refus de reconnaître la « compétence » internationale indirecte si la norme est une décision, opposition de l'exception d'ordre public (ou directement de la règle de droit international public) lorsque la norme est une règle.

1. — Consacrer aujourd'hui une étude spécialement aux lois de police étrangères peut paraître une entreprise prématurée. L'accord ne s'est encore réalisé en doctrine ni sur l'opportunité de déroger à la règle de conflit bilatérale au profit des lois de police *du for* ni sur l'analyse théorique de cette dérogation : est-on en présence d'un rattachement spécial mais potentiellement bilatéral ? d'un recours à la méthode statutaire ? d'une application partielle de l'unilatéralisme ?

Le principal « promoteur » de la méthode des lois de police dans la doctrine de langue française, M. Francescakis, s'est toujours refusé à étudier le problème de l'application des lois de police étrangères. Il s'agit pour lui d'un choix délibéré : « Pour essayer de mettre de l'ordre dans les idées, il faut commencer par réfléchir sur la nature des lois d'application immédiate dans notre propre système. C'est cette nature qui nous éclairera sur le sort à réserver aux lois étrangères du même type. » Il n'est pas sûr que la démarche inverse n'ait pas ses mérites.

En premier lieu, elle pourrait aider à laver la méthode des lois de police du reproche de nationalisme qui lui est souvent adressé, et dont on trouve une expression particulièrement vigoureuse sous la plume de M. Lalive : « Le danger est peu discutable d'une exacerbation du nationalisme juridique, négateur de la coopération internationale. À cette tentation permanente du territorialisme au sens étroit et même chauvin du terme, la doctrine des lois d'application immédiate apporte *volens nolens*, une arme nouvelle. [...] S'il est permis de juger d'un arbre par ses fruits, actuels ou prévisibles, on a tout lieu de craindre les conséquences d'une doctrine propre à justifier tous les abus. » Si la décision était prise de déroger à la règle de conflit en faveur des lois de police indépendamment de leur origine nationale ou étrangère, la méthode serait à l'abri de l'accusation de partialité.

D'autre part, la méthode des lois de police a été l'objet de plusieurs attaques visant à nier sa spécificité. Sa seule particularité serait, selon les uns, de recourir à des critères de rattachements spéciaux — par exemple, le lieu d'exécution d'une obligation — qui pourraient, et même devraient, être utilisés pour désigner des lois étrangères aussi bien que la loi du for ; ce seraient donc des critères bilatéraux, caractéristiques de la méthode du conflit de lois. À l'inverse, certains auteurs

\* Cet article a fait l'objet d'une première publication dans le *Journal du droit international*, *Chambré*, 1981, pp. 277 et s.

1. « Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflit de lois » : *Rev. crit. dr. int.*, 1966, 1, p. 12. L'expression « loi d'application immédiate » était prônée à l'époque par M. Francescakis à celle de « loi de police ».

2. « Tendances et méthodes en droit international privé » : *Cours La Haye*, t. 155, p. 152.

voient dans les lois de police une manifestation de l'unilatéralisme, méthode d'origine doctrinale de portée plus générale : les critères utilisés pour désigner la loi du for seraient insusceptibles de désigner une loi étrangère. Les deux analyses sont susceptibles, par des voies opposées, de légitimer la compétence exceptionnelle reconnue aux lois de police du for : la première en mettant l'accent sur le caractère équitable du procédé de désignation, la seconde en insistant sur la liberté pour chaque État de délimiter la compétence de son propre ordre juridique. Il est nécessaire, pour savoir quelle part de vérité comportent éventuellement ces doctrines, de s'interroger sur le phénomène de l'application des lois de police étrangères.

2. — Mais tel n'est pas, bien entendu, le principal intérêt de cette étude. L'importance pratique des lois de police étrangères pourrait bien devenir un jour aussi grand que celui des lois de police du for.

Certes, à l'heure actuelle, les tribunaux n'appliquent guère les lois de police étrangères, au point que l'on a pu soutenir qu'elles étaient inapplicables par nature, en les rapprochant des lois de droit public ou des lois politiques. Mais la notion de territorialité absolue est en déclin ; l'insurur de droit international la condamné en 1954 pour les lois politiques, en 1975 pour les lois de droit public ; elle n'est pratiquement plus invoquée, en tout cas, pour les lois de police.

Les tribunaux sont confrontés au problème de l'application des lois de police étrangères lorsque leur règle de conflit désigne un ordre juridique étranger qui comporte, sur le point en cause, une loi de ce type. Puisqu'elle n'est pas inapplicable par nature, elle pourrait sembler ne soulever aucune difficulté particulière. Tout n'est pas si simple cependant, lorsque la loi de police n'a pas en l'espèce de volonté d'application : le juge doit-il considérer que la loi désignée refuse de s'appliquer, et dans l'affirmative doit-il s'incliner devant le refus ? La question, surtout discutée en Grande-Bretagne, aux États-Unis et en Italie, divise la doctrine.

Surtout, la situation pourrait bien évoluer à l'égard des lois de police étrangères non désignées par la règle de conflit du for. Si la jurisprudence est quasiment inexistante, si la doctrine est réservée, quant à la possibilité de les appliquer en tant que telles, parce qu'elles « veulent » s'appliquer ou « y ont intérêt », le législateur européen vient de franchir un pas considérable dans ce sens : l'article 7, paragraphe 1, de la Convention de Rome « sur la loi applicable aux obligations contractuelles », ouverte à la signature le 19 juin 1980, donne la faculté aux tribunaux de chaque État signataire d'appliquer les lois de police de tout État, signataire ou non, qui visent impérativement la situation quelle que soit la loi régissant le contrat. Bien que le texte soit assorti d'une réserve, bien que les conditions auxquelles son application est subordonnée permettent au juge de l'écartier facilement, son autorité au moins doctrinale sera considérable. Il s'inscrit d'ailleurs dans une tendance qui comporte d'autres manifestations, puisqu'il est inspiré d'une disposition du projet Benelux, est très proche d'un article de la Convention de La Haye du 14 mars 1976 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, et influence enfin l'article 18 du projet fédéral suisse de loi applicable au droit international privé.

3. — Ces textes confèrent au problème de l'application des lois de police étrangères une très grande actualité. Au fond, pour ce qui est des lois de police du for, l'essentiel est admis par tous, y compris par les tribunaux.

Si l'analyse du mécanisme de la dérogation suscite des discussions, elle n'a pas de conséquences pratiques majeures. Il suffit pour le juge de constater que l'application de certaines règles du for est nécessaire ; il doit alors les appliquer, peu important la justification de cette entorse à la règle de conflit de lois. Inversement, si la loi de police du for désignée par la règle de conflit refuse de s'appliquer, le juge ne peut que s'incliner.

Le critère des lois de police est difficile à cerner, mais ceci semble être inhérent à leur nature, et n'empêche pas de faire usage de la notion. La même remarque vaudrait déjà pour l'exception d'ordre public ; l'« enfant terrible » du droit international privé a fini par vaincre la répugnance que son caractère invertébré inspirait, et on l'utilise sans trop de difficultés.

Chacun reconnaît en fait l'existence du phénomène : « Le développement des lois de police ne saurait être nié<sup>3</sup> » ; « la coexistence des méthodes est un fait<sup>4</sup> ». La différence essentielle entre les auteurs tient à ce que certains éprouvent un « manque de sympathie<sup>5</sup> » pour la méthode des lois de police, tandis que d'autres se plaisent à souligner le caractère subsidiaire que revêtirait par rapport à elle la méthode du conflit de lois<sup>6</sup>. L'importance de l'opposition n'est pas aussi grande qu'on pourrait le croire. Les tribunaux sentent très bien dans quels cas la loi du for ne doit pas céder la place à la loi étrangère normalement applicable. Les recueils de jurisprudence ne révèlent pas un usage abusif du procédé des lois de police ; inversement, lorsqu'un besoin impérieux commande que la loi du for soit appliquée, elle l'est, même si les mots « lois de police » ou « loi d'application immédiate » ne sont pas utilisés. La question de la présence entre les deux méthodes est purement académique ; et celle de la sympathie ou de l'antipathie est déplacée : dans chaque cas où l'existence d'une loi de police du for (non désignée par la règle de conflit) est alléguée, il faut déterminer, sans *a priori*, si son application est vraiment nécessaire aux yeux du législateur. Comme l'a dit M. Bariffo, il ne s'agit pas, entre les deux méthodes, « d'une concurrence en quelque sorte sauvage dans laquelle chacune chercherait à s'assurer le plus grand domaine possible<sup>7</sup> » ; il faut simplement « *summa cuius tribuere* ».

À la limite, il n'est pas indispensable de distinguer les lois de police du for d'autres normes du for qui ont en commun avec elles d'échapper à la règle de conflit bilatérale : lois de droit public, règles de conflit unilatérales, décisions législatives. Le sentiment que leur application est nécessaire commande pour toutes la même solution, dont le fondement des lors apparaît secondaire.

3. Y. Loussouarn, « Cours général de droit international privé » : *Cours La Haye*, t. 139, p. 383.

4. H. Batiffol, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé » : *Cours La Haye*, t. 139, p. 145.

5. Vitta, « Cours général de droit international privé » : *Cours La Haye*, t. 162, p. 125.

6. Francescakis, *op. cit.*, p. 17 ; Graulich, « Règles de conflit et règles d'application immédiate » : *Méi. Dabin*, II, 1963, p. 629 s., spéc. p. 641.

7. Cours précité, p. 145.

Avec les lois de police étrangères, la situation est plus complexe et les positions de principe plus déterminantes. Si la perturbation que leur application introduirait n'est pas commandée expressément au juge par le législateur auquel il est soumis, peut-il et doit-il leur donner effet ? La réponse dépend de multiples considérations d'opportunité ; celles-ci ne sont pas identiques pour les lois de police véritables et pour les normes de nature voisine mais distincte. Inversement, faut-il tenir compte du refus d'application des unes et des autres lorsque la règle de conflit du for les désigne ? Il ne suffit plus ici d'interpréter une loi, il s'agit de résoudre un conflit entre les positions inconciliables, en apparence du moins, de deux législateurs différents. Enfin, la façon dont s'opère la désignation doit être précisée, car deux souverainetés peuvent y procéder : celle du for et celle du pays étranger. Il est rechignement possible de donner la priorité à l'une ou à l'autre, ou de combiner leur action, et les résultats auxquels on parvient dépendent de ce choix.

4. — La confrontation entre lois de police du for et étrangères pose aussi la question de savoir s'il existe entre elles une symétrie, au moins formelle. L'avant-projet de convention européenne consacrerait une disposition unique à l'ensemble des lois de police, et avait pour cette raison été taxé d'hypocrisie par M. Francescakis<sup>8</sup>. L'actuel article 7 de la Convention de Rome comporte deux paragraphes, le premier traitant des lois de police étrangères, et le second de celles du for.

L'ordre des deux paragraphes, surprenant au premier abord, s'explique probablement par le fait que le second l'emporte sur le premier en cas de conflit entre une loi de police étrangère et une loi de police du for : la possibilité d'appliquer une loi de police étrangère — principe — disparaît si une loi de police du for régit impérativement la situation.

Mais le phénomène premier n'en est pas moins celui des lois de police du for. C'est parce qu'une disposition est une loi de police dans l'ordre juridique auquel elle appartient qu'éventuellement le juge d'un autre pays acceptera, comme l'aurait fait son collègue étranger si la situation lui avait été soumise, de déroger pour l'appliquer à la règle de conflit bilatérale.

La démarche comporte donc deux étapes. Le juge doit d'abord constater l'existence d'une règle présentant les caractères d'une loi de police dans l'ordre juridique étranger (1), puis décider s'il y a lieu d'en assurer lui-même l'application au litige dont il est saisi (11).

## I. — LA CONSTATATION PAR LE JUGE DE L'EXISTENCE D'UNE LOI DE POLICE ÉTRANGÈRE

5. — Pour pouvoir constater qu'il existe dans l'ordre juridique étranger une loi méritant la qualification de loi de police, le juge doit avoir présente à l'esprit une définition de ces lois à laquelle il confrontera les normes invoquées devant lui (A).

8. Intervention au Comité français de droit international privé, *Travaux Comité* 1971-1973, p. 184.

La définition lui permettra notamment de ne pas confondre les lois de police avec des types de normes proches, mais distincts (B), ce qui se révélera fondamental au stade ultérieur de l'application.

### A. — Définition des lois de police et qualification

6. — La définition des lois de police doit être introduite en deux temps. On définira d'abord les lois dites d'application immédiate ou nécessaire (a), ce qui implique la présentation de l'opposition fondamentale mais souvent négligée entre domaine spatial d'une règle et compétence d'un ordre juridique (a, 1<sup>o</sup>).

Les lois de police constituent une sous-catégorie des lois d'application immédiate (b).

La catégorie étant définie, la qualification pourra être opérée (c).

#### a) Notion de lois d'application immédiate ou nécessaire

##### 1<sup>o</sup> Compétence d'un ordre juridique et domaine spatial d'application d'une règle

7. — Parmi les distinctions qui seront proposées tout au long de cet article, aucune n'est plus fondamentale que celle qui oppose la compétence d'une loi<sup>9</sup> et le domaine d'application d'une règle dans l'espace.

On dit qu'une loi, ou plus précisément un ordre juridique, est compétent lorsqu'il est désigné par la règle de droit international privé d'un État quelconque afin qu'y soit sélectionnée la règle dont il sera fait application à la question de droit posée. Par exemple, la règle française de conflit de lois donnera compétence à la loi italienne, loi nationale d'un individu, afin que le juge ou l'officier de l'état civil, ou tout autre organe étatique, saisis, puissent dans cette loi la règle substantielle destinée à résoudre la question de l'âge minimum à partir duquel l'individu considéré est en droit de contracter mariage.

Le domaine d'application d'une règle dans l'espace est déterminé par un critère spatial incorporé dans le présupposé de la règle et qui constitue l'une des conditions du déclenchement de son effet juridique. Par exemple, les règles contenues dans la loi du 1<sup>er</sup> septembre 1948, qui organisent un droit au maintien dans les lieux, ont pour domaine d'application dans l'espace Paris, sa banlieue et les communes de plus de 4 000 habitants ou limitrophes des communes de plus de 10 000 habitants.

Il faut considérer comme critères spatiaux non seulement les critères de nature territoriale, mais aussi les critères personnels, tels que le domicile ou la nationalité

9. Bien que nous ayons critiqué dans un autre article (4) Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence : *Rev. crit. dr. int.*, pr. 1979, p. 184, p. 349 s., p. 537 s.) l'emploi du mot « compétence » en droit international privé, nous y recourons ici, simplement parce que la pratique l'a consacré.

des sujets de droit. La fonction de tous ces critères est en effet identique, et surtout ils présentent tous le même risque de confusion avec les critères de compétence de l'ordre juridique.

La plupart des règles ne comportent aucune précision quant à leur domaine spatial et sont donc applicables sans limitation dès lors que l'ordre juridique auquel elles appartiennent est compétent.

8. — Compétence d'un ordre juridique et domaine d'application d'une règle dans l'espace sont deux notions parfaitement distinctes ; bien plus, elles entretiennent en général peu de rapports entre elles.

Une règle peut englober une situation dans son domaine spatial sans pour autant que l'ordre juridique auquel elle appartient soit compétent. Par exemple, la règle anglaise, contenue dans l'*Inheritance (Provisions for Family and Dependents) Act*, 1975, qui limite les possibilités d'exhérédation du conjoint et des enfants, est applicable si le *de cuius* est domicilié en Angleterre. Mais à l'égard des successions immobilières, l'ordre juridique anglais n'est compétent, selon ses propres règles de conflit de lois, que si l'immeuble est situé sur le territoire anglais, peu important le domicile du *de cuius*. Inversement, un ordre juridique peut être compétent sans que telle règle que l'on envisage dans cet ordre soit applicable à la situation, en raison de la localisation de celle-ci dans l'espace ; dans ce cas, il existe nécessairement dans le même ordre juridique une autre règle, que l'on peut appeler *complémentaire*, et qui régit les situations situées dans la portion d'espace exclue par la première. Ainsi, les droits successoraux sur un immeuble sis en Angleterre, soumis au droit anglais, s'apprécient sans tenir compte des dispositions de l'*Inheritance Act* de 1975 si le *de cuius* était domicilié à l'étranger. Cela signifie que le juge anglais fera application des dispositions de la *common law*, qui permettront une exhérédation totale.

Le seul rapport entre les deux notions de compétence et de domaine d'application réside dans le fait que, pour qu'une règle déterminée soit effectivement appliquée à une situation donnée, il faut à la fois que l'ordre juridique auquel elle appartient soit reconnu compétent et que la situation entre dans son domaine d'application dans l'espace.

9. — Cependant, la distinction est souvent mal perçue. Une confusion entre les deux notions est explicite dans la tendance unilatéraliste illustrée par Quadri<sup>10</sup> et par M. Gonthor<sup>11</sup>, qui fonde la nécessité pour chaque État de délimiter la compétence de son propre ordre juridique sur le fait que toute règle, pour ne pas être assimilable à une « étoffe sans surface », « renferme au moins implicitement ses propres limites d'applicabilité ». Elle est implicite chez tous les auteurs (à commencer par Savigny) qui établissent un parallèle entre le conflit de lois dans le temps et le conflit de lois dans l'espace ; le premier est un problème de détermination du domaine d'application des règles en fonction de la

date de réalisation de la situation ; il ne peut donc être comparé qu'avec le problème du domaine d'application des règles dans l'espace, c'est-à-dire en fonction de la localisation de la situation.

Cette confusion, qui entraîne, comme on le verra, les conséquences les plus graves sur la compréhension des problèmes de méthode, tient probablement en partie au fait que la terminologie est déficiente (encore bien sûr que les vices de la terminologie proviennent eux-mêmes d'un défaut de perception des notions ; mais une terminologie claire suffirait à dissiper les doutes sur une distinction qui, au fond, est simple). Le choix du mot « loi » est particulièrement malheureux, puisqu'on l'utilise tantôt comme synonyme de « règle », tantôt comme synonyme d'« ordre juridique ». Et le mot « applicabilité », très équivoque aussi, désigne indifféremment la vocation d'un ordre juridique à fournir la règle qui s'appliquera ou la vocation d'une règle à régir une situation. La « loi applicable », c'est donc aussi bien l'ordre juridique compétent que la règle qui englobe la situation dans son domaine spatial.

La distinction qui nous paraît essentielle recoupe celle qu'à indiquée De Nova dans son article célèbre aux *Mélanges Marry*<sup>12</sup> ; De Nova oppose en effet les dispositions que « commandent l'application à une espèce d'une quelconque règle de fond de l'ordre juridique considéré » (autrement dit, les dispositions relatives à la compétence de l'ordre juridique) et celles qui « commandent l'application à l'espèce d'une règle de fond spécifique ». Bien que l'article soit toujours cité, cet apport fondamental est trop souvent laissé dans l'ombre. La distinction est cependant bien connue des auteurs allemands<sup>13</sup> ; elle a été reprise et développée en Grande-Bretagne, en particulier par M. Mann<sup>14</sup> et par Kahn-Freund<sup>15</sup>, et est parfois mentionnée par d'autres auteurs<sup>16</sup>.

## 2° Règles substantielles commandant la compétence de l'ordre juridique auquel elles appartiennent

10. — Les lois dites d'application immédiate ou nécessaire ont pour caractéristique d'établir un lien entre le domaine spatial d'application et la compétence. Ce sont en effet des règles dont le domaine spatial, ou au moins une partie de ce

12. « Conflits des lois et normes fixant leur propre domaine d'application » : *Mélanges Marry*, 1960, I, p. 377 s., spéc. p. 395.

13. Nussbaum, *Deutsches Internationales Privatrecht*, 1932, p. 4 ; *Principles of Private International Law*, 1943, p. 71 ; Raape, *Internationales Privatrecht*, 5<sup>e</sup> éd., 1961, p. 4 ; Kegel, *Internationales Privatrecht*, 3<sup>e</sup> éd., 1971, p. 23 à 26. Ces auteurs sont cités par Mann, *op. cit.*, à la note suivante, p. 123.

14. « Statutes and the Conflict of Law » : *E.Y.B.I.L.* 1972-1973, 117.

15. « General Problems of Private International Law » : *Cours La Haye*, t. 143, p. 239 à 247.

16. V. par exemple Unger, « Use and Abuse of Statutes in the Conflict of Laws » : *L.Q.R.* 1967, 427 ; Graulich, *op. cit.*, p. 631, note 5, qui oppose les règles qui se fixent une sphère d'application « vis-à-vis des autres ordres juridiques » et celles qui le font « dans le domaine de l'ordre juridique auquel elles appartiennent » ; Gonthor, *op. cit.*, p. 230, note 1. M. Lallive (Cours précité, p. 132 et s.) cite la distinction mais ne l'approuve pas.

10. *Lezioni di diritto internazionale privato*, 5<sup>e</sup> éd., Naples, 1969.

11. « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé » : *Rev. crit. dr. int.* pr 1971, 1 s., 209 s., 415 s.



domaine, est impératif en ce sens qu'il force la compétence de l'ordre juridique auquel elles appartiennent. Par exemple, la règle énoncée par l'article 992 du Code civil néerlandais, selon laquelle un Hollandais, même à l'étranger, ne peut rester qu'en la forme authentique, est d'abord une règle qui précise son domaine d'application dans l'espace : elle a vocation à s'appliquer aux Hollandais. Mais elle sous-entend aussi l'existence d'une règle néerlandaise de droit international privé qui donne à l'ordre juridique néerlandais la compétence nécessaire pour que la règle puisse recevoir effectivement application<sup>17</sup>.

Le domaine impératif n'est pas toujours précisé dans un texte. Il peut y être découvert par les tribunaux, comme découlant de la teneur ou du but de la règle. Par exemple, les règles qui limitent les possibilités d'indexation dans le but de lutter contre l'inflation doivent s'appliquer au moins aux règlements internes qui s'effectuent sur le territoire de l'État qui a édicté la législation.

11. — Toutes les règles qui indiquent expressément leur domaine d'application dans l'espace ne forcent pas pour autant la compétence de l'ordre juridique auquel elles appartiennent. Ainsi, le *Merchant Shipping Act* anglais de 1894 précise que, dans certains cas, l'armateur d'un navire *britannique* ne peut être tenu pour responsable d'une perte ou d'un dommage que si sa faute est démontrée. Cela ne signifie pas que, même devant une juridiction anglaise, la loi anglaise en général, et l'*Act* en particulier, soient applicables dès lors que le navire bat pavillon britannique ; encore faut-il que la règle de conflit générale donne compétence à l'ordre juridique anglais<sup>18</sup>. La règle n'est pas une loi d'application immédiate.

Il est donc nécessaire d'interpréter la portée du critère spatial. Dans l'article 992 du Code civil néerlandais, ce sont les mots « même à l'étranger » qui montrent que l'application de la règle est nécessaire dès lors que le testateur est Hollandais. Dans l'article 311-15 du Code civil français, aux termes duquel « la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française » lorsque certaines conditions de résidence sont réalisées en France, la place de la disposition parmi les règles de conflit de lois relatives à l'établissement de la filiation permet à elle seule de comprendre que la compétence de l'ordre juridique est en cause. On remarquera que dans le premier exemple le critère spatial est précisé dans le corps de la règle substantielle elle-même, tandis que dans le second, il fait l'objet d'une disposition séparée. Il n'y a là qu'une différence de présentation, sans portée véritable. Ainsi, le législateur néerlandais aurait pu disposer, d'une part dans l'article 992 du Code civil, que « le testament doit être rédigé en la forme authentique », d'autre

part, dans un autre texte, que « l'article 992 du Code civil s'applique à tous les Hollandais, même restant à l'étranger ».

Lorsque le critère spatial n'est pas énoncé par l'auteur de la règle mais découvert par la jurisprudence, il peut également ne concerner que le domaine d'application de la règle, ou concerner à la fois ce domaine et la compétence de l'ordre juridique. Dans la première hypothèse — qui paraît être très exceptionnelle<sup>19</sup> — la règle limite sa vocation à certaines situations, sans manifester une volonté particulièrement forte à être appliquée à elles ; dans la seconde, la règle est une loi d'application immédiate.

12. — La question se pose souvent de savoir si un critère spatial indique seulement un minimum, ou seulement un maximum, ou à la fois l'un et l'autre. Puisque, dans le cas des lois d'application nécessaire, le critère concerne à la fois le domaine d'application et la compétence de l'ordre juridique, il faut résoudre la question séparément pour chacune de ces deux fonctions.

1° La compétence de l'ordre juridique n'est jamais indiquée que comme minimum : à côté de la compétence spécialement revendiquée, existe toujours une compétence possible indiquée par la règle ordinaire de conflit de lois. Ceci découle de la définition même de la loi d'application immédiate, qui suppose une extension de la compétence au-delà de ce qui résulte des règles ordinaires.

2° Il est évident que, dans sa fonction de délimitation du champ d'application de la règle, le critère définit au moins un minimum : si la règle force la compétence de l'ordre juridique, c'est pour que sa propre application effective soit possible.

Le minimum constitue parfois, en même temps, un maximum. Il arrive, en effet, que la loi d'application nécessaire refuse de s'appliquer dès lors qu'elle n'a pas de *volonté positive* à l'application. De Nova<sup>20</sup> donne l'exemple d'un arrêt du *Privy Council*<sup>21</sup> relatif à l'application d'une loi de l'État australien de Victoria réduisant le taux de l'intérêt. Cette loi avait une volonté d'application aux paiements internes, mais à condition que la dette ne fût pas garantie, comme elle l'était en l'espèce, par des biens situés à l'étranger. Le *Privy Council* a donc appliqué, non la loi réduisant le taux de l'intérêt, mais la règle complémentaire du même État, c'est-à-dire la règle de droit commun reconnaissant une libération plus étendue dans la fixation du taux. On peut aussi citer la loi française du 1<sup>er</sup> septembre 1948 sur les baux d'habitation, qui s'applique nécessairement dans le domaine spatial défini

17. En ce sens, Rigaux, *La théorie des qualifications en droit international privé*, Paris, 1956, n° 276 ; *Contra* Mann, *op. cit.*, p. 122 : « (Section 992) does not touch the question whether Dutch law or non-Dutch law is applicable ». M. Fragistas (« Zur Testamentsform im internationalen Privatrecht » : *Mélanges Z. 1930, 932*) et M. Von Overbeck (« Les règles de droit international privé matériel » : *Mélanges Kollwitz et Offerhaus, Leiden, 1962, p. 363*) y voient une règle de conflit unilatérale. La doctrine française explique en général la règle par une classification de la question de la forme des testaments aux Pays-Bas, dans la catégorie « capacité ».

18. Exemple proposé par Kahn-Freund, *op. cit.*, p. 240, *Adda* l'analyse par M. Mann, *op. cit.*, p. 122, du *Merchant Shipping Act, 1970*, et l'exemple, donné plus haut, de l'*Inheritance (Provisions for Family and Dependents) Act, 1975*.

19. De Nova a tenté, dans un article paru en 1966 in *California Law Review* (p. 1569 s.) sous le titre « Conflict of Laws and Functionally Restricted Substantive Rules », d'utiliser très largement le recours à l'autolimitation implicite des règles, notamment pour concurrencer certaines théories américaines. Cf. Jaffey, « Essential Validity of Contracts in English Conflict of Laws » : *Int. and Comp. Law Qtrly* 1974, 1. Nous partageons à cet égard le sentiment de Kahn-Freund : « Whilst strongly tempted to agree with [De Nova's] attempt, one feels that it is perhaps too bold to be acceptable » (*op. cit.*, p. 243). V. aussi P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions en le droit international privé*, Paris, 1973, p. 79, note 2.

20. Article précisé aux *Mélanges Murray*, p. 397.

21. *Mountr Albert B.C. v. Australasian Temperance and General Mutual Assurance Society Ltd* [1938], A.C. 224.

ni en son article 1<sup>er</sup>, et refuse, au profit du droit commun du bail, de s'appliquer (même si l'ordre juridique français est compétent) en dehors de ce domaine.

Mais, en général, lorsque la loi d'application nécessaire n'a pas en l'espèce une volonté positive d'application telle qu'elle force la compétence de l'ordre juridique, elle ne refuse pas pour autant de s'appliquer. Ainsi, la règle substantielle contenue dans l'article 992 du Code civil néerlandais est applicable non seulement aux Hollandais, mais à tous individus, dès lors que l'ordre juridique néerlandais est compétent (il l'est lorsque le testament est rédigé aux Pays-Bas). Le domaine *potentiel* d'application dans l'espace de la règle est alors illimité ; seul son domaine *nécessaire* est défini par le critère spatial.

Accessoirement, on notera qu'il est donc erroné d'assimiler, comme on le fait souvent<sup>22</sup>, les lois d'application immédiate aux normes dites « autolimitées », c'est-à-dire qui refusent de s'appliquer en dehors d'un certain domaine spatial. Seules *certaines* de ces lois sont autolimitées. Et d'ailleurs, à l'inverse, beaucoup de lois sont autolimitées, qui ne sont pas des lois d'application nécessaire car, dans les cas où elles ne refusent pas de s'appliquer, elles ne prétendent pas pour autant être appliquées quelle que soit la teneur de la règle de conflit : ainsi des deux règles anglaises, citées plus haut, relatives, l'une à la responsabilité de l'armateur, l'autre à l'exhérédation de la proche famille du *de cuius*.

### b) Catégories de lois d'application immédiate ou nécessaire ; les lois de police

13. — Il ne faut pas confondre la question de la définition des lois d'application immédiate et celle des critères qui permettent de les identifier. Les critères sont en effet divers, alors que la méthode, par comparaison avec celle du conflit de lois à laquelle elle déroge, est unique. Il convient donc de tirer la définition de l'élément constant, c'est-à-dire de la méthode. Cette définition, qui résulte de ce qui vient d'être dit, est la suivante : est une loi d'application immédiate ou nécessaire, toute règle qui doit être appliquée, selon l'État qui l'a édictée, à toutes les relations juridiques présentant un lien donné avec lui, et qui rend pour cela compétent l'ordre

22. V. par exemple Francescakis, « Réponse au questionnaire de M. Lalive sur le droit public étranger » : *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 56 (1975), p. 195 ; Kahn-Freund, Cours précité, p. 241 ; Lalive, Cours précité, p. 130.

De Nova ne commentait pas la confusion : il a précisé, en 1971 (« Norme autolimitaire e autonomia delle parti » : *Rev. int.* 1971, 246), qu'il n'avait jamais envisagé les normes dont le domaine spatial serait *plus large* que celui reconnu par la règle de conflit. Autrement dit, étant donné les normes autolimitées, il n'avait pas songé à les rapprocher des lois d'application immédiate, à propos desquelles il est toujours cité !

MM. Goldman et Lagarde ont nettement opposé normes autolimitées et normes d'application immédiate lors d'une séance du Comité français de droit international privé (*Tribunaux* 1977-1979, p. 211 et 214-215). Cependant, certaines normes d'application immédiate sont en même temps autolimitées.

M. Jaquet (*Principe d'autonomie et droit applicable aux contrats internationaux*, thèse Strasbourg, 1981, multigr., p. 490) considère que les normes autolimitées peuvent être, mais ne sont pas nécessairement, des lois de police.

juridique auquel elle appartient lorsque cette compétence ne résulte pas de la règle de conflit de lois. C'est une définition purement descriptive, qui ne prétend pas identifier *pourquoi* certaines règles forcent ainsi leur application ; elle ne permet donc de les identifier qu'*à posteriori*. Par là, elle se rapproche de la formule par laquelle la Convention de Rome évoque ce qu'elle dénomme « lois de police » : des règles qui « régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ».

Cette neutralité s'explique par le fait que les motifs qui peuvent inciter un État à conférer un domaine d'application nécessaire à l'une de ses règles sont très divers.

14. — 1<sup>o</sup> Ce peut d'abord être l'idée que la règle est si excellente qu'il convient de lui assurer une application plus large que celle qui résulterait de la règle de conflit. On pourrait parler pour désigner ces règles, de lois d'application immédiate par narcissisme. Ce motif est peu scientifique et pêche gravement contre l'esprit d'internationalisme. Il inspire malheureusement parfois le législateur : ainsi, semble-t-il, dans l'article 311-15 du Code civil, à l'égard des règles, considérées comme pièces maîtresses d'une loi « de justice et de vérité », qui font produire des effets à la possession d'état. Mais il n'appartient pas à la jurisprudence de « découvrir » de telles lois d'application nécessaire ; leur qualité ne devrait donc résulter que d'une disposition expresse du législateur.

15. — 2<sup>o</sup> En second lieu, l'État peut vouloir imposer à ses nationaux des obligations particulières ou assurer une protection jugée pour eux indispensable. Entrent notamment dans cette catégorie les règles grecque et espagnole qui imposent aux nationaux de ces pays le mariage en la forme religieuse, et l'article 992 (précité) du Code civil néerlandais. Ces règles se ressentent d'une conception « politique » du conflit de lois : la nationalité n'est pas regardée ici comme l'indice d'un lien objectif entre un ordre juridique et une relation internationale, mais comme la source d'un lien de sujétion entre l'État auteur de la règle et l'individu.

La règle n'est visiblement d'application nécessaire qu'au cas où le critère de rattachement retenu par la règle bilatérale de conflit de lois n'est pas la nationalité. Il en est ainsi dans les trois exemples cités, la forme du mariage étant normalement soumise à la loi locale en Grèce et en Espagne, et la forme des testaments à la même loi aux Pays-Bas. La curieuse règle de conflit française relative à l'établissement de la filiation est susceptible de susciter également l'émergence d'une loi d'application nécessaire. La loi de la mère pourra être évincée par la loi française de la nationalité de l'enfant dans la mesure où cette loi veut assurer une protection minimale aux enfants français, par exemple la possibilité pour les enfants naturels simples d'agir en recherche de paternité. Le tribunal de grande instance de Paris<sup>23</sup> a consacré ce résultat, en le justifiant par un recours à l'exception d'ordre public qui ne conviendrait qu'à moitié<sup>24</sup>. C'est peut-être encore l'impérativité particulière de

23. Trib. gr. inst. Paris 23 avril 1979 : *Rev. crit. dr. int.* pr. 1980, 83, note Lagarde.

24. Tandis que M. Lagarde (note précitée) approuve la motivation de la décision, M<sup>me</sup> Gaudemet-Tallon, annotant une décision relative au divorce, considère qu'aucune différence ne doit être faite, quant au caractère d'ordre public de la possibilité de divorcer, selon que l'un des époux est français ou non (*Rev. crit. dr. int.* pr. 1980, 97) (contra Loussouarn et Bourel, *Précis de droit international privé*, 2<sup>e</sup> éd., 1980, n<sup>o</sup> 254).

la loi à l'égard des nationaux qui explique la jurisprudence française « d'une surprenante abondance »<sup>25</sup> qui applique aux Français dont le mariage est nul en la forme la fin de non-recevoir de l'article 196 du Code civil<sup>26</sup>.

Lorsqu'en revanche, le critère bilatéral est la nationalité du ou des intéressés, le caractère nécessaire de l'application ne peut être constaté qu'incidemment, par exemple lorsqu'il motive le refus de conférer l'exequatur à un jugement étranger qui a appliqué une autre loi ; c'est le cas en Italie — pays où l'on ne pose pas de façon générale l'exigence de compétence de la loi appliquée — à propos des jugements étrangers ayant divorcé des Italiens. Cette originalité n'est pas suffisamment marquée pour que l'on puisse parler de loi d'application immédiate ou nécessaire.

16. — 3<sup>o</sup> En troisième lieu, une règle peut être d'application nécessaire chaque fois que le critère de rattachement retenu par la règle de conflit de lois régissant la matière dans laquelle elle intervient ne permet pas d'assurer son application à des situations auxquelles, pour des raisons spécifiques liées à son contenu ou à son but, il importe qu'elle soit appliquée<sup>27</sup>.

Ces « raisons spécifiques » appellent quelques précisions d'ordre tant quantitatif que qualitatif.

Sur le premier plan, il est difficile de fixer un seuil minimum en deçà duquel les raisons d'appliquer une règle seraient jugées insuffisamment pressantes pour forcer la compétence de l'ordre juridique. D'un côté, il faut éviter que la loi normalement compétente soit écartée trop facilement au profit de la loi du for ; ce danger est fréquemment, et à juste titre, dénoncé<sup>28</sup>. De l'autre, on ne doit pas exiger que les raisons soient d'importance « vitale »<sup>29</sup> ; il suffit qu'elles soient plus fortes que les raisons d'appliquer la loi désignée par la règle de conflit. Or, ces dernières sont variables<sup>30</sup>. Sans doute, existe-t-il un facteur constant : la supériorité d'un critère de rattachement objectif et bilatéral, qui constitue une garantie idéale contre le « lex forisme ». Mais l'intensité des raisons qui conduisent à désigner telle loi étrangère plutôt qu'une autre loi dépend de facteurs divers. On

25. Bauffoi et Lagarde, *Traité*, II, 6<sup>e</sup> éd., 1976, n° 428.

26. V. les décisions citées par MM. Bauffoi et Lagarde, *Traité*, II, p. 57, note 43. *Contr. Trib. gr. inst.* Paris 30 juin 1977 : *Rev. crit. dr. int.* pr. 1978, 522, note Lequette.

27. Le cas envisagé précédemment (lois d'application nécessaire visant les nationaux) est bien distinct de celui à présent abordé. Dans le premier, l'impérativité repose sur un lien de sujétion entre l'État et l'individu, de sorte que la nationalité est non seulement le critère, mais aussi la cause, de la compétence nécessaire ; dans le second, l'impérativité repose sur une analyse du contenu de la règle d'où est ensuite déduit le critère, variable selon les cas, qui définit le domaine de la compétence nécessaire.

28. V. par exemple Loussouarn, *Cours précité*, p. 329 s. ; Loussouarn et Bourrel, *Précis*, p. 159 ; Lalive, *Cours précité*, p. 125 à 128 ; Vira, *Cours précité*, p. 124 à 126.

29. *Centre Franceseakis*, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? » : *Travaux Comité fr. dr. int.* pr. 1966-1969, p. 166 ; *Rép. Dalloz dr. int.*, V<sup>o</sup> *Conflit de lois (Principes généraux)*, n° 127 ; Bolard, *Essai sur l'application judiciaire du droit international privé*, thèse Dijon, 1968, multigr., p. 9 ; Lequette, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Paris, 1976, n° 277 à 279.

30. Pour la prise en considération de cet élément, V. Synver, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, thèse Rennes I, 1979, multigr., n° 534 s.

reconnaitra par exemple que la solution qui permet aux contractants de choisir eux-mêmes la loi qui régira leur contrat (loi d'autonomie), si elle se recommande d'avantages pratiques indéniables, ne confère pas à la loi désignée une vocation objective devant laquelle toute autre considération devrait céder. De même, on conçoit que le principe de la soumission de la forme des actes à la loi locale puisse s'effacer devant la nécessité de protéger une partie contre l'autre sans permettre à cette dernière d'échapper les formes protectrices par le choix d'un lieu adéquat. En revanche, la compétence de la loi nationale et celle de la loi du lieu de situation d'un immeuble reposent sur des considérations beaucoup plus fortes.

Sur le plan qualitatif, les raisons qui conduisent à forcer la compétence de l'ordre juridique peuvent être de nature diverse. Sans être certain de ne rien omettre, on peut identifier au moins trois sortes de raisons.

a) En premier lieu, certaines lois destinées à protéger une partie à un contrat contre l'autre doivent être appliquées selon un critère objectif, pour ne pas être trop facilement éludées par la soumission volontaire du contrat à une autre loi ; il en est ainsi notamment en matière de droit du travail et de protection du consommateur.

b) En second lieu, il est des lois dont l'application doit être uniforme sur le territoire afin de permettre à ceux qui agissent sur ce territoire de le faire en toute sécurité, sans avoir à se livrer à des recherches ou vérifications dont le système mis en place cherche précisément à les dispenser. Dans la mesure où la règle de conflit de lois désigne une autre loi (la loi nationale ou la loi d'autonomie, en particulier), le domaine territorial apparaît comme un domaine d'application nécessaire. Certaines règles du régime matrimonial primaire (relatives au pouvoir de chaque époux de passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, ou au droit de se faire ouvrir un compte bancaire sans le consentement du conjoint, par exemple) sont ainsi des lois d'application nécessaires<sup>31</sup>. Les cas présentés ordinairement comme constituant une application cumulative de la loi réelle et de la loi de la « source » du droit réel peuvent s'analyser comme des cas d'intervention de la loi réelle à titre de loi d'application nécessaire<sup>32</sup>, et de même encore la jurisprudence *Lizardi* ou les règles équivalentes qui existent à l'étranger, notamment en Italie et en Allemagne.

c) Enfin, l'observation de certaines règles importe non seulement aux particuliers qu'elles visent directement, mais à une collectivité plus large ; si les intérêts de cette collectivité ne sont pas intégralement pris en compte par la norme de conflit de lois, ils peuvent justifier qu'un domaine d'application nécessaire soit reconnu à la règle<sup>33</sup>.

31. En ce sens, Fadallah, *La famille légitime en droit international privé*, Paris 1977, n° 137 s. ; Karaquillo, *Étude de quelques manifestations des lois d'application immédiate*, Limoges 1977, n° 319 ; Chapelle, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse Paris II, 1979, multigr., n° 312 ; Droz, *Rép. Dalloz, dr. int.*, V<sup>o</sup> *Régimes matrimoniaux*, n° 212 à 219.

32. En ce sens, Karaquillo, *op. cit.*, n° 340 ; P. Mayer, *Précis de droit international privé*, 1977, n° 624 et s. ; « Les conflits de lois en matière de réserve de propriété » : *J.C.P.*, 1981, I, 3019.

33. Cpr. Chapelle, *op. cit.*, n° 297 s., qui voit dans la notion de « direction collective » le critère des lois de police.



Cette catégorie est en voie d'accroissement constant, car le législateur se préoccupe de plus en plus de l'incidence des relations privées sur le sort des collectivités, et notamment de la collectivité formée par ceux qui habitent le territoire. L'éducation d'un mineur « en danger » doit tendre à éviter qu'il ne devienne un danger pour la société ; les possibilités d'indexation doivent être limitées afin d'éviter d'aggraver l'inflation ; les contrats qui restreignent la concurrence doivent être déclarés illicites car l'état de concurrence est nécessaire au bon fonctionnement d'un système économique libéral ; les règles relatives à l'attribution préférentielle visent au maintien de structures rentables<sup>34</sup>, etc.

17. — C'est seulement en ce qui concerne la troisième catégorie (ci-dessus, 3<sup>o</sup>) que le lien entre le critère spécial et le contenu de la règle est un lien rationnel, le critère étant choisi comme convenant à la politique poursuivie par l'auteur de la règle : les pouvoirs légaux des époux, tels qu'ils résultent du régime primaire, leur seront reconnus par tous les actes qu'ils concluront avec des tiers sur le territoire, les mesures d'assistance éducative s'imposeront aux mineurs « en danger » résidant sur le territoire, les règles protectrices de la concurrence viseront tous les accords dont les effets anti-concurrentiels seraient ressentis sur le marché national, le régime de l'attribution préférentielle pourra être invoqué dès lors que l'exploitation sera implantée sur le territoire, etc.

Le terme de « loi de police » semblerait, pour cette raison, devoir être réservé à celles des lois d'application immédiate que nous avons classées dans la troisième catégorie.

Mais on peut hésiter à l'utiliser pour l'ensemble de cette catégorie, ou à la réserver plus étroitement encore à la troisième sous-catégorie de cette catégorie (c'est-à-dire aux règles visées au 3<sup>o</sup>, ci-dessus). M. Francescakis définit comme lois de police celles « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays<sup>35</sup>. » Ceci évoque la notion d'intérêt collectif caractérisant les règles de la catégorie 3<sup>o</sup>, à l'exclusion des lois de protection individuelle et peut-être des lois dont l'application doit être une forme sur le territoire.

Mais d'une part, une préoccupation d'intérêt collectif est fréquemment sous-jacente aussi bien aux lois de protection individuelle (dans le cas, notamment, des lois protectrices des salariés) qu'aux lois dont l'application doit être uniforme sur tout le territoire<sup>36</sup>. D'autre part, il est préférable de ne pas faire

34. Certes, les règles relatives à l'attribution préférentielle ne sont pas impératives, en ce sens que le bénéficiaire doit en demander l'application s'il veut échapper au partage en nature ; les considérations économiques ne l'emportent pas sur l'accord de tous les héritiers. Il n'empêche que la faculté de réclamer l'attribution préférentielle d'une entreprise exploitée en France repose sur des considérations économiques et ne saurait être refusée sous prétexte que la loi successorale est étrangère.

35. *Rép. Dalloz dr. int.*, V° *Conflit de lois (Principes généraux)*, n° 137.

36. Dans un jugement du 25 juin 1976 (*Rev. crit. dr. int.*, pr. 1977, 708, note Poisson-Drocourt ; *Chinet* 1978, 325, obs. Lequette), le tribunal de grande instance de Paris a qualifié « lois de police » les règles du régime « primaire » relatives aux pouvoirs des époux ; pour le justifier, il a déclaré, se référant à la définition donnée par M. Francescakis, que leur

entrer dans la définition même une notion aussi difficile à cerner que celle d'intérêt collectif (ou d'organisation politique, sociale ou économique). En définissant les lois de police comme des règles dont la teneur ou le but appellent leur application à des situations qui ne leur sont pas soumises par la règle de conflit, on abandonne un mode conceptuel d'identification au profit d'une approche fonctionnelle, qui semble mieux convenir à leur nature, et dont l'ordre public offre déjà un exemple bien connu<sup>37</sup>.

On n'ira pas en revanche jusqu'à identifier les lois de police aux lois d'application immédiate car ces dernières constituent un ensemble si hétérogène qu'il est nécessaire de donner un nom — et celui de lois de police convient — à la principale des catégories que l'on y a distinguées<sup>38</sup>.

### c) Qualification et domaine de compétence nécessaires des lois de police étrangères

18. — Pour déterminer si une règle de son propre ordre juridique est une loi de police, et dans l'affirmative quel est son domaine d'application nécessaire, un juge doit considérer son contenu et s'interroger sur sa finalité ; il en déduit l'existence d'un domaine d'application nécessaire, et les limites de celui-ci.

Cette méthode doit-elle être écartée lorsque les mêmes interrogations sont formulées à l'égard de règles appartenant à des ordres juridiques étrangers ? Certains l'ont soutenu et ont suggéré de faire appel à un rattachement bilatéral spécial, obtenu par bilatéralisation du critère spatial de la loi de police du for ; seul ce procédé permettrait, selon eux, d'appliquer la loi de police étrangère en tant que telle<sup>39</sup>, ou du moins permettrait de l'appliquer sans esprit particulariste<sup>40</sup>. Or, non seulement, comme on le verra, il existe d'autres méthodes, pour tenir compte des lois de police étrangères, que la désignation par une règle bilatérale de conflit de lois, mais surtout le recours à ce dernier procédé est illogique<sup>41</sup>.

observation était « nécessaire à la sauvegarde de l'organisation sociale et économique du pays ». L'affirmation est certainement excessive, mais il est exact que des préoccupations d'intérêt collectif ne sont pas absentes de ces règles.

37. V. déjà en ce sens Lequette, note à la *Rev. crit. dr. int.*, pr. 1974, 660.

38. M. Francescakis, sans tirer du lien rationnel entre le contenu (ou le but) de la règle et son critère spatial d'application la définition des lois de police, y voit cependant un élément nécessairement présent dans ces lois : « [les lois de police] reflétant l'organisation ont donc besoin d'un domaine d'application qui en assure l'efficacité » (« Quelques précisions... », *op. cit.*, p. 13).

M. Fadlallah (*op. cit.*, n° 127) insiste davantage sur l'idée : « Le propre d'une loi de police [...] est dans le lien qui unit sa teneur à son domaine dans l'espace. »

39. Toubiana. *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Paris 1972, n° 259.

40. Déby-Gérard. *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris 1973, n° 74.

41. En ce sens, Francescakis. « Quelques précisions... », précité, p. 16, note 2 ; Gadallah, *op. cit.*, p. 638 ; Gohor, *op. cit.*, p. 232 ; Lequette, *op. cit.*, n° 302 ; Fadlallah, *op. cit.*, n° 127 ; Hage-Chahine, *Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescription*, Paris, 1977,

M. Fadlallah a mis en évidence cet illogisme en trois phrases courtes et définitives : « Le propre d'une loi de police n'est pas tant son mécanisme unilatéral que le lien qui unit sa renueur à son domaine dans l'espace. C'est ce lien concret, spécifique, qui est méconnu par l'entrepris de bilatéralisation. Le raisonnement est alors conduit en termes abstraits selon une méthode *a priori*, indifférente à la solution substantielle, alors que l'élément spatial était intimement lié à la cohérence matérielle de la loi, à son efficacité<sup>42</sup> ». Tous les auteurs<sup>43</sup> qui ont critiqué la bilatéralisation ont avancé la même idée.

Concrétons-la par un exemple en supposant que dans l'ordre juridique du for existe une règle qui, pour lutter contre l'inflation, limite les possibilités d'indexation, et que cette règle soit d'application nécessaire à toutes les créances destinées à être payées sur le territoire de l'État du for. Les « néo-conflictualistes » en déduiraient par bilatéralisation une règle de conflit spéciale, aux termes de laquelle « en matière d'indexation, il faut appliquer la loi du lieu du paiement ». Or l'application de cette règle n'aurait aucune raison d'être dans bien des cas. Tout d'abord, il se pourrait que la loi applicable à la créance (loi d'autonomie, si la créance est de source contractuelle) soit plus restrictive que celle du lieu du paiement : il n'y aurait donc aucune raison de substituer celle-ci à celle-là, la lutte contre l'inflation étant plus efficacement assurée par la loi normalement applicable. Ensuite, rien ne permet de postuler que la loi du lieu de paiement limite l'indexation ; peut-être est-elle totalement permissive, le législateur ayant estimé que les effets inflationnistes de l'indexation sont négligeables ; en ce cas, elle n'est pas une loi de police, et la rendre compétente perturberait sans nécessité le jeu normal de la règle de conflit et de l'ordre juridique désigné par elle<sup>44</sup>. Ou encore,

<sup>42</sup> n° 206 et n° 257 s. ; Carnet, *Étude de la distinction entre créances et conflits de lois*, thèse Paris I, 1977, multigr., p. 418 s. ; Chapellet, *op. cit.*, n° 410 et 411 ; De Nova, article précité in *Mélanges Maury*, p. 399 et 400. — Contra Neumayer, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations » : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1958, 70 s. ; Zweigert, « Droit international privé et droit public » : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1965, 660 s. ; Rigaux, *Traité de droit international privé*, I, 1977, n° 299 s. ; Toubiana, *op. cit.*, n° 287 s. ; Déby-Gérard, *op. cit.*, n° 75 s.

<sup>43</sup> *Op. et loc. cit.*

<sup>44</sup> À l'exception de M. Franceseckis (« Quelques précisions... », précité, et réponde au questionnaire de M. Lalive : *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 56, p. 197), qui insiste quant à lui sur le défaut de convergence des intérêts étatiques.

44. Cpr. Gmülich, *op. cit.*, p. 638 : « La compétence de la loi du for étant commandée par son propre contenu, il faut supposer, pour proclamer la compétence du droit étranger, que la loi étrangère a un contenu similaire qui implique nécessairement une sphère d'application identique. » C'est également le lien entre le contenu ou la finalité de la règle et le critère de compétence de l'ordre juridique qui distingue radicalement la méthode des lois d'application immédiate de la méthode statutaire (contra Franceseckis, « Quelques précisions... », précité, p. 4-5). Certes, dans les deux méthodes, on considère en premier lieu la loi, et non le rapport juridique. Mais, sauf exception, les statutaires énoncent les règles de droit international à propos de types de statuts ou de coutumes, et non à propos d'un statut ou d'une coutume déterminés. Ce n'est donc pas le contenu de la règle qui intervient, mais sa nature (en ce sens, Gotthor, *op. cit.*, p. 234). Dès lors, la règle énoncée est bilatérale, et le mode de formulation ne traduit pas une méthode particulière. Dire que « les statuts relatifs aux immeubles sont

elle limite les possibilités d'indexation, mais seulement dans un souci de protection du débiteur contre des clauses trop favorables au créancier : ce fondement justifie son application si elle appartient à la *lex contractus*, ou peut-être encore, par assimilation avec les lois protectrices des consommateurs, si elle est la loi de la résidence habituelle du débiteur, mais non si elle est seulement la loi du lieu du paiement<sup>45</sup>. Enfin, à supposer même que la loi étrangère réglemente l'indexation en raison de ses effets inflationnistes, le critère d'application nécessaire qui convient à la politique poursuivie n'est pas nécessairement le *lieu du paiement* ; il semble, par exemple, qu'une lutte contre l'inflation *par les coûts* doit imposer le respect des limites édictées à tous les débiteurs ayant leur domicile sur le territoire de l'État légiférant, puisqu'ils repercuteront dans les produits et les services qu'ils offriront sur ce territoire le coût du crédit qui leur aura été consenti.

19. — Ainsi, même lorsqu'elle est envisagée par le juge d'un autre État, une loi de police ne peut être qualifiée telle, et son domaine d'application nécessaire n'est déterminable, que par référence à la politique suivie par son auteur. Certes, la décision finale d'appliquer ou non la loi de police étrangère dépendra, dans un second stade (*V. infra*, 2<sup>e</sup> partie), du contenu du droit international privé du for, qui pourra poser des exigences propres. Mais il existe nécessairement une phase préalable d'investigation dans l'ordre juridique auquel appartient la prétendue loi de police.

Notons que cette phase va au-delà d'une simple « caractérisation » des règles dont on admet classiquement, dans l'opération de qualification, qu'elle s'opère selon les concepts du droit étranger<sup>46</sup>. C'est en effet non seulement la caractérisation, mais l'indication du critère spatial précisant le domaine nécessaire d'application de la règle, qui sont demandées à la loi étrangère<sup>47</sup>. Cela s'explique par l'idée, exprimée dès le début de cet article, que l'application des lois de police étrangères en tant que telles ne constitue pas le symétrique de l'application des lois de police du for, mais le reflet, dans un for qui n'est pas le leur, de la nécessité d'application qui les caractérise dans leur propre for.

20. — La bilatéralisation « illicite » est celle qui consiste à utiliser le critère de la loi de police du for pour rendre applicable une loi étrangère, sans distinguer selon le contenu ou la finalité de celle-ci.

« territoriaux » ou que « les questions réelles immobilières sont soumises à la loi du lieu de situation du bien » revient exactement au même (*V. déjà Savigny, Traité de droit romain*, t. VIII, § 346, p. 6-7). D'ailleurs, les statutaires utilisent indifféremment les deux types de formulation ; ce n'est pas Savigny qui a inventé la règle de conflit « moderne » ; on n'en avait guère énoncé ni appliqué d'autres depuis le xiv<sup>e</sup> siècle (*V. R. Mayer, Précis*, n° 127 et 128).

<sup>45</sup> Cpr. Gotthor, *op. cit.*, p. 232 : « Telle loi, matériellement identique, pourra être de police dans un État et ne pas l'être dans un autre » (c'est nous qui soulignons). Dans le même sens, Giuliano, Lagarde et Van Sasse Ysselle, « Rapport concernant l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles » : *Rev. dr. int. et proc.* 1973, 200, p. 229.

<sup>46</sup> Barifol et Lagarde, *Traité*, t. 7, éd., 1981, n° 294.

<sup>47</sup> On précisera (*infra*, Deuxième partie, B) que cette investigation porte moins sur le droit international privé étranger que sur la règle substantielle étrangère.

En revanche, il n'est pas imaginable que le législateur du for estime, sur la base d'observations comparatives, qu'un contenu type ou une finalité type caractérise toujours une certaine catégorie de lois de police, et appelle un certain rattachement. La méthode, reposant sur une présomption, présente l'inconvénient de l'absence de finesse, mais l'avantage de la simplicité. Elle permet par ailleurs de présenter sous une forme presque classique le recours à la méthode des lois de police, sans susciter donc les résistances qui se manifestent encore à l'égard de celle-ci.

Il faut reconnaître en effet qu'une règle telle que celle énoncée par l'article 5 de la Convention de Rome ressemble presque à s'y méprendre à une règle de conflit bilatérale classique : « Nonobstant les dispositions de l'article 3, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle si... » (suit l'indication de trois conditions alternatives). Mais si la règle est bien bilatérale, elle n'est pas pour autant une règle de conflit de lois classique. En effet, la loi du pays de la résidence n'est rendue applicable que si elle a pour objet de protéger le consommateur ; cette dépendance de l'applicabilité par rapport au contenu est inexistante dans la méthode du conflit de lois. En tant que le texte concerne la loi du for, il signifie que les règles protectrices des consommateurs contenues dans cette loi s'appliquent nécessairement à ceux qui résident sur le territoire : ce sont des lois de police (sur l'analyse du texte en tant qu'il concerne les lois étrangères, V. *infra* n° 44 et note 122).

La même analyse peut être faite de l'article 6, paragraphe 1 de la convention, relatif au contrat de travail ; ce texte assure aux travailleurs la protection minimale qui résulte des dispositions impératives de la loi du lieu d'exécution du travail (sous réserve de deux autres variantes), quel que soit le contenu de la loi d'autonomie.

### B. — Lois de police et autres méthodes non bilatéralistes

21. — Le caractère récent de l'intérêt accordé à la méthode des lois de police n'a pas permis de la distinguer toujours d'autres méthodes, qui ont en commun avec elle de ne pas être bilatéralistes. Ces méthodes sont relativement nombreuses. Mais d'une part, certaines n'ont pas été « isolées » (au sens où on le dit d'un microbe) ; d'autre part, une vieille connaissance, l'unilatéralisme, a prétendu s'annexer sa récente rivale.

Les lois de police ont un domaine nécessaire d'application lié à leur contenu ; par là elles se distinguent des règles de conflit unilatérales (2). Elles forcent la compétence de l'ordre juridique auquel elles appartiennent, ce qui les distingue des lois de droit public (3). Enfin, ce sont des règles, et non des décisions (4).

48. En revanche, la qualification de loi de police n'est pas nécessairement exclusive de celle de « règle matérielle de droit international privé ». Une règle de police, telle que nous l'avons définie, peut être en même temps propre aux relations internationales.

### a) Lois de police et règles de conflit unilatérales

22. — Une tentative a été faite, il y a juste dix ans, par M. Gohor, pour ranger les lois de police sous la bannière de l'unilatéralisme<sup>49</sup>. On sait que M. Gohor distingue l'unilatéralisme général, illustré notamment par Schnell, Niedner, Niboyer, et selon une tendance plus moderne par Quadri et par lui-même, et l'unilatéralisme partiel, dont les lois de police seraient la principale illustration. L'unilatéralisme général est un système qui *nie la légitimité* des règles de conflit bilatérales. L'unilatéralisme partiel, au contraire, *coexiste* avec de telles règles de conflit, auxquelles il apporte seulement des exceptions ponctuelles.

Il n'est pas certain que le rapprochement de l'unilatéralisme et des lois de police ait profité à ces dernières dans l'esprit des auteurs et surtout des magistrats. En appeler à une théorie dénuée de toute positivité et très minoritaire en doctrine, pour expliquer un phénomène qui heurte déjà les esprits est davantage susceptible de freiner que d'accélérer sa reconnaissance<sup>50</sup>.

L'expression même d'unilatéralisme partiel est d'ailleurs ambiguë. L'unilatéralisme, en tant que théorie critique du bilatéralisme, ne peut être que général. Ce que l'on peut entendre par unilatéralisme partiel est donc plus exactement une application partielle de l'unilatéralisme<sup>51</sup>. Mais il y a deux façons de la concevoir ; toutes deux sont apparues en législation, ce qui permet, en raisonnant sur des exemples, de constater d'une part, qu'elles sont très différentes l'une de l'autre, et d'autre part, que ni l'une ni l'autre ne se confond avec les lois de police.

#### 1° Unilatéralisme partiel « vrai » et lois de police

— L'unilatéralisme partiel « vrai » est une application, dans un domaine particulier, de la méthode unilatéraliste, consistant essentiellement en un refus de faire jouer à un critère de rattachement quelconque du for le rôle de désignation d'une loi étrangère. L'article 310 du Code civil français, en matière de divorce, en constitue certainement un exemple : *a contrario* du dernier alinéa, on doit considérer que la loi étrangère applicable est celle qui « se reconnaît compétence ». Le caractère partiel ne tient donc ici qu'au fait, sans portée théorique profonde, que le domaine de la méthode est restreint.

Il n'est guère contestable que l'article 310 du Code civil ne fait pas, des règles sur le divorce, des lois de police. Comme toutes les lois d'application immédiate, les lois de police ont pour caractéristique de forcer la compétence de l'ordre juridique auquel elles appartiennent, en empiétant sur la compétence normale de l'ordre juridique étranger désigné par la règle de conflit de lois. Or l'article 310 ne

49. *Op. cit. supra*, note 11.

50. M. Francescakis a d'ailleurs précisé qu'il « prenait ses distances » par rapport à l'unilatéralisme (« Quelques précisions... », précité, p. 16) et l'a rejeté comme « explication impropre » de la déclaration d'application immédiate du droit du for (*La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris 1958, p. 14-15).

51. V. d'ailleurs l'intitulé de la seconde partie de l'article précité de M. Gohor : « Les applications limitées du système unilatéraliste ».

force pas la compétence de l'ordre juridique du for, il précise son domaine normal — quoique généreusement délimité — de compétence. Il ne réalise aucun empiètement sur la compétence de l'ordre juridique étranger, mais se contente d'offrir à celui-ci, sans d'ailleurs la lui imposer, toute la compétence qu'il ne revendique pas pour la loi française. Enfin et surtout, aucun lien n'est établi entre la compétence des lois sur le divorce et leur contenu ; c'est la *matière* du divorce qui est visée par l'article 310, et non telle ou telle règle figurant dans la loi française et dont la teneur appellerait un traitement particulier<sup>52</sup>.

Si les règles véritablement unilatérales ne sont pas des lois de police, inversement, les lois de police ne sont pas des applications de l'*unilatéralisme*, puisqu'elles coexistent, dans le même domaine, avec des règles de conflit bilatérales qui donnent compétence aux lois étrangères<sup>53</sup>. Ceci n'exclut pas une certaine *unilatéralité*, qui réside dans le double fait que le critère d'application des lois de police n'a pas de prétention à désigner une loi étrangère, et que, selon une certaine version de la méthode des lois de police, l'on tient compte de la volonté d'application des lois de police étrangères (V. *infra*, n° 44 à 47). Cependant, cette unilatéralité même n'est pas fondamentale. Nous considérons comme relevant de la méthode des lois de police, parce que prenant en compte le contenu et la finalité des règles substantielles, l'article 5 de la Convention de Rome (précité n° 20) bien qu'il utilise un critère de rattachement de façon bilatérale.

## 2° Unilatéralisme partiel apparent et lois de police

24. — Il existe dans de nombreuses législations des règles de conflit unilatérales qui attribuent au seul ordre juridique du for une compétence exorbitante. L'exemple classique en France est celui de la loi du 18 juin 1966 sur l'affrètement et le transport maritime, dont le titre relatif au contrat de transport est déclaré applicable aux transports effectués au départ ou à destination d'un port français ; cette disposition a son équivalent dans plusieurs législations. M. Gothot a également cité l'article 2 de la loi belge du 27 juin 1960 qui soumet à la loi belge l'admissibilité du divorce dès lors que l'un des époux est belge.

Ces règles de conflit unilatérales ne constituent pas des applications, même limitées, de la doctrine de l'unilatéralisme. En effet, elles ne procèdent nullement du souci internationaliste de respecter les limites que les souverainetés étrangères s'assignent à elles-mêmes : la compétence de la loi étrangère est au contraire déterminée par la règle de conflit bilatérale du for qui complète la règle unilatérale. L'idée est plutôt nationaliste : assurer à la loi du for une compétence plus large qu'aux lois étrangères. C'est d'ailleurs là la seule originalité, sur le plan de la méthode, des règles de conflit unilatérales par rapport aux règles bilatérales<sup>54</sup>.

52. Cpr. Francescakis, *Rég. Dilloe dr. int.*, V° *Conflit de lois (Principes généraux)*, n° 173 : « Alors que [la] méthode [des lois de police] rentre au départ une loi pour lui attribuer un domaine, la règle de conflit unilatérale retient une question juridique pour désigner la loi qui lui est applicable. »

53. En ce sens, Vira, *Cours précité*, p. 159.

54. M. Chapellet (*op. cit.*, n° 52) considère au contraire que les règles unilatérales ne sont pas vraiment des règles de conflit.

Proches parents des règles de conflit bilatérales, les règles de conflit unilatérales sont en revanche très différentes des lois de police. La quasi-unanimité de la doctrine les confond pourtant, ou les assimile les unes aux autres<sup>55</sup>. Or, les lois de police ne soustraient pas à l'ordre juridique étranger une partie de la *matière* qui lui est attribuée par la règle de conflit bilatérale ; elles se substituent ponctuellement, en fonction de leur contenu, aux *règles* correspondantes de cet ordre. La différence, qui a déjà été signalée par M. Fadlallah<sup>56</sup>, peut paraître ténue, mais emporte des conséquences pratiques importantes.

En premier lieu, lorsqu'un ordre juridique est rendu compétent, dans une matière donnée, par une règle de conflit unilatérale, les règles substantielles se rapportant par leur objet à cette matière doivent être appliquées quel que soit leur contenu comparé à celui de la règle étrangère correspondante. Au contraire, une loi de police ne doit être appliquée que dans la mesure posulée par son contenu. Par exemple, la loi de police qui énonce le taux maximum des intérêts dans le contrat de prêt s'appliquera à tout contrat de prêt dominant lieu à une mise des fonds à la disposition de l'emprunteur sur le territoire<sup>57</sup>, même si le contrat est soumis à une autre loi qui admet un taux *supérieur* ; mais si la *lex contractus* limite plus strictement le taux, c'est elle qui doit être appliquée, et l'on ne tiendra pas compte de la règle qualifiée loi de police, qui ici validerait le contrat<sup>58</sup>. De même, une règle protectrice des consommateurs ou des salariés n'évincera la loi d'autonomie que dans la mesure où elle assure une protection supérieure à celle réalisée par cette dernière. Autrement dit une règle n'est ordinairement une loi de police que dans la mesure de ce qu'elle impose expressément et non dans la mesure de ce qu'elle admet *à contrario*<sup>59</sup>. C'est une différence fondamentale avec les règles de conflit unilatérales.

55. V. par ex. Gothot *op. cit.*, p. 217, note 1 ; Touhiana, *op. cit.*, n° 253 et n° 290 ; Deby-Grand, *op. cit.*, p. 48, note 8, et n° 81 ; Batifol et Lagarde, *Traité*, n° 251, note 2 ; Loussouarn et Bourel, *Précis*, n° 127 ; Loussouarn, *Cours précité*, p. 333 ; Vira, *Cours précité*, p. 120 ; Bucher, *Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im I P R (aus kontinentalrechtlicher Sicht)*, Bâle-Stuttgart, 1975, p. 89 s. ; I. Schwander, « Lois d'application immédiate. Sonderanknüpfung, I P R Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im I P R », *Études suisses de droit international*, t. 1, Zürich, 1975, p. 186 s.

56. Chapellet (*op. cit.*, n° 53) déclare que les lois de police « s'apparentent » au modèle unilatéral.

57. *Op. cit.*, n° 133.

Kahn-Freund (*Cours précité*, p. 239) oppose nettement règles de conflit unilatérales et règles auto-limitées (qu'il assimile aux lois d'application immédiate).

M. Kegel (« Die Selbstgerechte Sachnorm », in *Mit. Ehrenzeitung*, 1976, p. 51 à 87) considère au contraire la « norme matérielle auto-limitée » comme une sous-catégorie de la règle unilatérale de rattachement ; elle serait caractérisée par le fait que l'élément de rattachement se limite à une règle matérielle unique (cpr. Lalive, *op. cit.*, p. 133).

Comme nous allons le voir, la différence n'est pas purement quantitative ; elle est qualitative. Et ce n'est pas l'unicité, mais le caractère *déterminé* du nombre des normes rendues applicables, qui permet d'opposer les lois de police aux règles de conflit unilatérales.

58. En ce sens, Stoufflet, *op. cit.*, p. 102.

59. Ordinairement, car il peut arriver exceptionnellement qu'une règle impérative et la règle permissive complémentaires soient toutes deux des lois de police ; ainsi dans le cas d'une

En second lieu, si une règle de conflit unilatérale a été adoptée dans une matière quelconque — par exemple, le transport maritime — par un État donné, la modification législative d'une ou plusieurs règles substantielles de cet État restera sans influence sur la compétence de l'ordre juridique : les mêmes questions seront soumises à la même compétence. En revanche, une loi de police ne peut pas être modifiée sans que l'on se demande si le nouveau contenu qui lui est donné justifie toujours qu'elle ait un domaine d'application nécessaire.

En troisième lieu, une règle de conflit unilatérale rend toujours applicable un nombre indéterminé de règles d'un ordre juridique. Si limitée en effet que soit le domaine qu'elle vise, le nombre de questions de droit que l'on est susceptible de poser dans ce domaine est indéterminé ; or, quelle que soit la question, c'est une règle substantielle (éventuellement implicite) de l'ordre juridique désigné qui s'appliquera. À l'inverse, chaque règle de police commande elle-même son application nécessaire. Même si une disposition unique attribue un domaine commun à plusieurs lois de police, il ne faut voir là qu'un procédé législatif commode, mais qui suppose qu'a été préalablement constatée, séparément pour chaque règle, la nécessité d'application liée à son contenu ; on est donc en présence d'un nombre limité de lois de police.

Enfin, comme on le verra, s'il est souvent opportun de tenir compte des lois de police étrangères, il n'y a jamais aucune raison de prendre en considération une règle de conflit unilatérale étrangère.

25. — Le procédé consistant à consacrer une disposition unique à un ensemble de règles pour en préciser le domaine commun d'application nécessaire peut être difficile à distinguer d'une règle de conflit unilatérale. À cet égard, il est intéressant de comparer le paragraphe 12 de la loi allemande du 9 décembre 1976 sur les conditions générales d'affaires<sup>60</sup> et l'article 16 de la loi française du 18 juin 1966 sur l'affrètement et le transport maritime. Le premier est ainsi conçu : « Lorsqu'un contrat est soumis à un droit étranger ou au droit de la R.D.A., il doit cependant être tenu compte des prescriptions de la présente loi si... » (suit l'indication des points de contact nécessaires avec le territoire allemand). Et le second : « Le présent titre [relatif au contrat de transport] est applicable aux transports effectués au départ ou à destination d'un port français. » Dans chaque cas, il faut se demander si l'ensemble du régime des contrats visés par la loi est soumis aux dispositions de l'ordre juridique auquel elle appartient, ou si seules les dispositions figurant dans l'instrument législatif sont rendues applicables. La réponse est différente selon qu'il s'agit de la loi allemande ou de la loi française. La première, qui concerne tous les contrats pouvant lier professionnels et consommateurs, contient seulement une série de dispositions destinées à protéger ceux-ci contre ceux-là, notamment une énumération de clauses illicites. Il faut en conclure que la loi allemande est un ensemble de lois de police dérogeant éventuellement à la compétence de la *lex contractus*, celle-ci étant maintenue en principe pour ce qui concerne les conditions de validité et les effets des contrats ; et si la loi

d'autonomie pose une exigence en vue de la protection du consommateur, elle doit être respectée même si la loi allemande ne l'a pas prévue. La loi française du 18 juin 1966 contient en revanche une réglementation complète du contrat de transport ; il est raisonnable de penser que c'est tout le régime du contrat qui est soustrait, par une règle de conflit unilatérale, à la loi d'autonomie lorsque le port de départ ou de destination est français ; lorsque cette condition est remplie, on doit donc appliquer non seulement les dispositions de la loi de 1966 qui protègent le chargeur ou le destinataire<sup>61</sup>, mais encore les dispositions de la loi qui seraient en l'espèce moins protectrices que celles de la loi d'autonomie<sup>62</sup>, et aussi les dispositions françaises relatives au régime général des contrats et non comprises formellement dans la loi de 1966.

### b) Lois de police et règles de droit public

26. — De nombreux auteurs rapprochent les règles de droit public des lois de police. Dans sa réponse au questionnaire établi par M. Lalive dans le cadre des travaux de l'Institut de droit international sur l'application du droit public étranger, M. Francescakis écrit que le terme de « lois de police » pourrait être retenu « soit en tant que coextensif de droit public, soit comme désignant un secteur particulier, la "zone grise"... du droit étranger » (c'est-à-dire la zone « où le public et le privé se combinent dans des constructions instables et, d'un État à l'autre, dissemblables »)<sup>63</sup>. M. Lalive a retenu cette proposition, en assimilant « au moins provisoirement » les deux notions de lois de police et de lois de droit public<sup>64</sup>. Selon M. Géraud de la Pradelle, le terme de loi d'application immédiate englobe les lois de droit public<sup>65</sup>. M. Mezger<sup>66</sup> et M. Sperduti<sup>67</sup> voient également dans les lois de droit public une variété de lois d'application nécessaire.

Cependant, il n'y a pas unanimité. Pour M. Gortoh, les lois de droit public se distinguent des lois de police en ce que leur application est liée à la compétence judiciaire<sup>68</sup> — affirmation fortement remise en cause aujourd'hui, il est vrai<sup>69</sup>. Pour M. Lequette<sup>70</sup>, l'accueil des lois de police étrangères dans un for donné est

61. Selon un avis autorisé (Rodière, *Traité général de droit maritime*, II, n° 793), la raison d'être du rattachement unilatéral alternatif est le désir de faire bénéficier les entreprises françaises, chargées de destinations, des dispositions substantielles particulièrement protectrices contenues dans la loi.

62. En ce sens, Rodière, *op. cit.*, n° 795 ; Hage-Chahine, « La réglementation de la prescription en matière de transport maritime de marchandises » : *Chunet* 1972, 17, p. 32.

63. *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 56, p. 196. V. aussi « Quelques précisions... », précité, p. 15.

64. *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 56, p. 242. V. aussi « Le droit public étranger et le droit international privé » : *Trav. comité fr. dr. int. pr.* 1973-1975, 215, p. 216.

65. Note au *Chunet* 1970, 934.

66. Note à la *Reu. crit. dr. int. pr.* 1977, 83.

67. « Droit international privé et droit public étranger » : *Chunet* 1977, 5, p. 9.

68. *Op. cit.*, p. 222 à 227.

69. V. les travaux précités de l'Institut de droit international.

70. *Op. cit.*, p. 217, note 5.



radicalement différent de celui réservé aux lois étrangères de droit public, ce qui conduit à distinguer les deux catégories. M. Karaquillo<sup>71</sup>, tout en estimant que les lois de police subissent l'empire du droit public, se refuse à les identifier à elles. M. Jacques Foyer<sup>72</sup> a montré que les lois relatives à l'assistance éducative, lois de police selon lui, « appartiennent, malgré leur nature hybride, au domaine du droit civil ».

27. — Il est certain que si l'on définit, comme le fait M. Francescakis, les lois de police comme celles « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays », les lois de droit public entrent au premier chef dans cette catégorie. Mais si l'on met au premier plan la méthode à laquelle elles sont soumises, lois de police et lois de droit public doivent être nettement distinguées.

Les lois de police, qui sont en conflit avec les lois des autres pays, et notamment avec la loi désignée par la règle de conflit, forcent la compétence de l'ordre juridique auquel elles appartiennent pour un motif propre lié à leur contenu. Nous avons montré ailleurs<sup>73</sup> que les lois de droit public ne posent quant à elles aucun problème de conflit de lois, la répartition des compétences étant opérée entre les États par le droit international public, indépendamment d'ailleurs du contenu des règles des divers pays. Sans vouloir reprendre ici cette démonstration, on illustrera le mécanisme à l'aide de quelques exemples.

Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention de La Haye du 12 avril 1930, qui exprime le droit coutumier, « il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux ». Cette répartition des compétences s'opère selon un critère matériel, c'est-à-dire en fonction de l'objet à réglementer : la matière de la nationalité française est soumise à la loi française, la matière de la nationalité allemande est soumise à la loi allemande, etc. On ne peut donc parler de conflit de lois, puisque les lois des divers États n'ont pas le même objet (à telle enseigne qu'un individu donné peut posséder cumulativement deux ou plusieurs nationalités).

Lorsque la question se pose de savoir si un individu possède la nationalité d'un pays donné, seule la loi de ce pays — déjà identifiée dans l'énoncé même de la question — peut être appliquée, parce qu'elle est la seule qui ait pu être compétemment édictée.

La compétence attribuée à chaque État à l'égard de sa propre nationalité, étant exclusive, est spatialement illimitée. Si des critères spatiaux interviennent parfois, c'est pour limiter, non la compétence de l'ordre juridique, mais le domaine d'application d'une règle particulière de cet ordre. Par exemple, lorsque l'article 21, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de la nationalité attribue la nationalité française à l'enfant né en France de parents inconnus, il dénie en même temps cette nationalité aux

enfants nés hors de France de parents inconnus ; tout le domaine spatial — en France et hors de France — est donc couvert par la législation française.

L'absence de conflit de lois ne signifie pas qu'un tribunal ne puisse appliquer une loi étrangère relative à la nationalité : il suffit au contraire que lui soit posée, à titre incident, la question de savoir si un individu possède une nationalité étrangère déterminée pour qu'il doive appliquer le droit étranger de la nationalité.

28. — Dans l'exemple du droit de la nationalité, l'État est impliqué en tant que *sujet* de la relation à apprécier : la nationalité est un lien entre un individu et un État. La même position de sujet caractérise l'État dans le domaine du droit fiscal et partiellement dans celui du droit administratif.

En d'autres matières ressortissant au droit public, l'État est impliqué parce qu'il y va de sa *structure*, ou si l'on préfère de son *organisation* au sens étymologique du terme : l'institution des organes, avec la précision de leur compétence et des modalités de leur fonctionnement. Tel est l'objet du droit constitutionnel, partiellement celui du droit administratif, du droit de la procédure civile et pénale, etc. Là encore le conflit de lois est exclu, car chaque État a compétence exclusive, au regard du droit international public, pour s'« autoorganiser »<sup>74</sup>. La question de droit substantiel à résoudre comporte la mention de l'État impliqué, et c'est la loi de cet État seul qui est susceptible d'être appliquée. La question de savoir quelles sont les compétences respectives du Parlement et du Gouvernement français ne peut être résolue que par les règles contenues dans la Constitution française ; de même, les règles de compétence (interne ou internationale) et de procédure à suivre par un tribunal français sont celles prévues par la loi française.

Il ne s'agit donc pas de lois de police, dont le mécanisme d'intervention est différent. Pourtant ces lois sont précisément définies par M. Francescakis par référence à la notion d'organisation. Nous dirions volontiers, avec M. Jacques, que « les lois de police sont organisatrices de la société dont l'État a la charge, alors que les lois de structure sont organisatrices de l'État lui-même, relativement à son « autoorganisation »<sup>75</sup>.

29. — La matière du droit de séjour des étrangers relève d'un type de raisonnement analogue à celui que nous venons de tenir. Ici, l'implication de l'État tient au fait qu'il s'agit de la pénétration de personnes sur son territoire. Quel autre État que la France peut décider de permettre, d'interdire, de réglementer ou de soumettre à autorisation l'entrée d'étrangers sur le territoire français ?

La difficulté tient ici au fait que la compétence peut paraître attribuée par un critère spatial, puisque l'on se réfère au territoire. Mais cet élément spatial joue en fait le rôle d'un critère matériel. Il définit un objet de réglementation : l'entrée des

71. *Op. cit.*, n° 511 à 515.

72. « Les mesures d'assistance éducative en droit international privé », *Reu. crit. dr. int. pr.* 1965, 39, n° 10 s.

73. « Droit international privé et droit international public... », précité, p. 349 à 388. V. dans le même sens Lequerre, *op. cit.*, n° 291 à 296.

74. Cpr. Francescakis, « Quelques précisions... », précité, p. 13 : « Chaque fois que l'organisation de l'État est en cause, l'application des lois étrangères peut paraître difficile ou incohérente ou impossible parce que le propre de l'organisation est de ne pas souffrir l'intrusion d'éléments hétérogènes. »

75. *Op. cit.*, p. 450. M. Francescakis précise au contraire expressément qu'il inclut dans les lois de police les deux types d'organisation (*Rép. Dalloz dr. int.*, v° *Conflit de lois principes généraux*), n° 126 et 127).

étrangers sur le territoire français, distinct d'autres objets de réglementation : l'entrée des étrangers sur le territoire suisse, espagnol, américain, etc. Lorsqu'au contraire un critère spatial intervient dans le domaine du droit privé, il ne définit pas l'objet à réglementer, mais sert à rattacher un objet unique, auquel il est extérieur, à l'une des diverses lois qui ont cumulativement vocation à réglementer : le facteur « nationalité de la mère » ne définit pas la matière « filiation », objet de réglementation unique, non localisé, sur lequel tous les États ont légiféré ; il sert seulement à sélectionner l'un de ces États, dont la loi devra être appliquée. La différence n'est pas purement théorique ; elle a des conséquences pratiques. Nous citerons la suivante, qui nous paraît éclairante : lorsqu'une loi étrangère de droit privé, désignée par un critère spatial, est pour une raison ou une autre inapplicable, on peut lui substituer la loi du for, grâce à sa vocation universelle ; en revanche, si le juge français, supposé compétent, ne peut ou ne veut appliquer la loi d'un pays étranger au problème de l'entrée d'étrangers sur le territoire de ce pays<sup>76</sup>, il ne peut lui substituer la loi française : elle est muette sur la question, et ne peut que l'être sous peine d'empiéter sur une compétence exclusive, au regard du droit international public, de l'État étranger.

Le même raisonnement s'applique au problème du contrôle des changes, pourtant presque toujours cité à propos des lois de police : il suffit de remplacer les mots « entrée des étrangers sur le territoire » par les mots « sortie de devises du territoire ». Nous ne retiendrons donc pas l'exemple du contrôle des changes, ni celui, analogue, de la législation douanière, dans la suite de cet article<sup>77</sup>.

Une dernière branche du droit public sera enfin passée sous silence : celle que nous avons proposé d'appeler *l'action étatique*, et qui comprend essentiellement le droit pénal. Ici encore le conflit de lois est absent, mais de surcroît le juge, ou plus généralement l'organe chargé de l'action étatique, applique toujours sa propre loi (sauf le phénomène de la prise en considération, sur lequel, V. *infra* n° 34 et 35), de sorte que la ressemblance avec les lois de police est plus faible.

### c) Lois de police et décisions législatives

30. — Une loi de police est une *règle* ; elle entre en concurrence, à propos d'une question de droit donnée, avec les règles homologues (de police ou non) des autres États. L'appliquer, pour un tribunal, signifie que le conflit de lois a été résolu en sa faveur, soit parce que la règle ordinaire de conflit lui donne compétence, soit parce qu'elle force elle-même sa compétence.

Il arrive qu'un État, pour instaurer un état de droit qu'il estime souhaitable mais qui ne résulte pas de ses règles, déroge à celles-ci par une *décision* législative. La décision s'oppose à la règle par son aspect de commandement catégorique, qui contraste avec la structure hypothétique des règles<sup>78</sup> ; si elle déroge à celles-ci, elle

ne les modifie pas, n'étant pas de la même nature qu'elles. Un exemple pratiquement important est celui des nationalisations. Ce ne sont pas des règles, car elles ne se contentent pas de prévoir que la réalisation d'une hypothèse donnée entraînerait un effet juridique : le transfert de propriété. Elles imposent directement cet effet. Elles ne modifient pas pour autant les règles relatives aux modes de transfert de la propriété : tout leur effet est réalisé instantanément, et le contenu de l'ordre juridique reste inchangé, seuls certains résultats concrets ayant été atteints.

À la différence des règles, les décisions des divers pays n'entrent qu'exceptionnellement en conflit, pour la simple raison qu'un seul État a édicté une décision sur un objet donné (par exemple : la nationalisation d'une entreprise donnée). Elles sont donc réfractaires par nature à la méthode du conflit de lois.

31. — La ressemblance des décisions avec les lois de police est indéniable quant à la façon dont leur domaine nécessaire d'application dans l'espace est déterminé par l'ordre juridique auquel elles appartiennent. En effet, lorsqu'il n'est pas expressément précisé par le législateur, il doit être déduit du contenu et de la finalité de la loi. Par exemple, lorsqu'une loi accorde un moratoire (qui est une décision) aux locataires d'immeubles à usage d'habitation pour le paiement de leurs loyers, il faut se demander à quels locataires s'adresse cette décision ; si elle a été prise en raison de circonstances économiques particulières, ou de l'existence d'un état de belligérance, il est raisonnable de penser que les locataires visés sont tous ceux qui habitent le territoire. Peu importe en tout cas la loi applicable au contrat de bail<sup>79</sup>.

Il existe cependant des différences importantes entre les deux types de lois. En premier lieu, aucun problème de compétence ne se pose ordinairement lorsqu'une décision est invoquée devant les tribunaux de l'État qui en est l'auteur : la décision n'entraîne en concurrence avec aucune norme étrangère, il suffit de l'appliquer à toutes les situations qu'elle vise ; ce faisant, on ne tranche pas un conflit entre ordres juridiques. Au contraire, lorsqu'une loi de police est invoquée devant le juge de l'État qui en est l'auteur, un conflit de lois doit être résolu. L'expression de loi d'application *immédiate* (qui englobe les lois de police) est à cet égard trompeuse<sup>80</sup>. Peut-être le juge n'a-t-il pas le sentiment, lorsqu'il procède à l'application de sa loi de police, de résoudre un conflit de lois ; mais le conflit n'en existe pas moins, chacun des ordres juridiques en présence comportant une règle (de police ou non) susceptible de trancher la question. Appliquer la loi de police du for suppose que l'on a choisi l'ordre juridique du for par préférence aux ordres juridiques étrangers. L'instrument de ce choix est une règle de conflit non bilatérale, soit expresse — comme dans le cas de l'article 311-15 du Code civil français —, soit implicite, qui « double » en quelque sorte la règle substantielle et donne à l'ordre juridique du for la compétence nécessaire pour que la règle puisse être appliquée.

En second lieu, au domaine d'application nécessaire de la décision, défini par le législateur ou déduit de sa finalité, ne peut s'ajouter contrairement à ce que l'on

76. La question pourrait être soulevée à titre préalable à la résolution d'un problème de droit privé.

77. V. P. Mayer, note sous *Reims* 25 oct. 1976 : *Chinet* 1978, 99.

78. V. P. Mayer, « La distinction entre règles et décisions... », précité, n° 48 à 78.

79. V. P. Mayer, *op. cit.*, n° 284 à 286.

80. M. Francescakis, la reconnu lui-même : « Nos lois sont soumises, bel et bien, à des règles de conflit » (« Quelques précisions... », précité, p. 9).

observe pour les lois d'application nécessaire<sup>81</sup>, aucun domaine d'application simplement possible. La décision vise certaines situations, auxquelles elle doit nécessairement être appliquée, indépendamment de toute règle de conflit ; aux autres situations elle *ne peut pas* être appliquée, même si la règle de conflit désigne l'ordre juridique du pays qui l'a édictée. Par exemple, la décision prise par un État de revaloriser toutes les créances libellées en monnaie nationale et stipulées payables sur son territoire doit être effectivement appliquée, au moins par les tribunaux de cet État, à toutes les créances présentant ces caractéristiques, quelle que soit la loi qui s'applique à elles ; inversement, elle ne saurait concerner des créances libellées dans une autre monnaie, ou payables à l'étranger, même si elles sont soumises à la loi de l'État, auteur de la décision.

## II. — L'APPLICATION PAR LE JUGE DE LA LOI DE POLICE ÉTRANGÈRE

32. — Le juge, saisi d'un litige, qui constate qu'une loi de police étrangère « veut » y être appliquée, doit-il en tenir compte ?

La situation est très différente de celle où la loi de police invoquée est celle du for ; dans ce cas, en effet, le juge est tout simplement obligé de s'incliner devant la volonté du législateur. Or il n'est pas, à l'inverse, tenu d'obéir au législateur étranger. Il ne donnera donc effet à la loi de police étrangère que si son propre législateur le lui permet ou le lui ordonne.

Finalement, la question à résoudre est la suivante : est-il opportun que l'ordre ou la permission soit donné ? Des obstacles pourraient tenir à la nature même des lois de police, et s'opposer à leur application, indépendamment du procédé par lequel elles seraient désignées (A). À les supposer surmontés, d'autres réticences sont susceptibles de se manifester lorsque l'on envisage de rendre applicable une loi de police étrangère qui « se veut » applicable alors qu'elle n'est pas désignée par la règle de conflit de lois du for (B). Enfin, lorsqu'on contracte la règle de conflit du for désigne l'ordre juridique auquel appartient la loi de police étrangère, c'est le refus d'application par cette loi qui soulève parfois un problème (C).

### A. — L'applicabilité de principe des lois de police étrangères

33. — Rien dans la nature des lois de police n'empêche le juge d'un autre pays de les appliquer, comme n'importe quelle règle de droit privé (b). Seule peut jouer l'exception d'ordre public, qui revêt il est vrai certains traits particuliers (c).

C'est bien d'application et non de simple prise en considération que nous parlons, quoique certains auteurs estiment que seule la seconde est concevable<sup>82</sup>

ou admissible<sup>83</sup>. Il conviendra donc dans un premier temps d'opposer ces deux modes de mise en œuvre des règles (d).

#### a) Application et prise en considération

34. — Le projet de loi fédérale suisse sur le droit international privé dispose que les lois de police étrangères « peuvent être appliquées ou prises en considération ». La Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, comme celle de La Haye sur les contrats d'intermédiaires, prévoient en termes vagues qu'il peut « être donné effet » à ces lois, ce qui comprend certainement à la fois les deux modalités.

Les emplois de l'expression « prise en considération » sont malheureusement très divers selon les auteurs<sup>84</sup>. On dira ici qu'une loi, plus généralement une norme, étrangère est prise en considération lorsqu'elle entre dans le présupposé de la règle substantielle applicable<sup>85</sup>. Les exemples les plus fréquents se rencontrent en droit public. Par exemple, aux termes de l'article 689 du Code français de procédure pénale, « tout citoyen qui, en dehors du territoire de la République, s'est rendu coupable d'un fait qualifié délit par la loi française peut être poursuivi et jugé par les juridictions françaises, si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis ». Ce texte ne conduit pas à appliquer la loi pénale étrangère, c'est-à-dire à prononcer la peine qu'elle prévoit dans son effet juridique après avoir vérifié que le comportement de l'individu s'inscrit bien dans son présupposé. C'est la loi pénale française qui s'appliquera, tant pour définir l'infraction que pour déterminer la peine encourue ; simplement dans le cadre de cette application, il est prescrit au juge de consulter la loi étrangère, seule une réponse positive de cette loi à la question du caractère punissable de l'acte commis permettant à l'effet juridique de la loi française de se déclencher.

Dans un sens tout à fait strict, il ne faut parler de prise en considération que si la règle substantielle ordonne expressément, comme dans l'exemple précédent, la consultation de la loi étrangère. Mais alors on constate qu'il n'existe, en droit français du moins, aucune règle faisant référence à une loi de police étrangère.

Dans un sens plus large, on peut encore parler de prise en considération lorsque la règle substantielle vise dans son présupposé un événement qu'elle définit de façon générale, et qu'une loi étrangère se trouve constituer l'événement en question. Par exemple, l'article 1302 du Code civil vise la force majeure, cause d'extinction de l'obligation de livrer la chose due, et une loi de police étrangère vient constituer le fait du prince, variété d'événement de force majeure : on peut

83. Jacques Foyer, « L'avant-projet de Convention C. E. E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles » : *Clairet* 1976, 555, p. 592.

84. Sur cette diversité, V. Lalive, Rapport précité sur le droit public étranger : *Annuaire de l'Institut de droit international*, T. 56, p. 174 à 178.

85. Cette règle substantielle peut être une règle interne ordinaire, ou une règle matérielle, ou partiellement matérielle (V. sur cette notion, P. Mayer, *Précis*, n° 129 à 135) de droit international privé.

81. V. *supra*, n° 12, et *infra*, n° 71.

82. Lousouarn et Bourrel, *Précis*, n° 133.

imaginer qu'un contrat oblige l'une des parties à livrer une marchandise à l'autre à une date déterminée et en un lieu à fixer ultérieurement, et que la loi, à vocation territoriale, de l'État du lieu finalement choisi pour l'exécution ne permette pas à celle-ci de s'effectuer au jour convenu.

35. — Un certain nombre d'observations s'imposent cependant.

En premier lieu, la quasi-totalité des exemples jurisprudentiels cités par les auteurs<sup>86</sup> concernent non des lois de police, mais, selon les cas, soit des décisions (en particulier, des expropriations ou nationalisations, dispensant un dépositaire de restituer un objet à la victime, ou dispensant cette dernière de payer certaines dettes), soit des lois de droit public (relevant essentiellement du droit douanier ou de la législation des changes).

En second lieu, dans la plupart des cas, le même résultat aurait été obtenu plus logiquement en appliquant tout simplement la loi étrangère. Par exemple, au lieu de décider, dans les affaires *Époux Audouze et Royal Dutch*<sup>87</sup> et *Cassan et Royal Dutch*<sup>88</sup>, que les arrêtés royaux réquisitionnant les actions de la société néerlandaise constituaient un événement de force majeure mettant la société dans l'impossibilité de délivrer aux requis de nouveaux titres, il eût été plus simple de déduire des arrêtés eux-mêmes — que la Cour de cassation déclarait applicables — la libération de la société<sup>89</sup>. De même, plutôt que de prendre en considération la législation douanière étrangère pour pouvoir annuler un contrat de contrebande comme entaché d'immoralité, il serait plus logique de constater que la loi étrangère, bien que n'étant pas celle choisie par les parties, est applicable, qu'elle a été violée et qu'elle annule le contrat ; quelle immoralité y aurait-il d'ailleurs à ne pas respecter une loi qui n'est pas compétente ?

En troisième lieu, chaque fois que la loi étrangère est relative aux modalités d'exécution d'une obligation, il n'est pas utile de faire appel à la notion de prise en considération, ni d'ailleurs à la méthode des lois de police, pour expliquer que son intervention vienne concurrencer celle de la loi d'autonomie : l'article 10, paragraphe 2 de la Convention de Rome prévoit qu'il faut avoir égard à la loi du pays où l'exécution a lieu en ce qui concerne les modalités d'exécution et les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut dans l'exécution.

Ainsi, les cas de prise en considération justifiée d'une loi de police étrangère paraissent devoir être tout à fait rares.

La Convention de Rome et le projet fédéral suisse conviennent d'ailleurs mieux à l'application qu'à la prise en considération, en ce qu'ils subordonnent la

86. M. Granich (*op. cit.*, p. 640, note 2) cite un arrêt italien (Cass. It. 10 juin 1938, *Foro It.* 1939, I, 571) qui a admis l'excuse de force majeure constituée par un décret-loi interdisant l'exécution d'un contrat, dans le cadre de sanctions prises contre le pays du créancier. M. Jacques Foyer (*op. cit.*, p. 592) cite l'arrêt *Regazzoni v. Sethia* de la Chambre des Lords, l'arrêt *Royal Dutch* rendu en 1966 par la Cour de cassation française, et — avec hésitation — la jurisprudence sur les contrats de contrebande.

87. Cass. civ. 17 oct. 1972 : *Rev. crit. dr. int.*, pr. 1973, 520, note Batiffol.

88. Cass. civ. 17 oct. 1972 : *Chron. 1973*, 716, note Oppetit.

89. En ce sens Oppetit, note précitée ; P. Mayer, note sous Cass. soc. 8 mai 1974 : *Rev. crit. dr. int.*, pr. 1975, 452, spéc. p. 460.

prise d'effet des lois de police étrangères à des conditions extrêmement prudentes, et qu'ils laissent au juge un très large pouvoir d'appréciation. Or, l'opportunité d'une prise en considération dépend avant tout de la règle substantielle dans le cadre de laquelle elle intervient. Si, par exemple, selon une règle la force majeure entraîne l'extinction de l'obligation, il faut et il suffit, pour que la loi étrangère doive (et non « puisse ») être prise en considération, qu'elle constitue un événement qualifié force majeure selon les conceptions de l'auteur de la règle. C'est de l'application seule qu'il sera désormais question.

### b) Applicabilité, par nature, des lois de police étrangères

36. — L'opinion selon laquelle les lois de police sont absolument territoriales n'est plus guère répandue aujourd'hui. M. Jacques Foyer<sup>90</sup>, qui y adhère, cite en ce sens l'article consacré par M. Francescakis au domaine d'application de l'Ordonnance du 22 février 1945 sur les comités d'entreprise, article dans lequel on lit notamment la phrase suivante : « La raison qui conduit à s'abstenir de tenir compte d'une loi étrangère même si, à la limite, celle-ci est rigoureusement identique à la loi française est [...] qu'il y va d'éléments d'organisation étatique alors que les États modernes sont des organisations, des entreprises au sens large du mot qui, *sans liens conventionnels*, poursuivent des fins qui leur sont propres dans le cadre d'une vie interétatique *concurrentielle* ». Même s'il n'est pas certain que cette phrase traduisse effectivement la pensée générale de l'auteur à l'égard de l'ensemble des lois de police étrangères<sup>91</sup>, elle n'en est pas moins intéressante parce qu'elle exprime très bien les raisons d'une certaine réserve qui subsiste à l'égard de ces lois ; elle est plus moderne que le recours à la notion dépassée de lois politiques<sup>92</sup>.

37. — Il semble qu'une certaine confusion, déjà dénoncée (V. *supra*, n° 26 à 29), avec les lois de droit public, soit à l'origine de l'idée de territorialité absolue des lois de police ; la notion même d'organisation étatique, mise en avant par M. Francescakis, la favorise. De nombreux partisans de l'applicabilité des lois de police étrangère n'y échappent d'ailleurs pas ; aussi, est-il classique, dans leurs ouvrages, de consacrer un développement liminaire à la démonstration de

90. *Op. cit.*, p. 592.

91. « Lois d'application immédiate et droit du travail ; l'affaire du comité d'entreprise de la "Compagnie des Wagons-Lits" » : *Rev. crit. dr. int.*, pr. 1974, 273, p. 288.

92. Dans l'alinéa qui précède (p. 287), M. Francescakis fait allusion seulement à « l'intendance vis-à-vis des lois étrangères lors de la recherche du domaine des lois d'application immédiate du *for* ». D'autre part, si dans certains écrits, M. Francescakis a paru s'orienter dans le même sens (par exemple « Lois d'application immédiate et règles de conflit » : *Rev. dir. int. privé et proc.* 1967, 698 ; note sous Cass. civ. 25 janv. 1966, *Royal Dutch* : *Rev. crit. dr. int.*, pr. 1966, 238, p. 263), dans d'autres, il a pris nettement position en faveur de la possibilité d'appliquer les lois de police étrangères : *Rep. Dalloz dr. int.*, V° *Conflit de lois (Principes généraux)*, n° 149.

93. M. Gonthor a cru un temps à cette analyse (« L'ordre public international et l'application des lois politiques étrangères » : *Rev. crit. jurisp. belge* 1962, 450), qu'il a par la suite répudiée (« Le renouveau... », précité, p. 236, note 2).

l'absence de territorialité du droit public lui-même, quitte s'il le faut à nier pour cela la distinction entre droit public et droit privé<sup>94</sup>. Mieux vaut insister sur la différence entre droit public et lois de police, car même si le dogme de la territorialité absolue du droit public a été justement dénoncé, divers obstacles sont susceptibles de s'opposer à son application par un organe étranger ; ce sont précisément, pour partie, ceux qu'analyse M. Franceseckis dans le passage précité, et auxquels l'Institut de droit international, en 1975, a consacré le point A, IV, 3, de sa résolution sur l'application du droit public étranger<sup>95</sup>.

Dans la plupart des cas où le droit public étranger est dit « inapplicable » — notamment en droit pénal et en droit fiscal — c'est en réalité la compétence même des tribunaux qui est déclinée. Si un État, en dehors d'un Traité, poursuit devant les tribunaux d'un autre État le recouvrement des impôts qui lui sont dus, l'applicabilité de sa loi est certaine (V. *supra*, n° 28). Mais les organes du for ont été instruits par l'État pour rendre aux fins qu'il définit lui-même ; ils ne sont pas compétents pour servir celles que poursuivent d'autres États. Ils se refusent aussi bien — et ceci prouve que le problème est de compétence juridictionnelle, et non législative — à appliquer leur propre loi au profit d'États étrangers, de même encore qu'ils refuseraient d'ordonner l'exécution forcée de mesures déjà arrêtées à l'étranger ; bref, ils refusent à l'État étranger leur *coopération*<sup>96</sup>.

Or les lois de police, à la différence des lois de droit public, concernent les relations entre personnes privées. Ces relations peuvent entrer dans la compétence des tribunaux même lorsqu'elles sont affectées d'éléments d'extranéité. Le tribunal qui s'est reconnu compétent doit appliquer une loi, et le problème qui se pose à lui est celui du choix entre la loi de police étrangère et une autre loi.

Les données du problème sont donc radicalement différentes ; en les scrutant de plus près, on va voir qu'elles renferment en elles les raisons pour lesquelles les lois de police ne doivent pas être *a priori* écartées.

38. — Tout d'abord, le refus d'appliquer une loi de police étrangère dont la compétence est « normale » — laissons provisoirement de côté la détermination de ce qui doit être considéré comme normal — ne constitue pas, à la différence du refus de compétence judiciaire, une simple absence de coopération. Le tribunal va appliquer une autre loi. Il contraindra ainsi, par exemple, le débiteur à payer en

94. V. en particulier, les ouvrages précités de A. Touhiana et F. Dohy-Gérard. Pour une défense vigoureuse de la distinction, V. Lequere, *op. cit.*, p. 226, note 2. Si l'on admet que l'individu et l'État sont deux choses différentes, il faut admettre la distinction du droit public et du droit privé, qui s'en déduit. Certes, la frontière est parfois difficile à tracer. Mais n'est-ce, par exemple, la distinction entre loi et contrat sous prétexte que les conventions collectives sont difficiles à classer dans l'une ou l'autre de ces catégories ?

95. « Le droit étranger considéré comme public demeure moins fréquemment appliqué pour diverses raisons, et principalement [...] parce que les organes de l'État du for estiment souvent [...] qu'ils n'ont pas à prêter la main à l'application de telles dispositions à défaut de traités, de réciprocité ou d'une convergence des intérêts économiques ou politiques des États auxquels la situation se rattache. »

96. V. sur cette analyse M. Bauer, *Le droit public étranger devant le juge du for*, thèse Paris II, 1977, multiples.

tenant compte de l'indexation, illicite selon la loi de police étrangère. Il ira donc à l'encontre de la politique étrangère.

D'autre part, l'application de la loi de police étrangère ne constitue pas une coopération au sens strict du mot. De nombreuses lois de police ne servent pas directement les intérêts des États qui les édictent ; elles peuvent viser à la protection d'une catégorie de personnes (les consommateurs, par exemple), ou à la sécurité des tiers (règles relatives au régime matrimonial primaire). De plus, la coopération suppose la *mise en mouvement* d'un organe étatique, agissant dans le but, prépondérant sinon exclusif, de venir en aide à un État étranger. Or, ici le tribunal est déjà saisi, s'est reconnu compétent, et doit appliquer une loi. S'il choisit d'appliquer la loi de police, il n'entreprend pas une activité nouvelle, mais se contente de donner une forme particulière, favorable à l'État étranger, à une activité dont le principe était déjà assumé.

Pour soutenir que les lois de police étrangères sont inapplicables, il ne suffit donc pas de dire qu'un État n'a aucune raison de faire bénéficier les États étrangers d'une activité particulière de ses organes ; il faut dire, bien plus radicalement, qu'un État doit refuser d'appliquer les lois de police étrangères parce que leur application servirait les desseins des États auteurs de ces lois, et qu'il vaut mieux au contraire aller systématiquement à leur rencontre en appliquant toute autre loi. L'énoncé même de cette proposition en fait apparaître le caractère insoutenable. Même les plus sceptiques en matière de coopération internationale ne proposent pas aux États de gêner leurs voisins dès que l'occasion leur en est donnée.

39. — Sans doute, pourrait-on soutenir, transposant aux lois de police ce que M. Michel Bauer a écrit à propos des lois de droit public<sup>97</sup>, qu'un État est en droit de négocier l'aide qu'il peut fournir à un autre État contre une promesse d'aide réciprocque ; la négociation se concrétiserait en un traité bilatéral prévoyant l'application, par chaque État partie, des lois de police de l'autre État. Mais, quoiqu'il faille penser de cette thèse dans le domaine où elle a été énoncée, elle doit être ici écartée. D'abord, s'il est admissible de subordonner à la réciprocité une aide matérielle qui représente un certain coût (par exemple, les frais de recouvrement des impôts dus à un État étranger), il serait en revanche indécent de monnayer une aide qui ne coûte rien, sous la menace d'y substituer une entrave. Ensuite, à l'heure où les conventions en matière de conflit de lois abandonnent de plus en plus l'exigence de réciprocité au profit de solutions universelles — facteur, notamment, d'uniformisation plus rapide du droit et de simplification pour les tribunaux — il n'est pas opportun d'y revenir pour les lois de police. Ne serait-on pas conduit d'ailleurs, par identité de raisons, à exiger la réciprocité dans d'autres matières où les États ne sont pas indifférents à l'application de leurs lois — mariage, divorce, filiation, notamment ?

Il est préférable de traiter les lois de police étrangères sur le même pied que les autres règles de droit privé : une fois désignées, elles doivent être appliquées, sauf si elles sont contraires à l'ordre public.

97. Thèse précitée.



c) *Lois de police contraires à l'ordre public*

40. — Comme toutes les lois étrangères, les lois de police sont susceptibles d'être contraires à l'ordre public dit « international » et, en ce cas, doivent être évincées au profit de la loi du for.

Le rôle de l'ordre public revêt cependant plusieurs particularités dans le domaine des lois de police.

1° Tout d'abord, quant au *principe de son intervention*, il constitue la trace raisonnable qui peut subsister de l'ancien principe de la territorialité absolue des lois de police. Si les lois de police étrangères suscitent une certaine méfiance, il appartient au juge de vérifier dans chaque cas particulier si cette méfiance est fondée et, dans l'affirmative, d'écartier la loi étrangère.

2° Ensuite, le *mécanisme* même de l'exception, s'il est classique lorsque la loi de police est désignée par la règle de conflit du for, ne l'est plus du tout lorsque la loi de police est envisagée parce qu'elle « veut », ou « a intérêt à » s'appliquer. Le juge commence par examiner la loi de police invoquée. Si elle lui paraît contraire *en elle-même* à l'ordre public, il n'a pas à s'interroger sur son applicabilité à la situation qui lui est soumise : on peut à peine parler d'« exception » d'ordre public, puisqu'aucune décision n'avait été encore prise sur le principe de la compétence. Si la loi de police n'est pas écartée à ce stade, le juge en vient à s'interroger sur son applicabilité à l'espèce. Là encore sa décision sera déduite du contenu et de la finalité de la règle, car il devra se demander, en fonction de ce qu'il aura constaté, si la compétence de la loi de police étrangère est justifiée par un intérêt légitime (V. *infra*, n° 48). L'ordre des facteurs est donc inversé : la conformité à l'ordre public est examinée avant la question de la compétence.

3° L'examen de la loi de police sous l'angle de l'ordre public est encore original par son objet, sans qu'il y ait lieu ici de distinguer selon que la loi de police est désignée ou non par une règle bilatérale de conflit de lois du for. Comme l'observe M. Gohor, « [l'ordre public] tient, dans la vue classique, en un examen du contenu ; appliqué à la défense contre les lois politiques étrangères, il devra comporter un examen non seulement du contenu, mais de la fin examinée, de l'intérêt qu'elle sert<sup>98</sup>. » Ce point mérite d'être spécialement développé.

41. — La nécessaire appréciation portée sur la finalité de la loi de police étrangère peut difficilement s'effectuer sans tenir compte des préférences subjectives de l'État du for. « L'exclusion des lois politiques étrangères ne peut être comprise qu'accompagnée d'une discrimination entre les politiques étrangères à aider et celles à combattre<sup>99</sup>. » Cette discrimination ne doit pas s'effectuer seulement sur des critères moraux, mais doit intégrer les facteurs économiques ou politiques<sup>100</sup>.

98. *Op. cit.*, p. 239 ; dans le même sens, Touliana, *op. cit.*, n° 223 à 234 ; Lequette, *op. cit.*, p. 229, note 3 ; Mezger, note à la *Rev. crit. dr. int.*, pr. 1977, 83.

99. Gohor, *op. cit.*, p. 238.

100. En ce sens Touliana, *op. cit.*, n° 226 ; Mezger, *op. et loc. cit.* ; Chappelle, *op. cit.*, n° 397, pour les critères économiques seulement. Cpr. Zweigert, *op. cit.*, *supra*, note 41, qui insiste (p. 653 à 655) sur l'importance des considérations économiques, mais estime que l'appréciation est « inhérente à la règle de conflit elle-même » et ne met pas en jeu la clause d'ordre public.

On cite à cet égard, l'arrêt rendu en Grande-Bretagne dans l'affaire *Lorenzen v. Lydden*<sup>101</sup> : pour donner effet à une mesure de réquisition de navires prise pendant la seconde guerre mondiale par le gouvernement norvégien en exil, la *High Court* invoque le fait que la Grande-Bretagne et la Norvège étaient « engagées ensemble dans une guerre désespérée pour leur existence ». On relève aussi que les législations étrangères restreignant la liberté des changes ne sont pas volontiers appliquées en France lorsqu'elles émanent de pays socialistes<sup>102</sup> ou qu'elles frappent des Français rapatriés d'Algérie<sup>103</sup>. Le Tribunal fédéral allemand a rendu au moins une décision qui, sans invoquer directement l'ordre public, critiquait le système politique et économique du pays étranger pour refuser d'en appliquer la loi<sup>104</sup>. La Cour de cassation belge a raisonné de même, pour refuser effet à une mesure de nationalisation tchécoslovaque<sup>105</sup>.

Il est assez significatif cependant qu'aucun de ces exemples ne concerne véritablement des lois de police : il s'agit soit de décisions législatives (réquisitions, nationalisations), soit de lois de droit public (lois relatives au contrôle des changes). Les premières, normes d'exception par excellence, sont souvent utilisées à des fins agressives ou révolutionnaires. Les secondes, où l'État est au premier plan, peuvent consacrer une prééminence excessive de l'État sur l'individu, ou nuire aux intérêts d'autres États. Les lois de police, qui d'une part sont des règles, d'autre part concernent essentiellement les relations entre personnes privées, sont moins souvent susceptibles de heurter l'ordre public du for. On peut certes imaginer qu'une loi étrangère relative à l'indexation ou à la protection de la concurrence soit jugée contraire à l'ordre public, parce que mettant en œuvre une politique économique très différente de celle du for. Mais si la situation est localisée à l'étranger, il est préférable de respecter le système dans lequel elle s'inscrit, même s'il est différent du nôtre, sous réserve seulement d'une éventuelle atteinte à des droits fondamentaux des individus. Les divergences politiques, économiques ou sociales ne doivent conduire à l'éviction de la loi de police étrangère que si celle-ci risque de nuire aux intérêts d'un autre État, et en particulier, à ceux de l'État du for. Encore faut-il écartier le cas où l'on se trouve en présence soit d'une loi de police « impérialiste » (V. *infra*, n° 48), soit d'un conflit de lois de police (V. *infra*, n° 57) : la question n'est plus alors, en effet, celle de l'ordre public, mais celle de la compétence. Il faut donc supposer une loi de police dirigée franchement contre un autre État, ayant une vocation raisonnable à s'appliquer à la situation soumise au juge et enfin non

101. (1942) 2 K.B. 202, *Chinet* 1940-1945, 126.

102. Cass. civ. 16 oct. 1967 : D. 1968, 445, note Mezger ; *Rev. crit. dr. int.*, pr. 1968, 681, note Eck.

103. Reims 25 oct. 1976 : *Chinet* 1978, 99, note P. Mayer.

104. RGH 17 déc. 1959 : *Rev. crit. dr. int.*, pr. 1961, 313, note Mezger. L'arrêt rendu par le RGH le 16 avril 1975 à propos du livre *Moët 1914* de Sollelantsyne (*Rev. crit. dr. int.*, pr. 1977, 72, note Mezger) s'abrite derrière la considération plus objective de la territorialité des lois de droit public étranger.

105. Cass. Belg. 2 juin 1960 : *Rev. crit. juris. belge*, 1962, 447.

contraire à une loi de police particulière de l'État visé ou d'un autre État. Des mesures étrangères de boycott sont susceptibles d'entrer dans ce schéma<sup>106</sup>.

42. — Une nouvelle interrogation surgit alors : le juge saisi doit-il apprécier la situation dans l'abstrait, ou tenir compte des liens que son pays entretient avec le ou les pays impliqués, c'est-à-dire avec l'auteur de la loi de police et éventuellement avec les victimes de cette loi ?

Les auteurs se prononcent en général dans le second sens<sup>107</sup> et citent les arrêts *Lorentzen v. Lydden*<sup>108</sup>, *Reggazoni v. Sethia*<sup>109</sup> et *Royal Dutch*<sup>110</sup>.

Dans sa thèse récente sur l'ordre public, M. Chapelle s'est cependant insurgé contre cette vue, et soutient que le juge ne doit pas « se laisser influencer [...] par des divergences ou la convergence des intérêts étatiques en présence<sup>111</sup> ». En ce sens, il invoque l'acte final de la Conférence d'Helsinki sur la sécurité et la coopération en Europe du 1<sup>er</sup> août 1975, la Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international du 1<sup>er</sup> mai 1974, et la Charte des droits et devoirs économiques des États adoptée par l'ONU, le 12 décembre 1974. Pour illustrer la portée de ces instruments, il suffit de citer l'article 4 de la Charte : « Chaque État a le droit de se livrer au commerce international et à d'autres formes de coopération économique, indépendamment de toutes différences entre les systèmes politiques, économiques et sociaux. Aucun État ne fera l'objet d'une discrimination quelle qu'elle soit, fondée uniquement sur ces différences. »

Mais on sait que ni les résolutions des organisations internationales<sup>112</sup> ni l'Acte final de la Conférence d'Helsinki<sup>113</sup> n'ont de valeur obligatoire. Sur bien des points ces instruments sont contraires à la pratique la plus courante des États<sup>114</sup>, et sur le problème de la coopération l'égalité abstraite qu'ils prétendent imposer est totalement utopique : pourquoi les États ne pourraient-ils pas coopérer de façon préférentielle avec ceux dont les intérêts convergent avec les leurs, ou qui leur paraissent présenter avec eux-mêmes des affinités particulières ?

106. Sur le boycott, V. Binunuth, *Le boycottage dans les échanges économiques internationaux*, Paris, 1979.

107. V. les auteurs cités *supra*, notes 99 et 100, à l'exception de M. Chapelle ; *Alde Wengler* : « Die Anwendung politischer Gesetze », *Wochen des Deutschen und Griechischen Rechts*, Thessaloniki 1958 ; Francescakis, note sous *Cass. civ. 25 janv. 1966*, *Royal Dutch* ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1966, 238, p. 263.

108. Précité, note 101.

109. (1958) A.C. 301 ; *Claret* 1961, 1141.

110. *Cass. civ. 1, 25 janv. 1966*, 390, note Loussouarn ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1966, 238, note Francescakis.

111. *Op. cit.*, n° 400.

112. V. Thierry, Combacau, *Sur et Vallée, Droit international public*, 2<sup>e</sup> éd., 1979, p. 144.

113. V. J.-F. Prévost, « Observations sur la nature juridique de l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe » ; *Ann. fr. dr. int.* 1975, 129.

114. Tandis que les deux résolutions de l'ONU affirment le principe « moderne » de la souveraineté sur les ressources naturelles, les conventions d'investissement conclues par la France rappellent les principes les plus classiques du droit international en matière de nationalisation.

La seule question véritablement délicate est celle de la position à prendre par un juge, qui n'est pas chargé de conduire les relations diplomatiques de son pays. Il est certain qu'il doit faire preuve de la plus grande prudence et il est souhaitable qu'il s'inspire de prises de position officielles de son gouvernement, exprimées soit antérieurement, soit à l'occasion du litige par le Ministère public.

**B. — La loi de police étrangère n'est pas désignée par la règle de conflit du for**

43. — Lorsque la règle de conflit du for ne donne pas compétence à l'ordre juridique auquel appartient la loi de police étrangère, celle-ci ne peut être appliquée que par dérogation à la règle de conflit et à la loi substantielle qu'elle désigne. Cela suppose, outre bilatéralisation des critères des lois de police du for devant être écartée, que l'on tienne compte de la volonté du législateur étranger, ou des intérêts de son pays, comme on le fait pour les lois de police du for. Est-ce opportun ?

L'idée même est récente, si l'on excepte certains précédents qui remontent à l'ancien droit<sup>115</sup> : elle a été lancée en 1941 par M. Wengler<sup>116</sup>. Son succès, initialement, a été faible. Les tribunaux n'ont guère rendu de décisions appliquant des lois de police étrangères par dérogation à la loi normalement applicable<sup>117</sup>. La doctrine s'est montrée réservée : M. Francescakis, en particulier, a estimé que pour être confronté à une loi d'application immédiate étrangère, il fallait qu'une règle de conflit bilatérale conduisit au droit de l'État étranger<sup>118</sup>.

Mais, accompagnant le développement d'un mouvement doctrinal plus audacieux<sup>119</sup>, le législateur a récemment consacré le principe de l'applicabilité des lois de police étrangères en tant que telles.

La Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles énonce dans son article 7, paragraphe 1 (texte assorti d'une réserve — article 22, paragraphe 1, a — qui montre que la cause n'est pas encore définitivement entendue) : « Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi

115. V. Foussard, *Recherches sur les conflits de status relatifs à l'incapacité naturelle*, mémoire, Caen 1972, multigr., p. 90 s. ; Ancel, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris 1977, n° 36 à 38.

116. « Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht » : *Z. für vgl. Rechtswissenschaft*, t. 54, p. 168 s.

117. L'arrêt *Ahnati* rendu par la Cour de cassation des Pays-Bas le 13 mai 1966 (*Rev. crit. dr. int. pr.* 1967, 522, note A.V.M. Struycken) a envisagé la possibilité d'écarter la loi choisie par les parties à un contrat pour lui substituer une loi de police étrangère, mais a estimé qu'en l'espèce l'observation de la règle étrangère ne revêtait pas une importance telle que la *lex contractus* doit être méconnue.

118. « Quelques précisions... », p. 11 ; V. aussi, plus nuancée, la réponse de M. Francescakis au questionnaire de M. Lallive, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 56, p. 198. Cpr. Karquillo, *op. cit.*, n° 604 à 608 ; franchement hostile à l'application des lois de police étrangères en tant que telles.

119. V. les auteurs cités *infra* dans la discussion.

d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application »<sup>120</sup>. Comme la Convention est applicable indépendamment de toute condition de réciprocité (article 2), le juge français sera conduit, dès que la Convention sera en vigueur en France, et si la possibilité de réserve n'est pas utilisée, à appliquer dans le domaine des contrats des lois de police étrangères désignées par un procédé qui ne rappelle en rien la classique méthode du conflit de lois.

Déjà la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation disposait, dans son article 16 : « Lois de l'application de la présente convention, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de tout État avec lequel la situation présente un lien effectif, si et dans la mesure où, selon le droit de cet État, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi désignée par ses règles de conflit. »

Le projet suisse de codification du droit international privé comporte, dans son article 18, une disposition générale sur les lois de police étrangères : « Les dispositions d'une loi autre que celle que désigne la présente loi peuvent être appliquées ou prises en considération, lorsque leur application s'impose manifestement, compte tenu de leur but et que selon l'appréciation du juge :

a) la cause est en relation suffisamment étroite avec cette loi étrangère ;  
b) les intérêts en faveur de l'application ou de la prise en considération de cette loi sont manifestement prépondérants ;

c) les intérêts en faveur de l'application ou de la prise en considération de cette loi doivent être tenus pour légitimes, en raison des circonstances de l'espèce et des buts poursuivis par cette loi. »

L'existence de ces textes ne dispense pas de s'interroger sur la justification de l'application des lois de police étrangères en tant que telles (a), ni surtout sur les limites (b) et les modalités (c) de cette application.

#### a) Justification de l'application des lois de police étrangères en tant que telles

44. — Une objection sérieuse à l'application des lois de police étrangères en tant que telles vient immédiatement à l'esprit. Puisque le procédé de la bilatéralisation

120. Ce texte est assez largement inspiré de l'article 13, al. 2 du projet Bédoux de loi uniforme de droit international privé, tel qu'interprété par la Commission du Conseil inter-parlementaire consultatif du Bédoux : « Lorsque le contrat est manifestement localisé dans un pays déterminé, les dispositions de la loi de ce pays dont la nature et l'objet particulier spéciaux excluent l'application de toute autre loi, ne peuvent être écartées par la volonté des parties. » La ressemblance était encore plus grande entre ce texte et la première version de l'article 7 de la Convention (où l'on retrouvait, non seulement les mots « nature et objet particulier », mais aussi l'expression « exclut l'application de toute autre loi »).

des critères des lois de police du for a été écarté, comme méconnaissant la nature des lois de police, c'est donc le critère étranger qui doit être suivi : est-il légitime de faire céder le critère ordinaire, bilatéral du for, devant un critère étranger dérogatoire et unilatéral ?

L'argument peut être écarté si l'on précise d'avantage le mécanisme par lequel la loi de police étrangère est rendue applicable. C'est en fait la règle de droit international privé du for qui désigne la loi de police. Elle n'a pas même besoin pour cela de tenir compte de la *règle de droit international privé* adjoindue à la loi de police et dont l'objet est de forcer la compétence de l'ordre juridique étranger<sup>121</sup>. Elle tient compte, ou plutôt prescrit au juge de tenir compte, de l'objet et du but de la *règle substantielle*. Elle joue donc un rôle analogue, dans le système de droit international privé du for, à celui que joue la règle de droit international privé étrangère dans le système auquel appartient la loi de police. Cela ne signifie pas d'ailleurs que le juge saisi doit substituer au critère étranger le critère de sa propre loi de police, puisque la fonction de la loi de police étrangère n'est pas nécessairement identique à celle de son homologue du for (V. *supra*, n° 18). Le processus idéal consiste pour le juge saisi à déterminer *lui-même*, mais *en tenant compte de la fonction que remplit la loi étrangère dans le système auquel elle appartient*, les cas dans lesquels elle doit être appliquée. Cette solution est intermédiaire entre celle de la bilatéralisation du critère des lois de police du for — qui ne laisse aucune place à l'observation du droit étranger — et celle de l'application par le juge saisi de la règle de droit international privé étrangère adjoindue à la règle substantielle de police — qui réduit à néant le rôle du droit international privé du for.

Exceptionnellement, s'il est possible de se référer à une fonction unique, appartenant dans toute législation un même rattachement, le juge peut se contenter de vérifier que la règle étrangère désignée par le rattachement remplit bien cette fonction, pour l'appliquer si la réponse est affirmative. C'est ce que prévoit l'article 5 de la Convention de Rome, à l'égard de la fonction « protection du consommateur » et du rattachement « résidence habituelle du consommateur »<sup>122</sup>.

121. *Comra* Gohor, « La méthode unilatérale face au droit international privé des contrats » : *Traité Comité fr. dr. int. pr. 1975-1977*, p. 201 s., spéc. p. 216.

122. Dans ce cas le texte, qui fixe lui-même le critère d'application des lois de police étrangères, ressemble fort à une règle de conflit alternative. L'article 5 de la Convention de Rome pourrait s'écrire : « Le consommateur jouira de la protection que lui assure la loi d'autonomie ou, si elle est plus étendue, de celle qui résulte de la loi de sa résidence habituelle si, etc. » En réalité, le consommateur jouit des deux protections, avec la réserve que, si deux règles protectrices ont le même objet (par exemple, fixer la durée minimale, insusceptible d'être réduite par la volonté des parties, de la prescription d'une action), en appliquant la plus protectrice (celle qui fixe la durée minimale la plus longue) on respecte en même temps les dispositions de la moins protectrice (celle qui fixe la durée minimale la moins longue).

Une certaine part de substantivité n'en est pas moins évidente dans la règle. Mais à la différence de ce qui caractérise ordinairement les règles de droit international privé partiellement substantielles, tels les principes de préférence de M. Cavers, la solution favorisée — ici la protection du consommateur — ne l'est pas pour elle-même : on cherche moins à étendre au maximum la protection qu'à empêcher la règle protectrice d'être trop facilement tournée ; le danger étant inexistant lorsque la règle n'est pas protectrice, on aboutit à une formulation dissymétrique, qui n'est partielle qu'en apparence.

L'objection tirée de la primauté de la règle de conflit du for sur la règle de conflit étrangère prend en revanche toute sa valeur lorsqu'on l'oppose à la prise en considération des *règles de conflit unilatérales* étrangères. Le contenu de la règle substantielle désignée par une telle règle de conflit n'appelle en rien un domaine d'application exceptionnel. La volonté d'application n'existe qu'au niveau du système de droit international privé étranger, et ne s'adresse donc qu'aux juges étrangers. Le juge saisi n'a aucune raison de renoncer à sa règle de conflit bilatérale au profit d'une règle de conflit étrangère, et nationaliste de surcroît. Il ne semble pas que l'article 7 de la Convention de Rome vise l'application des règles de conflit unilatérales.<sup>123</sup>

45. — L'obstacle majeur étant écarté, on constate qu'il existe des considérations positives en faveur de l'application des lois de police étrangères dans le domaine qu'elles s'assignent. Elles résultent de la concordance entre l'intérêt de l'État étranger, celui des particuliers, et celui de l'État du for, et ne sont en réalité que les raisons mêmes qui motivent le phénomène général de l'application par un juge d'une loi qui n'est pas la sienne.

1° On a montré plus haut que la thèse de la territorialité absolue des lois de police conduit le juge saisi au refus d'une aide qui ne requerrait de lui aucune activité particulière, et, plus gravement, à une entrave à la politique étrangère. Cet argument tend non seulement à combattre la thèse de la territorialité, mais aussi à donner effet aux lois de police étrangères chaque fois que la politique menée par leur auteur le postule.

Le souci d'une application conforme aux vœux du législateur étranger n'est pas original ; il inspire aussi les règles de conflit bilatérales. Mais ici il prend une forme particulière, adaptée au fait que, s'agissant de lois de police — constatation objective — c'est de leur contenu que se déduit le critère qui délimite le plus opportunément leur compétence. *Il ne s'agit pas de s'incliner devant une volonté, mais de constater un intérêt* ; lequel est d'ailleurs souvent celui des particuliers protégés par la loi de police (consommateurs, travailleurs salariés, tiers en matière de statut réel et de régime matrimonial primaire), et non celui de l'État ou de la collectivité nationale.

2° Plusieurs auteurs<sup>124</sup> ont invoqué les préoccupations d'harmonie internationale des solutions et de reconnaissance des décisions. De fait, les tribunaux de l'État qui a édicté la loi de police l'appliqueront chaque fois que cela leur apparaîtra nécessaire à la réalisation de la politique poursuivie. Si les tribunaux des autres États n'en font pas autant, la solution du litige dépendra du lieu où il sera jugé.<sup>125</sup>

123. En ce sens Lagarde, « Examen de l'avant-projet de convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles » : *Travaux Comité fr. dr. int. pr.* 1971-1973, 147, p. 187.

124. Notamment Neumann, *op. cit.*, p. 58 ; Toubiana, *op. cit.*, n° 185 ; Lequette, *op. cit.*, n° 301 ; Foyet, « L'avant-projet... », précité, p. 592 ; Chapellet, *op. cit.*, n° 420.

125. La même remarque peut être faite pour les lois étrangères de droit public, chaque fois que le tribunal s'est reconnu compétent. En revanche, le souci de l'harmonie des solutions n'incite pas le tribunal à se reconnaître compétent : si un tribunal se refuse à aider un État étranger à recouvrer ses impôts ou cotisations de sécurité sociale, ou à mener une action répressive, il ne compromet pas l'harmonie des solutions : il se contente de ne pas prêter son concours à la mise en œuvre de la solution étrangère.

Si de surcroît ces États contrôlent la compétence de la loi appliquée, ils ne reconnaîtront pas le jugement étranger qui aura appliqué sa loi de police. De son côté, l'État auteur de la loi de police ne reconnaîtra pas les jugements qui ne l'auront pas appliquée, et ce, peut-on penser, même s'il ne contrôle pas ordinairement la compétence de la loi appliquée.<sup>126</sup> Enfin de tout ce qui précède découle un mal supplémentaire, le plus grave de tous : le défaut de prévisibilité.

Ces facteurs n'ont de portée, cependant, que si l'applicabilité de la loi de police étrangère dans son ordre juridique est à la fois *légitime et inéluctable*. S'il n'en est pas ainsi, il faut au contraire refuser de l'appliquer, pour ne pas encourager l'extension d'une solution qui, après tout, est à l'origine du défaut d'harmonie. À cet égard, la comparaison doit être reprise entre les lois de police et les règles de conflit unilatérales. Ces dernières reposent sur des considérations purement nationalistes, supprimant la chance d'harmonie qui peut résulter de l'emploi de règles de conflit bilatérales<sup>127</sup>, et ne correspondent à aucune nécessité impérieuse pour l'État qui les édicte. Il ne saurait être question de chercher à rétablir l'harmonie en s'inclinant devant les prétentions excessives qui l'ont brisée ; ce serait les encourager : il faut au contraire leur résister.

Certaines lois d'application immédiate qui ne sont pas des lois de police appellent les mêmes remarques, notamment celles que nous avons appelées « narcissiques ».

3° L'application par un État des lois de police étrangères est de nature à augmenter ses chances de voir ses propres lois de police appliquées à l'étranger. On retrouve l'idée de réciprocité, mais consistant ici « à régler son comportement non pas sur le comportement effectif des autres nations, mais sur le comportement *escompté* de celles-ci [...]. C'est le comportement de [la nation considérée] qui est présenté par elle-même comme devant être le modèle du comportement attendu des nations étrangères ».<sup>128</sup>

46. — L'applicabilité reconnue à la loi de police étrangère en fonction de son contenu et de son but n'est pas sans évoquer certaines doctrines anglo-saxonnes modernes. La considération du but des règles est en effet essentielle pour des auteurs tels que les Américains Cavers<sup>129</sup> et Reese<sup>130</sup> et l'Anglais Jeffrey<sup>131</sup> ; le premier emploie de préférence le terme de « *policy* », les autres celui de « *purpose* ».

126. En ce sens P. Mayer, *Précis*, n° 365.

127. L'uniformisation des règles de conflit bilatérales introduit l'harmonie des solutions. L'uniformisation des règles de conflit unilatérales aggrave le manque d'harmonie (ainsi en matière de transport maritime, où le critère alternatif du port de départ et du port de destination est assez répandu).

128. R. Lagarde, « La réciprocité en droit international privé » : *Cours La Haye*, t. 154, p. 116-117.

129. « Contemporary Conflicts Law in American Perspective » : *Cours La Haye*, t. 131, p. 122 s.

130. « Depeçage : A Common Phenomenon in Choice of Law » : *Col. Law Rev.* 1973, 48.

131. « Essential Validity of Contracts in the English Conflict of Laws » : *Int. and Comp. Law Qtrly* 1974, 1.

La différence fondamentale est que la méthode des lois de police a pour toile de fond la méthode bilatéraliste classique, tandis que les auteurs précités font reposer systématiquement le choix de la règle sur l'examen de son but. Il n'existe donc pas pour eux d'ordre juridique normalement compétent, que la loi de police vendrait ponctuellement écarté : le conflit est entre règles, non entre ordres juridiques. Pour M.M. Reese et Cavers, il y a « *false conflict* » si le but d'une seule loi la désigne ; les autres hypothèses se répartissent en conflits négatifs (aucune loi n'a vocation à s'appliquer) et conflits positifs (deux ou plusieurs lois ont vocation à s'appliquer). Dans l'optique plus particulière de M. Jaffey, qui raisonne sur le problème de la validité des contrats, les lois impératives écartent ponctuellement un principe de validité des contrats internationaux que cet auteur croit légitime de poser en règle générale<sup>132</sup>.

#### b) Limites à l'application des lois de police étrangères en tant que telles

47. — Une importante limite à l'application des lois des polices étrangères résulte théoriquement du mécanisme par lequel elles sont désignées. On a vu, en effet, que la loi de police n'est pas rendue applicable parce qu'elle a la volonté de s'appliquer, mais parce que la politique qu'elle poursuit le commande objectivement.

Mais *pratiquement*, il n'est guère facile au juge de déterminer lui-même dans quels cas il est nécessaire que la loi de police étrangère s'applique. D'autre part, les chances sont fortes pour que les critères dégagés par le législateur étranger, et surtout, dans le silence du législateur, par la jurisprudence étrangère, soient exactement adaptés à ce que commande la politique poursuivie par la règle. La volonté d'application est normalement la conséquence de l'intérêt objectif ; l'expression de l'une fait présumer l'autre. Enfin, il n'est pas utile de reconnaître à la loi de police étrangère une compétence plus grande qu'elle n'en revendique pour elle-même. Il n'y aurait là aucune impossibilité théorique, car le droit international privé étranger ne s'impose pas au juge saisi (V. la discussion *infra*, n° 62) ; mais l'objectif d'harmonie des solutions incite à ne pas se montrer « plus royaliste que le roi ».

Ainsi, pour diverses raisons, le juge sera en fait conduit à se référer aux indications données par l'État étranger. Mais il existe alors un risque de distorsion entre la volonté d'application exprimée et ce que commanderait objectivement la politique poursuivie par la règle, risque contre lequel le juge doit pouvoir se prémunir lorsqu'il se traduit par une revendication trop large de compétence. Si la règle de droit international privé relative à l'application des lois de police étrangères prescrit au juge de se référer aux prétentions étrangères, elle doit lui donner en même temps le moyen de corriger ce qu'elles auraient d'excessif.

La distorsion peut apparaître, par exemple, si la violation de la loi de police est sanctionnée aux termes du droit pénal étranger, et que la sanction civile de

nullité est encourue, selon la jurisprudence étrangère, dans tous les cas où la loi pénale est applicable<sup>133</sup>. Les critères de la compétence pénale sont en effet très larges ; ils incluent souvent la nationalité de l'auteur de l'infraction, critère qui convient mal aux aspects civils. Dans ce cas, le juge doit se refuser à appliquer la loi de police étrangère.

48. — D'autre part, il faut encore, pour que l'intérêt constaté justifie l'application de la loi de police étrangère, qu'il soit *légitime*. Il peut ne pas être jugé tel parce que la politique suivie par la règle heurte, indépendamment de son domaine d'application, nos conceptions : la question a déjà été vue (*supra*, n° 40 à 42). Surtout l'intérêt à l'application *en l'espèce* peut être illégitime parce que traduisant une attitude impérialiste de l'État étranger<sup>134</sup>.

Ainsi certains États déclarent applicables leurs lois protectrices de la concurrence dès lors qu'un accord restrictif de concurrence produit des effets, seraient-ils indirects et secondaires, sur leur territoire ; au moins dans certains cas, cette prévention réalise une ingérence dans la vie économique de l'État sur le territoire duquel l'accord a été conclu et a ses effets essentiels. Le juge de cet État, non plus que ceux des États tiers, ne doit pas appliquer la loi de police étrangère<sup>135</sup>.

49. — Enfin, faut-il exiger que la règle étrangère intervienne « dans un domaine ou un type de question dans lequel sa propre loi estime aussi nécessaire de porter des dispositions de police »<sup>136</sup> ? Une réponse affirmative générale semblerait trop rigoureuse. Pourquoi un pays refuserait-il, par exemple, de tenir compte des lois de police étrangères protectrices des consommateurs dans une matière où il n'en a pas encore édicté lui-même, ou cesserait-il d'appliquer les lois étrangères protectrices de la concurrence sous prétexte qu'il a renoncé à la faire respecter dans le domaine considéré ? Seul un recours systématique aux lois de police, traduisant une emprise excessive de l'État sur les relations privées — on pense en particulier aux législations des États socialistes — pourrait être repoussé en raison de l'entrave qu'il apporterait au développement des relations internationales.

133. C'est l'opinion, pour le droit français, de M. Malaurie (intervention au Comité français de droit international privé : *Traité* 1966-1969, p. 113). *Contra* Stouffier, communication précitée : *Traité* 1966-1969, p. 101 et p. 113.

134. Ces deux aspects de la légitimité peuvent être distingués conceptuellement. Pratiquement, ils doivent être examinés par le juge simultanément.

135. V. Wengler, « Law Concerning Unfair Competition and the Conflict of Laws » : *Am. J. Comp. Law* 1955, 167, p. 187-188 ; Goldmann, « Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence » : *Contr. La Haye*, t. 128, 637, p. 724 et 725 ; Bischoff et Kovar, « L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la communauté » : *Chancr.* 1975, 675, p. 705 à 707 ; P. Mayer, « Droit international privé et droit international public... », précité, p. 575.

136. En ce sens Bariffol et Langarde, *Traité*, n° 251, à qui l'expression citée au texte est empruntée. Dans un cours professé à l'Institut des Hautes Études Internationales en 1961-1962, M. Bariffol s'était exprimé de façon plus nuancée : « le juge serait fondé à ne pas tenir compte d'une loi étrangère qui se considère comme impérativement applicable sur son territoire à tous les faits qui y surviennent quand cette loi déborde de façon manifeste la notion de loi de police que le for admet » (« Problèmes des contrats privés internationaux », p. 164). (C'est nous qui soulignons.)



50. — En définitive, trois ordres de facteurs peuvent inciter le juge à ne pas appliquer la loi de police qui « se veut applicable » : la loi de police veut s'appliquer à une situation donnée sans que cela soit réellement nécessaire à la réalisation de la politique qu'elle poursuit ; les intérêts qui tendent à l'application de la loi de police ne sont pas légitimes ; le système politique et économique de l'État étranger rend trop systématique son recours au procédé des lois de police.

Il faut donc trouver une formule qui permette au juge de faire la distinction entre les « bonnes » et les « mauvaises » lois de police. Dans la Convention de Rome, quatre indications sont données au juge : il doit tenir compte de la nature des dispositions impératives, de leur objet, ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application, et enfin il doit vérifier que la situation présente un lien étroit avec le pays de la loi de police.

La considération de la *nature* lui permettra d'écarter les lois d'application immédiate qui ne seraient pas des lois de police (notamment les lois « narcissiques »), ainsi que les lois de police qui ne méritent cette qualification que par leur appartenance à un système dont la rigidité ne convient pas aux nécessités du commerce international.

Le juge vérifiera aussi que l'objet de la loi de police appelle bien, objectivement, son application en l'espèce ; ce contrôle rend à nos yeux inutile l'exigence, moins précise, du « lien étroit » : le lien significatif est celui qui est en rapport avec l'objet de la loi.

Quant à la mention des conséquences respectives de l'application et de la non-application, son caractère très général et très vague la rend équivoque. En particulier, s'agit-il de se demander si l'État auteur de la loi de police présente avec la situation des liens assez significatifs, exclusifs d'un impérialisme qui conduirait à un refus de compétence, ou bien de porter un jugement positif ou négatif sur la politique étrangère, appréciée *en elle-même* ? Dans la première hypothèse, on se situe sur le terrain de la compétence, dans la seconde sur celui de l'ordre public. Il semble en fait que les deux aspects soient visés ; ils sont d'ailleurs difficilement dissociables. Compétence et exception d'ordre public s'opposent nettement dans la méthode du conflit de lois parce que la première est attribuée automatiquement, dans l'ignorance du contenu des règles étrangères ; c'est donc seulement dans un second temps que l'exception d'ordre public peut jouer, en fonction de l'examen de la règle désignée, pour remettre en cause cette désignation. Lorsqu'en revanche, la loi de police étrangère n'est pas désignée par une règle de conflit de loi, son application est en elle-même exceptionnelle et suppose un jugement positif sur son opportunité, jugement global qui intègre la question des liens et celle de la légitimité en soi du but poursuivi. Les deux considérations peuvent dans certains cas se compenser, de sorte qu'une loi de police étrangère qui correspond à une exigence jugée particulièrement légitime par l'État du for pourra être déclarée applicable à des situations ne présentant que des liens relativement lâches avec elle.

Le projet de la loi fédérale suisse sur le droit international privé donne au juge des indications très comparables. Le juge doit prendre en considération, tout d'abord, le but de la loi de police, ce qui semble correspondre à l'objet dans la

Convention de Rome ; il doit constater s'il existe entre la cause et la loi étrangère une relation « suffisamment étroite », exigence qui paraît pourtant incluse dans la précédente ; il doit enfin apprécier la *légitimité des intérêts* en faveur de l'application (ou de la prise en considération) de la loi, « en raison des circonstances de l'espèce et des buts poursuivis par cette loi » ; ce facteur permet de récusar en particulier les lois trop « impérialistes » et les lois contraires à l'ordre public.

On peut s'attendre à ce que des formules aussi vagues soient critiquées par beaucoup, au nom de la nécessaire prévisibilité des solutions<sup>137</sup>. C'est vraisemblablement la raison pour laquelle les rédacteurs de la Convention ont prévu une réserve quant à l'adoption de l'article 7. Mais dans le domaine du droit, et spécialement du droit international privé, la perfection est souvent hors d'atteinte ; il faut alors seulement chercher à s'en approcher le plus possible. Or, il est exclu, en l'état actuel et probablement pour longtemps sinon pour toujours, qu'un État s'engage à appliquer aveuglément toutes les lois étrangères qui « veulent » s'appliquer (même en laissant de côté l'hypothèse particulière du cumul). Aucun critère précis de sélection ne peut non plus être dégagé. Faut-il pour autant renoncer totalement ? Non, ne serait-ce que parce que le refus du juge, prévisible en lui-même sur le plan interne, serait source d'une imprévisibilité plus grande sur le plan international (V. *supra*, n° 45).

### c) *Mise en œuvre du principe de l'application des lois de police en tant que telles*

51. — Une fois admis le principe de l'application des lois de police étrangères, et les limites dans lesquelles il convient de l'enfermer, deux problèmes de mise en œuvre restent à résoudre : l'application de la loi de police est-elle obligatoire pour le juge ? Comment résoudre le conflit, positif ou négatif, de lois de police ?

#### 1° *Caractère facultatif ou obligatoire de l'application de la loi de police*

52. — En droit français, l'application d'office par le juge d'une loi étrangère n'est jamais obligatoire<sup>138</sup>. Ce qui est vrai dans le cadre de la méthode du conflit de lois l'est *a fortiori* dans celui du procédé des lois de police. On ne peut demander au juge, sans le secours des parties, de rechercher dans toutes les législations avec lesquelles la situation est en contact s'il n'existe pas une loi de police qui aurait vocation à s'appliquer. Même si la jurisprudence *Bisbal* était un jour abandonnée pour les règles de conflit, elle devrait être maintenue pour les lois de police<sup>139</sup>.

137. V. déjà les interventions en ce sens de MM. Bischoff et Fouchard au Comité français de droit international privé : *Tanzan* 1971-1973, p. 183 s. ; *atelle* RM, North. « The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations » : *Journ. of Bus. Law* 1980, 382, p. 387.

138. Cass. civ. 12 mai 1959, *Bisbal* ; *Clunet* 1960, 810, note Sialicelli ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1960, 62, note Batiffol ; *D.* 1960, 610, note Malaurie ; *J.C.P.* 60, II, 11733, note Morulsky.

139. En ce sens P. Mayer, « L'office du juge dans le règlement des conflits de lois » : *Tran. Comité fr. dr. int. pr.* 1975-1977, 233.

53. — Mais ceci ne résout en aucune façon la question de savoir si, lorsqu'une au moins des parties invoque une loi de police étrangère, et que les conditions mises à son application sont remplies, le juge est obligé de l'appliquer<sup>140</sup>.

Pour répondre négativement, on a fait valoir qu'obliger le juge à appliquer les lois de police étrangères le conduirait à une impasse lorsque la situation présente des liens avec deux lois contradictoires<sup>141</sup>. L'argument n'est pas plus convaincant que celui qui consisterait à dire que le juge de l'exequatur est libre de ne pas l'octroyer, sous prétexte que deux jugements contradictoires risquent d'être invoqués devant lui ! L'hypothèse exceptionnelle d'un conflit de lois de police, comme celle d'un conflit de jugements, ne doit pas modifier la formulation générale de la règle, mais faire l'objet d'une disposition elle-même exceptionnelle. Et il n'est pas interdit de donner au juge au moins une directive, plutôt que de s'en remettre entièrement à lui (V. *infra*, n° 57).

On a avancé également l'idée que le juge, « qui n'est obligé ni de respecter les ordres ni de se conformer à la politique d'un État étranger », agit par *comitas gentium*<sup>142</sup>. Mais la *comitas* se manifeste au niveau de l'État du for, et non du tribunal. Rien ne s'oppose logiquement à ce qu'un État, agissant par *comitas*, oblige son juge à appliquer, dans certaines hypothèses, la loi étrangère.

Il est toujours critiquable de laisser au juge une liberté totale. Ce l'est particulièrement dans les domaines controversés. Or l'idée d'appliquer des lois de police suscite des résistances, d'intensité variable, chez les magistrats. L'application effective d'une loi de police à une situation donnée risque alors de dépendre de l'attitude individuelle du magistrat saisi.

Certes, l'application d'une loi de police étrangère ne peut être automatique, pour les raisons qui ont été dites plus haut. Mais absence d'automatisme et caractère facultatif ne se confondent pas. Dire au juge qu'il doit confier la garde des enfants mineurs à l'un ou l'autre époux, en cas de divorce, selon l'intérêt de ces enfants, ménage la souplesse nécessaire mais ne laisse pas de place à l'arbitraire. Le juge *doit* rechercher l'intérêt de l'enfant, et il *doit* en tenir compte lorsqu'il l'a déterminé.

Sans doute est-il facile au juge de déguiser un choix partiel en choix raisonné, en s'abritant derrière son pouvoir d'appréciation. Mais faut-il présumer qu'il se comportera de façon contraire à la loi ? De plus un certain contrôle reste possible de la part de la Cour de cassation, au niveau de la motivation et de la qualification.

54. — Les textes législatifs ou conventionnels déjà cités ne semblent pourrants faire aucune obligation au juge d'appliquer les lois de police étrangères.

C'est certain en ce qui concerne le projet suisse : « Les dispositions d'une loi autre que celle que désigne la présente loi *peuvent* être appliquées ou prises en

140. M. Chapellet, *op. cit.*, n° 424, ne distingue pas l'obligation d'appliquer la loi de police d'office et l'obligation de l'appliquer lorsqu'elle est invoquée par une partie. Il exclut la seconde par les arguments qui condamnent la première.

141. Chapellet, *op. cit.*, n° 425 ; M. Paul Lagarde (*Travaux Comité fr. dt. int.*, pr. 1971-1973, p. 162 et p. 185) justifie seulement par la l'absence d'automatisme du rôle du juge.

142. Foyer, « L'avant-projet... », précité, p. 592.

considération ». La même observation vaut pour la convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire : « Il *peut* être donné effet aux dispositions impératives... »

La Convention de Rome prévoit apparemment elle aussi une simple faculté, puisqu'elle reprend la formulation de la Convention de La Haye qui vient d'être citée. Mais le texte poursuit : « Pour décider si effet *doit* être donné à ces dispositions impératives, il *sera* tenu compte... » Dans ce contexte, le mot « pourra » change de sens et traduit plutôt l'idée d'*opportunité* que celle de *faculté* : si la nature et l'objet des dispositions impératives le justifient, effet *doit* leur être donné. Il semble aussi que la Convention n'ait pas voulu imposer directement aux juges une obligation qui dans certains pays soulèverait des problèmes constitutionnels<sup>143</sup> ; mais en France le juge peut se voir imposer cette obligation, qui n'est contraire ni à la Constitution ni aux termes de la Convention.

55. — Si l'interprétation que nous proposons est correcte, s'ensuit-il que le juge doit appliquer la loi de police non seulement lorsqu'elle est invoquée par une partie, mais aussi d'office, sous peine de violer la Convention<sup>144</sup> ?

Il nous semble que non. Lorsque des États adoptent par voie conventionnelle des règles de droit privé (substantiel ou non) uniformes, ils s'engagent à les introduire dans leur législation, mais il n'y a pas lieu de penser qu'ils leur confèrent un statut procédural différent de celui des règles de droit interne<sup>145</sup>. Il est vrai qu'une expression telle que : « Il devra être donné effet... » serait ambiguë, et pourrait être interprétée non comme une obligation faite au juge par chaque État partie, à qui il appartiendrait d'en préciser la portée exacte, mais comme un engagement de portée absolue pris par les États eux-mêmes. L'expression retenue par les auteurs de la convention ne comporte pas ce risque.

## 2° Conflits de lois de police

56. — Les auteurs distinguent le conflit positif (cumul) et le conflit négatif (lacune).

Le premier suppose que sont en présence deux ou plusieurs lois de police dont chacune, si elle n'était en concurrence avec les autres, serait déclarée applicable par le juge, mais qui ne peuvent être simultanément appliquées.

Un tel conflit semble devoir être très rare. Presque toujours l'application de l'une des lois satisfait en même temps les exigences des autres. Si plusieurs lois

143. V. rapport Lagarde : *J.O.C.E.*, C. 282, 31 oct. 1980, p. 27.

144. V. en ce sens, à propos des règles de conflit en général, Barffol et Lagarde, *Traité*, n° 329, note 4 ; Lagarde, intervention du Comité français de droit international privé : *Travaux*, 1975-1977, p. 265.

145. Il pourrait en aller différemment si la convention avait pour objet, non d'uniformiser les règles de conflit, mais de garantir à l'un des États contractants l'application de sa loi par l'autre État ; V. en ce sens, à propos de la convention judiciaire franco-tunisienne du 9 mars 1957, qui rend applicable au statut personnel des Français en Tunisie leur loi nationale, Nisard, *Le droit international privé tunisien en matière de statut personnel*, thèse Paris 1968, multigr., n° 100, spéc. p. 178, note 1.

visent à limiter le montant des intérêts conventionnels, l'application de celle qui fixe le taux le plus bas respecte le vœu des autres. Si plusieurs lois protègent les consommateurs en prohibant les clauses « abusives », il suffit d'appliquer celle qui les définit de la façon la plus large<sup>146</sup>. Il en est ainsi parce que seul l'aspect impératif de chaque règle est d'application nécessaire ; son aspect permissif peut en revanche être écarté, même comme on l'a vu (*supra*, n° 18), par la loi que désigne la règle de conflit ordinaire<sup>147</sup>.

Un conflit de lois de police est possible dans les cas exceptionnels où deux règles de sens opposé, l'une permissive l'autre impérative, sont toutes deux des lois de police. Il faut pour cela que la règle permissive soit complétée par des dispositions qui protègent le comportement autorisé contre les atteintes que des tiers pourraient tenter de lui apporter ; ainsi de la liberté, protégée, d'adhérer à un syndicat, qui pourrait entrer en conflit avec une loi prohibant toute appartenance syndicale<sup>148</sup>.

Un conflit peut également surgir si deux lois de police, allant au-delà de la simple prohibition d'un comportement, *organisent* une situation de façon incontestable. Cette catégorie serait très riche si on incluait les lois de droit public dans le domaine des lois de police ; si l'on prend le parti inverse comme nous l'avons fait, elle semble au contraire peu abondante.

57. — En cas de conflit véritable, il faut distinguer selon que l'une des lois en présence est celle du for ou non.

Dans la première hypothèse, la solution s'impose : il faut préférer la loi du for<sup>149</sup>.

Dans la seconde, diverses propositions ont été faites par la doctrine.

Pour M. Loussouarn, « le recours à la règle de conflit du for semble alors inéluctable »<sup>150</sup>. Mais c'est renoncer à tenir compte des particularités des lois en conflit.

Les unilatéralistes suggèrent d'appliquer la loi qui « risque le plus de s'imposer en fait aux parties »<sup>151</sup> ; c'est l'idée d'effectivité<sup>152</sup>. Mais si le juge auquel le

146. Dans le cadre de la Convention de Rome, est-il concevable d'appliquer une loi autre que celle désignée à l'article 5 (ou à l'article 6), plus protectrice du consommateur (ou du salarié) qu'elle, et qui « veut » s'appliquer bien qu'elle ne soit pas la loi du contrat ? En théorie, la réponse affirmative nous paraît devoir s'imposer. La façon dont l'article 7 définit les lois de police (« dispositions impératives [...] applicables quelle que soit la loi régissant le contrat ») est très large et inclut les lois protectrices des consommateurs et des salariés, même si celles-ci font par ailleurs l'objet de dispositions particulières dans la même convention. En pratique, cependant, on conçoit mal qu'une loi qui ne soit ni celle du contrat ni celle que désignent les articles 5 ou 6 de la Convention, puisse avoir une prétention sérieuse à l'application.

147. M. Wengler (« Unfair Competition... », précité, p. 185) donne l'exemple des lois sur la concurrence, qui lui paraît particulièrement propre à cette forme d'application cumulative.

148. M. Wengler (*op. cit.*) donne l'exemple de deux lois qui reconnaissent à deux personnes différentes le droit exclusif d'utiliser une marque.

149. En ce sens Francescakis, *Rep. Dalloz dr. int.*, V. *Conflit de lois (Principes généraux)*, n° 149.

150. Cours précité, p. 336.

151. Gauthier, *op. cit.*, p. 34.

152. M. Lequette (*op. cit.*, n° 315) se rallie à cette idée lorsqu'elle est utilisable, c'est-à-dire selon lui lorsqu'il existe un lien d'exécution nécessaire. Pour le recours à la notion d'effectivité, V. également Chapelle, *op. cit.*, n° 415.

problème se pose a été saisi, c'est presque toujours parce que la décision qu'il prononcera a plus de chance d'être exécutée que celle que rendrait un autre juge. La loi la plus effective est donc tout simplement celle qu'il choisit d'appliquer ; la directive de l'effectivité ne lui est d'aucune utilité.

Il faut en revenir finalement aux éléments qui permettent au juge de prendre sa décision sur l'applicabilité d'une loi de police, même isolée. Puisque le juge doit tenir compte de sa nature, de son objet, de sa légitimité, etc., pour dire si *oui* ou *non* une certaine loi de police doit être appliquée, n'est-il pas logique et simple qu'il tienne compte, en cas de pluralité de lois de police, de ces mêmes éléments, en les comparant dans chacune des lois pour dire laquelle doit être appliquée de préférence aux autres ? Le silence de la convention de Rome sur l'hypothèse du conflit de lois de police montre que c'est en recourant aux directives générales énoncées à l'article 7 qu'il faut le résoudre ; la même remarque peut être faite au sujet du projet de loi fédérale suisse.

58. — Le « conflit » négatif mérite à peine ce nom. Il suppose qu'aucune des lois en présence ne comporte une loi de police qui prétende s'appliquer, ce qui est une situation fréquente et normale. Le juge recourra à la règle de conflit ordinaire, et appliquera dans l'ordre juridique désigné la règle qui a vocation de par son contenu à régir la situation<sup>153</sup>.

Le problème que pourrait susciter un *refus* d'application — et non une simple absence de revendication de compétence — par la loi de police comprise dans la législation désignée va être à présent examiné, dans le cadre de l'hypothèse plus générale où la loi de police est désignée par la règle de conflit du for.

### C. — La loi de police étrangère est désignée par la règle de conflit du for

59. — Lorsque la règle de conflit du for désigne un ordre juridique étranger qui comporte sur le point en cause une loi de police, nul problème ne se pose si cette dernière « veut » s'appliquer. Dès lors que l'on a démontré (V. *supra*, A) qu'une loi de police étrangère n'est pas en soi inapplicable, il suffit qu'elle soit régulièrement désignée, et qu'elle ne soit pas contraire à l'ordre public, pour que le juge saisi doive l'appliquer. On respecte par là la cohérence de l'ordre juridique étranger<sup>154</sup>. Le renvoi n'est pas susceptible d'intervenir car par hypothèse la règle de conflit qui double la loi étrangère de police désigne celle-ci et, spéciale, déroge à la règle de conflit bilatérale générale.

La situation serait tout à fait différente si la norme étrangère était, non une loi de police, mais une décision législative. La règle de conflit donne en effet

153. En ce sens Neumayer, *op. cit.*, p. 76 ; Lequette, *op. cit.*, n° 316.

154. En ce sens Barifol et Lagarde, *Traité*, n° 251 ; Barifol, note à la *Rev. crit. dr. int.*, pr. 1973, 523 ; Deby-Gérard, *op. cit.*, n° 91 ; La Pradelle, note au *Cronos* 1970, 935.

Les exemples généralement cités d'application de lois de police étrangères mettent presque toujours en cause des décisions ou des règles de droit public. V. cependant Trib. gr. inst. Seine 13 avril 1967, *Intradank* : *Rev. crit. dr. int.*, pr. 1969, 68, et la chronique de M. Gavaldà : *Rev. crit. dr. int.*, pr. 1969, 1.

compétence à l'ensemble formé par les règles étrangères, y compris les lois de police, mais ne désigne pas les décisions. Par exemple, le fait qu'un contrat international présentant des points de contact avec les pays I et II soit soumis à la loi du pays III, et que la règle de conflit du for admette ce choix ne signifie pas que le juge saisi soit prêt à donner effet à la décision prise par III d'exproprier l'une des créances nées du contrat, sous prétexte qu'elle est soumise à sa loi<sup>155</sup>.

La règle de conflit n'a pas non plus vocation à désigner les lois étrangères de droit public, puisque la compétence de celles-ci repose sur l'implication de l'État dans l'énoncé de la question de droit, et non sur la localisation de la situation. Pour savoir, par exemple, si un travailleur français employé par une société marocaine doit verser un impôt sur son salaire à l'État marocain, point n'est besoin de s'interroger sur la loi applicable au contrat de travail : seule la loi marocaine peut apporter la réponse cherchée<sup>156</sup>. Si le juge français refuse de l'appliquer, ce ne sera pas pour lui substituer la loi française, même si elle est la *lex contractus*, car elle est muette sur la question.

60. — Lorsque la loi de police étrangère ne réclame pas sa compétence, la situation est plus complexe, et les propositions doctrinales pour la résoudre sont assez variées.

On mentionnera rapidement la tentative faite par M<sup>me</sup> Deby-Gérard<sup>157</sup> pour éluder le problème. Selon cet auteur, le renvoi est toujours susceptible de faire sortir la situation de l'ordre juridique étranger, et de la référer, soit à la loi du for, soit à une loi tierce. Dans sa conception, c'est la règle de conflit spéciale adjointe à la loi de police qui opérerait le renvoi, puisque selon elle les critères des lois de police doivent être bilatéralisés (V. *supra*, n° 18)<sup>158</sup>. Mais même si la règle de conflit spéciale était unilatérale, le renvoi n'en serait pas moins assuré par la règle de conflit bilatérale générale<sup>159</sup>.

Cette opinion comporte une part de vérité, en ce sens que le renvoi est parfaitement susceptible d'intervenir si la règle de conflit générale étrangère désigne la loi du for ou une loi tierce. Mais d'abord ce n'est pas nécessairement le cas : le critère général bilatéral étranger, par définition différent du critère de la loi de police étrangère, peut parfaitement coïncider avec le critère bilatéral du for. Ensuite les conditions du renvoi, notamment son acceptation par le pays désigné au second degré, peuvent ne pas être réunies. Enfin, la matière peut exclure le renvoi : c'est précisément le cas dans le domaine des contrats, où l'intervention des lois de police est la plus fréquente<sup>160</sup>.

155. V. P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions...*, précité, n° 269.

156. *Contrat* Cass. soc. 11 févr. 1970 : *Bull. cit.* 1970, V, n° 98, p. 75.

157. *Op. cit.*, n° 98.

158. *Contrat* Francescakis, « La théorie du renvoi... », précité, p. 74, et Toubiana, *op. cit.*, n° 237, pour qui le renvoi est absolument exclu.

159. En ce sens Matury et Derrupé, *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 532 B, n° 135.

160. Sans doute pour M<sup>me</sup> Deby-Gérard, l'exclusion du renvoi en matière contractuelle ne concerne pas la règle de conflit spéciale propre aux lois de police. Mais on a dénoncé plus haut (n° 18) l'idée que cette règle de conflit spéciale puisse avoir une fonction de désignation d'un ordre juridique étranger.

On se placera, pour la suite, dans l'hypothèse où le renvoi ne joue pas.

61. — La loi de police étrangère refuse-t-elle de s'appliquer ? Et si oui, le juge saisi doit-il tenir compte de ce refus, ou passer outre, et de quelle façon ? Telles sont les deux questions qu'il importe de résoudre et qui ont divisé la doctrine.

Dans une opinion, qui tient pour acquis que la loi de police refuse de s'appliquer des lors qu'elle n'a pas une volonté positive à l'application, ce refus doit être négligé par le juge saisi, afin d'éviter une lacune ; la solution s'imposerait avec une force particulière dans un pays comme l'Italie, qui condamne le principe même de la prise en considération des règles étrangères de droit international privé.

Dans l'opinion opposée, le refus d'application, lorsqu'il est constaté, doit être respecté ; la lacune est, soit négligée, soit comblée par des moyens variables selon les auteurs.

Cette seconde opinion, défendue à propos de règles substantielles autolimitées qui en général ne sont pas des lois de police, s'appuie sur la distinction présentée dès le début de cet article entre critères spatiaux relatifs à la compétence de l'ordre juridique étranger et critères spatiaux relatifs au domaine d'une règle substantielle étrangère : si le respect des premiers ne s'impose pas, celui des seconds, qui sont ici en cause, est une nécessité logique.

Puisque les critères spatiaux des lois de police mettent en cause à la fois la compétence de l'ordre juridique et le domaine d'application de la règle (V. *supra*, n° 10), il importe de bien distinguer ces deux fonctions.

#### a) Portée du critère spatial de la loi de police étrangère dans sa fonction de désignation de l'ordre juridique

62. — L'absence de désignation de l'ordre juridique étranger par la règle de conflit adjointe à la loi de police n'empêche nullement le juge saisi de s'en tenir à la désignation de cet ordre par sa propre règle de conflit.

Le principe, en effet, en droit international privé, est qu'il n'y a pas lieu de tenir compte des règles de conflit étrangères. L'exception que constitue le renvoi peut jouer, mais nous nous sommes placés dans l'hypothèse où ses conditions de fonctionnement ne sont pas réunies. On ne peut pas dire non plus que, la loi étrangère se déclarant inapplicable sans qu'une autre loi soit désignée, on n'appliquera aucune loi<sup>161</sup> ; retentir du renvoi l'exclusion de la loi étrangère sans substituer à celle-ci la loi qu'elle désigne paraît impossible à justifier théoriquement.

D'ailleurs, le fait que l'ordre juridique étranger ne revendique pas spécialement sa compétence ne signifie pas qu'il la dénie. Même si le contenu de la loi de police n'appelle pas impérieusement son application à l'espèce, il se peut qu'elle apporte une solution néanmoins raisonnable au problème posé ; et dans la négative, il reste encore la possibilité d'appliquer la règle complémentaire. Il n'est donc pas exclu que l'ordre juridique étranger soit rendu compétent par sa propre règle de conflit de lois générale (V. *supra*, n° 12). Même si ce n'est pas le cas, l'absence

161. V. cependant en ce sens Toubiana, *op. cit.*, n° 237, et Chapelle, *op. cit.*, n° 408.

de compétence de l'ordre juridique étranger selon ses critères provient alors, non d'un refus opposé par la loi de police, mais d'une absence de désignation par la règle de conflit générale ; il ne s'impose donc pas davantage au juge saisi que dans les banales hypothèses où, en l'absence de toute loi de police, le juge saisi applique, sans se soucier du droit international privé étranger, la loi que désigne sa propre règle de conflit<sup>162</sup>.

63. — Le même raisonnement pourrait être tenu à l'égard des règles de conflit unilatérales étrangères. Bien que l'unilatéralisme constitue un procédé distinct de celui des lois de police, il comporte comme lui le recours à un ou plusieurs critères spéciaux, dérogeatoires au critère général, pour désigner l'ordre juridique de l'auteur de ces critères. Le juge saisi ne tiendra pas plus compte des critères spéciaux que du critère général, et ce, qu'ils désignent l'ordre juridique étranger (V. *supra*, n° 44) ou qu'ils ne le désignent pas.

Un problème délicat, étranger aux lois de police, peut surgir à l'égard des règles de conflit unilatérales : celui de les distinguer des règles autolimitées. Tout dépend de la nature du critère spatial utilisé par le législateur étranger : concerne-t-il la compétence de l'ordre juridique — et l'on est en présence d'une règle de conflit unilatérale (éventuellement bilatéralisable) — ou le domaine d'application d'une règle, qui est alors autolimitée<sup>163</sup> ? Il est souvent difficile de trancher<sup>164</sup>. On se fera bien entendu à la jurisprudence étrangère. Les tribunaux anglais ont considéré comme une règle de conflit unilatérale la section 8 de l'*English Legitimacy Act*, 1926, ainsi rédigé : « Lorsque les parents d'un enfant illégitime se marient entre eux, le mariage emporte légitimation si, au moment du mariage, le père est domicilié en Angleterre ou au Pays de Galles<sup>165</sup> ». Par conséquent, un juge français dont la règle de conflit désignerait la loi anglaise pour régler une légitimation devrait appliquer l'*Act* même si le père n'était pas domicilié en Angleterre ou au Pays de Galles au moment du mariage : la règle de conflit anglaise ne s'impose pas à lui, et le renvoi est exclu dans l'application de l'article 311-16 du Code

162. Rappelons que nous nous sommes placés dans l'hypothèse où les conditions du renvoi ne sont pas réunies.

163. Les critères des lois de police concernent quant à eux à la fois les deux aspects.

Le problème qui se pose à l'égard de ces lois est de les distinguer des règles de conflit unilatérales (V. *supra* n° 24 et 25).

164. Par exemple, M. Mann (*op. cit.*, p. 126, note 6) se demande si l'article 16 de la loi française du 18 juin 1966 sur l'affrètement et le transport maritime (V. *supra*, n° 25) constitue bien une règle de conflit unilatérale, comme l'affirme la doctrine française, et non pas plutôt un principe d'autolimitation des règles substantielles. L'analyse traditionnelle nous paraît être la bonne, pour les mêmes raisons qui nous ont fait écarter la qualification de loi de police : la matière du transport maritime est soumise à la loi française dans son ensemble par les critères de rattachement ; ceux-ci ne sont donc pas relatifs à des règles déterminées (V. *supra*, n° 25). Mais ce critère n'est pas toujours utilisable.

165. Exemple donné par Kahn-Freund (Cours précité, p. 239) et par Lipstein (« Les normes fixant leur propre domaine d'application : les expériences anglaises et américaines » : *Traité de droit international privé*, 1977-1979, 187. — M. Mann (*op. cit.*, p. 120) analyse de la même façon le *Legitimacy Act*, 1926 relatif aux effets du mariage puratif sur la légitimité des enfants.

civil<sup>166</sup>. De même, la doctrine tend à voir une règle de conflit unilatérale dans le *Marriage Enabling Act*, 1960, qui permet aux personnes divorcées d'épouser le frère ou la sœur de leur ex-conjoint si elles sont domiciliées en Angleterre<sup>167</sup>.

En revanche, la Section I (1) de l'*Intestacy (Provisions for Family and Dependents) Act*, 1975, qui restreint à la famille d'un *de cuius* domicilié en Angleterre le bénéfice des dispositions de l'*Act* limitant les possibilités d'habédation du conjoint et des enfants, concerne (V. *supra*, n° 8) le domaine spatial de la règle et non la compétence de l'ordre juridique<sup>168</sup>. En Angleterre même, il en résulte que les droits successoraux sur un immeuble sis en Grande-Bretagne, soumis au droit anglais en vertu de la règle de conflit anglaise, s'apprécient en tenant compte de l'*Act* si le *de cuius* était domicilié en Grande-Bretagne, et sans en tenir compte dans le cas contraire<sup>169</sup> : deux règles substantielles, complémentaires l'une de l'autre, co-existent dans l'ordre juridique anglais, la première résultant d'une loi (*statute law*) et la seconde de la *common law* ; leur domaine respectif est délimité par un critère spatial<sup>170</sup>.

Dans la même hypothèse, un juge français ne devrait-il pas respecter le domaine d'application attribué aux deux règles par le droit anglais ? La réponse affirmative nous paraît s'imposer pour toutes les lois autolimitées, qu'elles soient ou non des lois de police ; c'est, en effet, la seconde fonction du critère spatial qui est désormais en cause.

#### b) Portée du critère spatial de la loi de police étrangère dans sa fonction de délimitation du domaine d'application d'une règle

64. — Il a déjà été indiqué que souvent — et non toujours — les lois de police excluaient leur propre application aux situations qu'elles n'avaient pas la volonté particulière de régir. La compétence de l'ordre juridique n'étant pas pour autant remise en cause, c'est la règle complémentaire de cet ordre qui doit être appliquée.

On vient de voir un exemple d'autolimitation impliquant une règle substantielle (la règle anglaise relative aux droits successoraux de la proche famille du *de cuius*) qui ne constituait pas une loi de police. D'autres exemples, qui ne sont pas relatifs non plus à des lois de police, sont bien connus. Ainsi le *Merchant Shipping Act*, 1894, loi introduisant en droit anglais les règles révisées de La Haye, les limites

166. Au moins dans la mesure où la légitimation est admise par la loi étrangère désignée.

167. En ce sens Lipstein, *op. cit.*, p. 193, 205, 209 et 213. En France, la doctrine considère l'article 5 du Code du travail maritime, aux termes duquel « la présente loi est applicable aux engagements conclus pour tout service à accomplir à bord d'un navire français », comme une règle de conflit unilatérale à bilatéraliser.

168. En ce sens Lipstein, *op. cit.*, p. 192. L'opinion opposée est soutenue, à propos de l'*Intestacy (Family Provisions) Act*, 1938, par M. Mann, *op. cit.*, p. 132 à 134.

169. En ce sens Cheshire, *Private International Law*, 9<sup>e</sup> éd., 1974, par P.M. North, p. 507 ; Dicey and Morris, *Conflict of Laws*, 9<sup>e</sup> éd., 1973, p. 604.

170. Les difficultés d'interprétation des critères spatiaux particuliers contenus dans les *Statutes*, illustrés par les exemples qui précèdent, ont conduit M. Morris à condamner le recours à ce procédé législatif : « The choice of law Clause » : *L.Q.R.* 1946, 170.



aux transports maritimes des marchandises effectués au départ d'un port du Royaume-Uni ; le *Privy Council* en a conclu, dans son arrêt célèbre *Via Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.* de 1939<sup>171</sup>, que le choix par les parties du droit anglais pour un transport entre deux ports étrangers devrait se traduire par l'application des règles anglaises, non comprises les modifications introduites par l'Art<sup>172</sup>.

D'autres exemples classiques nous ramènent à notre sujet, car ils concernent des lois de police. On a déjà cité : la loi de l'État australien de Victoria limitant le taux des intérêts (*supra*, n° 12), la loi française du 1<sup>er</sup> septembre 1948 sur les immeubles à usage d'habitation. En général, l'autolimitation des lois de police n'est pas expresse mais peut être découverte par interprétation. Le Tribunal de Justice de Paix d'Amsterdam a jugé le 24 avril 1955<sup>173</sup> qu'un salarié travaillant au Surinam en vertu d'un contrat de travail soumis au droit néerlandais pouvait être licencié sans l'autorisation du Bureau Régional du Travail prévue par le droit hollandais, au motif que « les intérêts socio-économiques du marché néerlandais du travail ne sont pas mis en cause par le contrat, du moment où l'exécution en est assurée au Surinam ». L'arrêt *Seyers v. International Drilling Co N.V.* rendu par la *Court of Appeal* d'Angleterre<sup>174</sup>, à propos du contrat de travail d'un Anglais employé par une société néerlandaise au Nigeria, a distingué dans le droit hollandais qui régissait le contrat, deux règles : l'une applicable aux contrats internes et annulant des clauses qui limitent la responsabilité de l'employeur en cas d'accident du travail, l'autre, retenue en l'espèce, applicable aux contrats internationaux et consacrant — selon l'expression de De Nova<sup>175</sup> — « le principe général de la liberté des contractants, c'est-à-dire de l'autonomie de la volonté au sens du droit privé ».

Les règles substantielles de droit privé qui réservent expressément certains avantages aux nationaux appellent des remarques particulières. D'une part, ce sont les règles auto-limitées puisqu'elles excluent les étrangers. D'autre part, il se trouve que ce sont toujours des lois de police<sup>176</sup>. Mais le critère spatial qui détermine leur domaine d'application nécessaire n'est pas la nationalité ; il est toujours de nature territoriale (par exemple : le lieu de situation de l'immeuble pour le droit de reprise en matière de bail urbain d'habitation). Si le critère territorial est

également autolimitatif (V. sur ce point, *infra*, n° 70), la règle est donc doublement autolimitée : aux nationaux d'une part, aux situations localisées sur le territoire national d'autre part.

65. — Dans l'affaire *Seyers*, la loi de police figurait dans un ordre juridique étranger, et le juge a accepté de tenir compte de son autolimitation.

Cette solution est approuvée, pour les règles autolimitées en général, par la majorité des auteurs<sup>177</sup>. Le bon sens l'impose. Donner compétence à un ordre juridique étranger signifie que l'on décide de lui emprunter la règle qui résoudra la question de droit posée. Il faut donc la prendre telle qu'elle est, ou ne pas la prendre du tout (si elle est contraire à l'ordre public notamment) ; le juge n'est autorisé ni à l'inventer ni à la modifier, réserve faite d'une éventuelle adaptation limitée au strict minimum et dûment motivée. Il est injustifiable de poser en principe que l'on fera abstraction de telle ou telle partie de la règle étrangère. Or, le domaine d'application spatial d'une règle fait partie de son présupposé ; ne pas en tenir compte, c'est donc modifier la règle. Qui hésiterait à reconnaître que si un juge étranger appliquait la législation française de 1948 à un bail portant sur un immeuble situé dans un petit village français, alors que le droit français le soumet au droit commun du bail urbain, il violerait le droit français en prétendant le respecter ? Ce qui est vrai pour une règle qui se limite aux biens ou aux faits situés sur une fraction du territoire national l'est aussi pour une règle qui se limite aux biens ou aux faits situés en un point quelconque de ce territoire, par opposition au territoire des États étrangers.

La même remarque s'applique aux règles qui réservent le bénéfice de leurs dispositions aux nationaux : dès lors qu'elles sont désignées par le droit international privé du for, le juge est tenu de s'incliner devant l'autolimitation qu'elles prévoient, même si elle conduit à dénier un droit à l'un de ses propres nationaux<sup>178</sup>. Il n'en irait autrement que si l'exclusion paraissait contraire à l'ordre public.

66. — Le problème, de façon générale, est analogue à deux autres, qui mettent aussi en cause le domaine d'application que s'assignent les règles étrangères, et que le droit positif, comme la doctrine, résout par le principe du respect de ce domaine : ceux du domaine d'application de la loi étrangère dans le temps<sup>179</sup>, et de la qualification en sous-ordre<sup>180</sup>.

177. Wengler « Unfair competition... », précité, p. 187 ; Nussbaum, *Principles of Private International Law*, p. 71 ; Neumayer, *op. cit.*, p. 59 ; Grulich, *op. cit.*, p. 642 ; Unger, *op. cit.*, *supra* note 16, p. 442-443 ; Danson, *1 Harvard Journal of Legal*, 115 passim ; De Nova, articles précités et en particulier 54 *Cal. Law Rev.* 1569, p. 1570 et 1571 ; Kahn-Freund, *Cours précité*, p. 241 ; Mann, *op. cit.*, p. 129 s. ; Karamitilo, *op. cit.*, n° 569.

178. En ce sens Carmer, *op. cit.*, p. 456 s. ; P. Mayer, *Précis*, n° 349 ; Trib. gr. inst. Paris 22 oct. 1968 : *Rev. crit. dr. int.* pr. 1969, 455, note Simon-Depitre.

179. V. les références à la doctrine et à la jurisprudence dans Batiffol et Lagarde, *Traité*, n° 334, notes 1 et 2. Une tendance récente, développée notamment par M. Courbe (*État sur les objectifs temporels des règles de droit international privé*, thèse Rouen 1977, multigr.), à contester le principe du respect des règles transitoires étrangères n'est guère convaincante pour

les règles de conflit qui ne comportent aucune part de substantivité.  
180. V. les références dans Batiffol et Lagarde, *Traité*, n° 298, note 1.

171. [1939] A.C. 277, [1939] *All. E.R.* 513.

172. En revanche, dans l'arrêt de la Chambre des Lords (*Adamasos Ltd v. Anglo-Saxon Petroleum Co* [1959] A.C. 133), l'incorporation dans le contrat de l'*U.S. Carriage of Goods by Sea Act*, 1936 a été comprise comme impliquant l'exclusion, de par la volonté des parties, des limites territoriales que cette loi pose. Soumission d'un contrat à une loi et incorporation d'une loi dans un contrat sont en effet deux techniques bien différentes, qui n'appellent pas les mêmes solutions. V. aussi la décision de la Haute Cour d'Australie, *Augustus v. Permanent Trustee Co (Canberra) Ltd.* [1971] 45 *A.L.J.R.* 365. Cpr. *Cass. civ.* 21 nov. 1973 : *Clairat* 1974, 583, note Bigot, à propos du statut des agents d'assurances, qui ne s'applique en principe qu'aux agents exerçant leurs fonctions en France, mais dont la Cour de cassation a admis qu'il pouvait régir, en raison de son agent français la représentant au Maroc.

173. *Clairat* 1959, 504, obs. Kollwijn ; *M.J.* 1951, 115.

174. *Lloyd's Law Reports* [1971], Vol. 2, p. 105-116.

175. « Norme autolimitaire e autonomia delle parti » : *Dir. int.* 1971, 239, p. 251.

176. V. Carmer, *op. cit. supra* note 41, p. 394 s.

Il n'est donc pas nécessaire de mettre en avant, comme le fait M. Gothor<sup>181</sup>, l'idée que « la règle de conflit de lois ne désigne pas les lois qui se trouvent être de police, avec la même autorité et la même impérativité qu'elle met à désigner les lois étrangères du droit privé, parce que celles-ci sont les seules à faire partie de la communauté de droit sur laquelle la règle de conflit a été construite ». La règle de conflit ne désigne pas spécialement des règles de pur droit privé, ou des lois de police, et ne désigne pas les unes avec une plus grande impérativité que les autres. Elle désigne l'ordre juridique entier, au sein duquel elle laisse s'accomplir, sans intervenir, le choix des règles en fonction des catégories de situations qu'elles visent ou qu'elles excluent elles-mêmes.

67. — Plusieurs auteurs ont pourtant estimé qu'il fallait passer outre le refus d'application opposé par la règle étrangère.

Un argument souvent mis en avant est celui de la lacune : on ne peut laisser la situation dans le vide juridique<sup>182</sup>. En réalité, tous les exemples déjà cités montrent clairement que, à côté de la règle (de police ou non) autolimitée existe toujours une règle complémentaire. Quelques-uns en doutent, considérant l'existence d'une règle complémentaire comme une possibilité et non comme une nécessité<sup>183</sup>. M. Paul Lagarde en particulier a fait valoir que l'évolution des législations contemporaines inclinait à penser que le droit commun se mouvait « sur un fonds d'imperativité », et qu'en conséquence on ne pouvait présumer en tous domaines l'existence d'un « droit commun non écrit entièrement permisif »<sup>184</sup>. Mais cela, qui est exact, montre seulement qu'il ne faut pas interpréter trop facilement le critère spatial des règles impératives comme un critère d'autolimitation (V. *infra*, n° 71). Si l'on suppose toutefois démontré qu'il y a bien autolimitation, alors à côté de la règle impérative existe une règle permissive ; dans le domaine contractuel, c'est la règle générale qui permet aux parties d'adopter les clauses qui leur conviennent chaque fois que l'ordre public (interne) ne s'y oppose pas. C'est une nécessité ; car s'il n'existerait pas de règle complémentaire, l'autolimitation serait celle de l'ordre juridique tout entier ; on ne serait plus en présence d'une règle substantielle autolimitée, mais d'une règle de droit international privé, dont le juge saisi, supposé être celui d'un autre pays, n'aurait pas à tenir compte.

181. *Op. cit.*, p. 230.

182. *Cavers, The choice of law process*, Ann Arbor 1965, p. 226 et s. ; Kelly, « Localising Rules and Differing Approaches of the Choice of Law Process » : *Int. and Comp. Law Qly* 1969, 249, p. 267 s. ; Lalive, Cours précité, p. 318 ; Lagarde, « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats » : *Rev. di dir. int. priv. e proc.* 1975, 649, p. 676 ; *Treu Comité fr. dr. int. pr.* 1977-1979, p. 215. M. Unger (*op. cit.*, p. 440 à 443) croit également à l'existence d'une lacune mais en déduit seulement que le procédé de l'autolimitation doit être évité. M. Chapelle (*op. cit.*, n° 417) propose quant à lui de combler la lacune par le recours à l'« ordre public réellement international de direction », dont le contenu serait exprimé par la loi du for à défaut de source internationale.

183. Lagarde, « Le dépeçage... », précité, p. 676 ; Lalive, Cours précité, p. 318 ; Jaquet, *op. cit.*, p. 508.

184. *Op. cit.*, note 88, p. 676.

La règle complémentaire est souvent implicite, posant une permission dans le domaine où la prohibition expresse ne joue pas ; elle constitue en général le droit commun, à côté d'une disposition spéciale ; en droit anglo-saxon, elle résulte presque toujours de la *common law*, la règle autolimitée étant contenue dans un *statute*. Mais peu importe : la règle complémentaire supprime toute lacune, il suffit de l'appliquer.

Les quelques contre-exemples invoqués peuvent être facilement réfutés.

Ainsi, on a fait valoir le caractère absurde de la solution donnée dans l'affaire *Soyers*, qui a abouti à priver le salarié, victime d'un accident de travail, de toute réparation<sup>185</sup>. Mais si l'autolimitation aux contrats internes existait bien en droit néerlandais, la même solution, ni plus ni moins absurde, se serait en tout cas imposée devant le tribunal hollandais ; la *Court of Appeal* a donc seulement consacré la solution, regrettable mais jugée non contraire à l'ordre public, qu'imposait l'ordre juridique déclaré compétent. En fait, ce qui est vraiment choquant dans l'affaire *Soyers* est la façon dont la preuve de la loi étrangère a été rapportée : la déposition de l'expert était ambiguë et il est fort possible que le droit hollandais ne fasse pas la distinction qui lui a été imputée<sup>186</sup>.

Une remarque analogue permet de désamorcer un exemple imaginé par M. David Cavers<sup>187</sup>. Une étincelle échappée d'une locomotive appartenant à une Compagnie canadienne de chemins de fer provoque un incendie dans le New Hampshire. Une loi de 1840 du New Hampshire, applicable en tant que *lex loci delicti*, édicte en cas d'incendie une responsabilité automatique à l'encontre des Compagnies de chemins de fer *enrichies au New Hampshire*. Faut-il refuser d'appliquer le *statute* parce que la Compagnie en l'espèce est canadienne, alors au surplus, que la loi canadienne est identique à la loi du New Hampshire ? La réponse affirmative est absurde, mais s'il faut l'écartier c'est tout simplement parce que l'interprétation de la norme comme règle autolimitée est indéfendable : en 1840, le législateur n'a visé que les Compagnies de chemins de fer du New Hampshire parce qu'elles seules étaient susceptibles de causer un accident dans le New Hampshire ; il n'y avait aucune idée d'exclusion des autres Compagnies<sup>188</sup>.

Un autre contre-exemple imaginé par M. Kelly<sup>189</sup> semble avoir causé à De Nova<sup>190</sup> de plus grandes difficultés. Une succession est soumise, selon un tribunal anglais, au droit italien<sup>191</sup>. En droit italien, la succession est régie par la loi

185. V. Wengler « Immunité législative des contrats multinationaux » : *Rev. cit. dr. int. pr.* 1971, 637, p. 648 à 652 ; Lagarde, *Treu Comité fr. dr. int. pr.* 1977-1979, p. 215.

186. En ce sens De Nova, « Norme autolimitaire... », précité, p. 251 et 252 ; Wengler, « Immunité législative... », précité, p. 643 et 644.

187. « The choice of law process », précité, p. 226 s.

188. En ce sens De Nova, « An Australian Case on the Application of Spatially Conditioned Internal Rules » : *Rev. Hell. dr. int.* 1969, 24, p. 31-32.

189. *Op. cit.*, p. 265 s.

190. « Norme autolimitaire... », précité, p. 246 à 248.

191. Français dans l'exemple original de Kelly ; De Nova propose cette adaptation, qui ne modifie pas le raisonnement.

nationale du *de cuius*, et de plus certaines règles substantielles s'appliquent non seulement aux successions laissées par des Italiens mais aussi à celles laissées par des étrangers résidant en Italie. En l'espèce, le *de cuius* était un étranger non résidant en Italie. Si l'on en déduit que les règles en question sont inapplicables, il ne s'en offre aucune autre dans l'ordre juridique italien. De Nova comède que dans un tel cas — où la règle étrangère prétendument auto-limitée à un domaine *plus large* que celui reconnu à l'ordre juridique par la règle de conflit ordinaire de cet ordre — le juge saisi doit, pour éviter une lacune, faire exceptionnellement abstraction de l'auto-limitation. En fait, les règles successorales italiennes imaginées par M. Kelly<sup>192</sup> ne sont pas vraiment auto-limitées. Ce sont des lois d'application immédiate, qui en dehors de leur domaine d'application nécessaire gardent leur vocation universelle. Seulement — et c'est ce qui peut tromper — cette vocation n'aurait guère l'occasion de se manifester devant un tribunal italien, puisque la règle de conflit italienne ne donne aucune compétence à l'ordre juridique italien à l'égard des situations non comprises dans le domaine d'application nécessaire. Cependant, on peut penser qu'elle se révélerait en cas de défaillance (absence de preuve, contrariété à l'ordre public) de la loi étrangère désignée par le droit international privé italien. Le tribunal anglais est donc fondé, lui aussi, à s'appuyer sur elle.

68. — Un autre argument contre le respect de l'auto-limitation concerne seulement les pays qui n'admettent pas le renvoi : il y aurait incohérence à rejeter le renvoi et à tenir compte des critères d'auto-limitation des règles étrangères<sup>193</sup>.

M. Kelly, en particulier, insiste sur le fait que le premier effet du renvoi (effet négatif) est de remettre en cause l'application des règles substantielles de la *lex causae*. Si cette solution est rejetée lorsque la règle de conflit étrangère est bilatérale, elle doit l'être aussi — et nous suivrons l'auteur sur ce point<sup>194</sup> — dans le cas des règles de conflit étrangères unilatérales ; peu importe que celles-ci n'aient pas en outre de fonction de désignation d'un autre ordre juridique<sup>195</sup>. Or M. Kelly, qui l'avait initialement envisagé<sup>196</sup>, se refuse finalement à distinguer règles auto-limitées et règles de conflit unilatérales.

C'est là précisément que son raisonnement cesse d'être convaincant. Il faut en revenir une fois de plus à la distinction entre compétence de l'ordre juridique et domaine d'application spatiale de la règle. Le renvoi fait une place à la règle de conflit étrangère, c'est-à-dire à la règle relative à la compétence de l'ordre juridique ; le respect de l'auto-limitation ne concerne que le choix entre

des règles substantielles intérieures à l'ordre juridique étranger, dont la compétence n'est pas remise en cause.

69. — Parmi les règles qui précisent leur domaine d'application dans l'espace, celles qui ne sont pas en même temps des lois d'application nécessaire impliquent forcément l'exclusion des situations qui n'entrent pas dans le domaine spatial qu'elles s'assignent ; l'indication de ce domaine n'aurait autrement aucun sens. Cela vaut pour les règles de droit public comme pour les règles de droit privé, et vaut également pour les décisions législatives (V. *supra*, n° 31).

En revanche, la fonction principale du critère spatial des lois d'application nécessaire étant de fixer leur domaine minimal, il n'est pas certain qu'il exclue du même coup les situations non comprises dans ce domaine<sup>197</sup>.

À défaut d'indication expresse donnée par le législateur, il faut donc interpréter la règle et se demander si elle ne convient qu'à des situations présentant un certain lien avec le pays dont elle émane, ou si elle a au contraire une vocation universelle.

Les lois d'application nécessaire qui ne sont pas des lois de police ont sûrement une vocation universelle : ce sont des règles substantielles de droit privé, édictées pour les rapports internes, qui prétendent s'appliquer *de surcroît* à des situations internationales que la règle de conflit bilatérale ne soumet pas à l'ordre juridique auquel elles appartiennent.

70. — Parmi les lois de police, en revanche, des distinctions sont à faire.

a) Celles où prédomine la considération d'intérêts privés non liés par nature à un environnement économique ou social particulier ne sont pas auto-limitées. Ainsi, les règles relatives à la protection des consommateurs sont applicables non seulement à ceux qui sont visés par le critère spécial de rattachement mais plus généralement à tous les consommateurs, leur application effective dépendant seulement de la compétence de l'ordre juridique (qui peut résulter notamment du choix des parties ou de la localisation du contrat), et de leur absence d'éviction par une règle plus protectrice<sup>198</sup>.

b) L'auto-limitation peut être justifiée, soit par le caractère purement collectif des intérêts qui ont conduit à déroger à ce que commandaient les intérêts des particuliers, soit par le fait que le contenu de la loi de police est lié à des circonstances qui ne sont vérifiées que pour les situations localisées dans l'État qui l'a édictée.

197. En ce sens Gaualich, *op. cit.*, p. 641, note 1 ; Mlaja de la Muela, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 56, p. 209.

198. En ce sens Lagarde, « Le dépeçage... », précité, p. 675 et 676. Il ne s'agit là, répétons-le, que d'une directive d'interprétation. Le législateur peut avoir déclaré expressément exclure les règles protectrices des consommateurs dans certaines situations. Une telle exclusion est *a priori* relative, mais elle figure en Angleterre dans l'*Unfair Contract Terms Act, 1977* : les dispositions relatives aux clauses abusives sont déclarées inapplicables lorsque la loi anglaise n'est la *lex contractus* qu'à la suite du choix des parties (et non comme conséquence d'une localisation objective). Sur cette loi, V. Mann, « The Proposed New Law of Exemption Clauses and the Conflict of Laws », *Int. and Comp. Law Qtrly* 1977, 903, et Jacquet, *op. cit.*, p. 515-516.

192. Elles ne correspondent d'ailleurs à aucune réalité, ni en droit italien, ni en droit français, quoi qu'il ait cru l'auteur.

193. En ce sens Balladore-Pallesi, *Diritto internazionale privato*, p. 243 s. ; Kelly, *op. cit.*, p. 268 à 270 ; Cavers, Cours précité, p. 134 ; Lalive, Cours précité, p. 317 à 319.

194. Mais V. contra Tombiana, *op. cit.*, n° 237.

195. *Op. cit.*, p. 269-270. Dans le même sens, V. Van Hecke, « Principes et méthodes de solution des conflits de lois », *Cours La Haye*, t. 126, p. 455. Nous dirions même quant à nous que c'est une raison supplémentaire de ne pas tenir compte des règles de conflit unilatérales étrangères.

196. *Op. cit.*, p. 250.

1° Un législateur ne se préoccupe et ne doit se préoccuper que des intérêts collectifs dont il a la charge<sup>199</sup>. S'il cherche à lutter contre l'inflation, il se limitera à celle qui peut affecter sa sphère économique et compromettre la solidité de sa monnaie. Non pas tant par crainte d'entraver la politique suivie par un autre État agissant dans sa propre sphère : l'application de la loi de cet État s'imposera, en tant que loi de police, si elle vise impérativement la situation en cause. Mais parce qu'il n'y a pas de raison de limiter la liberté des parties et de gêner le créancier qui tente de conserver la valeur réelle de sa créance. Il faut laisser à l'État dont la sphère économique est concernée le soin de réagir contre la clause, s'il le juge bon, en la visant par sa loi de police. La *lex contractus*, quant à elle, contiendra, à côté de sa règle impérative d'application nécessaire, une règle permissive dont le domaine sera complémentaire de la précédente. Une telle autolimitation de la loi de police était contenue dans la *Joint Resolution* américaine de 1933 abrogeant les clauses-or, qui ne concernait que les clauses relatives à des obligations stipulées en dollars<sup>200</sup>.

De même, une loi de police qui prohibe les accords restrictifs de concurrence doit être complétée, en dehors de son domaine d'application nécessaire — qui vise les accords dont les effets sont ressentis sur le marché national — par une règle qui valide ces accords<sup>201</sup>.

On remarquera que l'autolimitation des lois de police à leur seul domaine d'application nécessaire est surtout défendable si l'on est prêt à écarter la règle permissive complémentaire en donnant effet à l'éventuelle loi de police de l'État dont les intérêts sont concernés. Sinon, il serait peut-être plus judicieux, au moins dans les matières où la plupart des États pratiquent plus ou moins la même politique, de reconnaître une vocation universelle à la règle prohibitive contenue dans la *lex contractus* — au moins si elle est celle du for — seule reconnue applicable ; les objectifs supposés de la loi étrangère ne seraient donc pas totalement négligés, sans pour autant qu'elle soit admise à mettre en échec la règle de conflit. Ainsi, une large admission du principe de l'applicabilité des lois de police étrangères en tant que telles serait de nature à inciter à voir dans les lois de police (du for et étrangères) des règles auto-limitées, tandis qu'une attitude moins libérale ferait rendre vers l'interprétation contraire.

2° Même lorsque la loi de police protège seulement des intérêts privés, elle doit encore être considérée comme auto-limitée lorsque les causes de la protection sont liées à des données de fait (d'ordre économique ou social notamment) qui n'affectent que les situations présentant certains liens avec le pays du législateur.

Par exemple, les dispositions d'exception édictées par le législateur français en faveur de certains locataires (limitation des loyers, droit au maintien dans les lieux), étant liées à un état de crise du logement dans les villes françaises, n'ont pas de vocation à s'appliquer, même en supposant qu'elles ne remplissent qu'un but de protection individuelle, à des immeubles sis dans d'autres pays que la France ; si le bail est soumis à la loi française, il faudra faire application du droit commun du bail.

71. — Il convient toutefois de ne recourir qu'avec discrétion à l'interprétation « autolimitante » des règles de droit. On risque en effet, si l'on adopte le point de vue de Quadri pour qui toute règle est le fruit d'expériences déterminées, de limiter le domaine spatial de toutes les règles, au profit d'une prétendue règle complémentaire implicite dont le contenu serait inverse. De Nova s'est avancé, dans une perspective d'ailleurs non unilatéraliste<sup>202</sup>, assez loin dans cette voie<sup>203</sup>. Or, il paraît normal de considérer *a priori* qu'une règle édictée pour un certain type de relations convient mieux que la règle inverse à toutes les situations de ce type, quelle que soit leur localisation<sup>204</sup> ; s'il faut parfois l'écarter, c'est au profit non d'une autre règle du même ordre juridique, mais de la règle homologue d'un autre ordre juridique, dont la compétence est jugée préférable. Telle est la solution à la fois la plus prudente et la plus simple. Elle ne doit être écartée, en l'absence d'autolimitation expresse, que devant la démonstration certaine du caractère purement collectif et national des intérêts protégés, ou devant la constatation que la loi de police est un texte d'exception, justifié dans un contexte déterminé en dehors duquel il faut revenir au droit commun<sup>205</sup>. Les deux circonstances vont en général de pair : le législateur déroge au droit commun, établi en fonction des intérêts des particuliers, pour tenir compte d'intérêts collectifs dont il a la charge ; ces intérêts se manifestent dans un certain contexte qui ne se retrouve pas nécessairement de façon identique en dehors du territoire national.

Enfin, il est normal de retenir moins facilement l'autolimitation lorsque l'ordre juridique auquel appartient la loi de police est compétent en matière contractuelle, et surtout en tant que loi d'autonomie : l'idée peut jouer en effet que les parties se sont référées aux dispositions écrites et explicites de la loi étrangère et les ont incorporées dans leur contrat<sup>206</sup>. Mais il ne s'agit là que d'un facteur renforçant les critères précédemment mentionnés : plus il est laborieux d'interpréter la loi de police étrangère dans le sens d'une autolimitation implicite, plus il est en même temps vraisemblable que les parties ne se sont pas arrêtées à cette autolimitation.

202. Puisqu'il ne confond pas domaine spatial de la règle et compétence de l'ordre juridique, l'autolimitation, selon lui, ne remet pas en cause la compétence de l'ordre juridique. Elle conduit à appliquer la règle complémentaire du même ordre.

203. Article précité à la *Calif. Law Rev.* Cpr. Jaffey, *op. cit.*

204. Cpr. Lagarde, « Le dépeçage... », précité, p. 674.

205. Ce ne serait pas le cas, selon M. F. Rigaux (*Précis*, n° 84 et *Traité*, I, n° 302) de la loi belge du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des contrats de concession exclusive de vente, applicable aux termes de ses propres dispositions dès lors que la concession produit tout ou partie de ses effets sur le territoire belge ; elle devrait également être appliquée chaque fois que le contrat est soumis à la loi belge. Une solution analogue a été proposée en droit français pour l'indemnité de clientèle des V.R.P. (V. Baciffo, note sous Cass. soc. 5 mars 1969, *Zanarelli* : *Rev. crit. dr. int.* pr. 1970, 279 ; Simon-Depierre, *Rep. Dalloz dr. int.*, V° *Traité*, n° 3 s. ; Gohot, *op. cit.*, p. 219 et 220).

206. V. *supra*, note 172, les arrêts *Adamastos et Augustis*, qui vont jusqu'à écarter l'autolimitation expresse du *Statute* en recourant à l'idée d'incorporation. Cpr. Cass. civ. 21 nov. 1973, précité, même note.

199. Cpr. Jaffey, *op. cit.*, p. 9 et 10 ; Jaquet, *op. cit.*, p. 487.

200. V. Mann, *The Legal Aspects of Money*, 3<sup>e</sup> éd., 1971, p. 187.

201. Cpr. Goldman, *Cours précité*, p. 722.

## CONCLUSION

72. — Au terme de cette étude, il n'est pas inutile de résumer les principales conclusions atteintes.

1° Les lois de police ne sont pas les seules manifestations de la remise en cause des règles de conflit de lois bilatérales classiques comme procédé exclusif de résolution des conflits de lois. Elles ne constituent d'abord, au sein des lois d'application immédiate ou nécessaire, qu'une catégorie particulière, caractérisée par le lien rationnel entre leur contenu et leur but, d'une part, le critère spatial qui définit le domaine de leur compétence nécessaire, d'autre part. Ensuite, elles ne doivent pas être confondues avec les règles de conflit unilatérales, ne comprennent pas les règles de droit public, et sont enfin distinctes des décisions législatives.

2° Aucune raison sérieuse ne conduit à déclarer inapplicables en soi les lois de police étrangères.

3° L'application des lois de police étrangères « en tant que telles » est concevable et même souhaitable, à condition de ne pas en faire une abdication de la règle de conflit bilatérale du for devant le droit international privé étranger, mais une dérogation décidée par le for lui-même, sur la constatation du caractère nécessaire de l'application de la loi étrangère. De cette approche il résulte que, abstraction même faite de l'exception d'ordre public, les lois de police étrangères ne doivent pas être automatiquement appliquées pour la seule raison qu'elles « se veulent » applicables. D'autre part, devant l'impossibilité pour le législateur du for de dégager matière par matière dans l'abstrait un critère de rattachement — qui méconnaîtrait le lien caractéristique des lois de police entre leur objet concret et leur domaine d'application nécessaire — c'est le juge qui doit, cas par cas, apprécier l'opportunité de déroger à la règle de conflit bilatérale ; le législateur ne peut lui donner que des directives.

4° Les lois de police et les règles « autolimitées » constituent deux catégories distinctes mais qui se recoupent partiellement : certaines règles autolimitées sont des lois de police, certaines lois de police sont autolimitées. Lorsque la règle de conflit du for désigne un ordre juridique qui comprend une loi de police, et que celle-ci « ne veut pas » s'appliquer, le juge doit respecter l'autolimitation en appliquant la règle « complémentaire » du même ordre juridique, qui existe toujours. Mais, à défaut d'indication expresse du législateur étranger, sa loi de police ne doit être considérée comme s'autolimitant que dans deux hypothèses : celle où elle protège des intérêts purement collectifs en dérogeant à ce que commanderaient les intérêts des particuliers, et celle où son contenu est lié à des circonstances, notamment économiques, qui ne sont pas nécessairement vérifiées pour les situations localisées à l'étranger.

73. — Ces constatations éclairent également le phénomène de l'application des lois de police du for, et plus largement la signification générale de la méthode des lois de police.

La doctrine, mettant d'abord l'accent sur l'intervention des lois de police dans le pays auquel elles appartiennent — c'était une étape nécessaire —, a créé le

sentiment que la méthode des lois reposait sur une négation du caractère international de la situation : c'est ce que traduit d'ailleurs l'expression « loi d'application immédiate ». Elle constituerait donc une régression, tant sur le plan scientifique — en ignorant l'existence du conflit de lois — que sur le plan de l'esprit d'ouverture aux systèmes étrangers — d'où le reproche de nationalisme. Ces critiques doivent leur apparence de justesse au seul fait que l'on ne considèrerait que la moitié du phénomène. Si l'on envisage en revanche l'ensemble des lois de police, on découvre qu'elles constituent un fait objectif dont le droit international privé peut et doit tenir compte, sans opérer de discrimination majeure selon leur origine nationale ou étrangère. La méthode des lois de police ne prétend donc pas, bien au contraire, éluder le conflit de lois, et ne préconise pas le repli du for sur lui-même. Cela ne signifie pas que le procédé de désignation soit bilatéral, ce qui serait incompatible avec la nécessaire prise en considération du contenu des lois ; ni même qu'il y ait symétrie entre les lois du for et les autres car, vis-à-vis du juge saisi, les premières mettent en jeu la volonté de leur seul auteur, tandis que les secondes appellent une combinaison entre la volonté de leur auteur étranger et celle du législateur du for. Mais, dans les deux cas, il s'agit pour le droit international privé du for de tenir compte du contenu concret de la disposition légale, dans les cas exceptionnels où sa nature l'appelle, pour déroger au mode abstrait de désignation qui caractérise la méthode classique du conflit de lois.