

IIEME PARTIE

LES REGLES IMPERATIVES APPLICABLES
AU CONTRAT INTERNATIONAL D'ASSURANCE
DANS L'ESPACE COMMUNAUTAIRE

INTRODUCTION

366. La méthode qui consiste à partir de l'analyse des règles de droit matériel pour examiner ensuite leur traitement en droit international privé est assurément peu orthodoxe au regard des méthodes classiques de localisation d'un rapport de droit. Plus proche de la méthode des statuts que de la méthode conflictuelle, elle se justifie néanmoins dans le secteur des assurances par le fait que celui-ci fait l'objet dans la majorité des Etats membres, d'une réglementation impérative, à laquelle les parties ne peuvent en principe pas déroger par contrat. Il n'est pas rare non plus que certaines dispositions de la loi sur le contrat d'assurance participent à l'ordre public au sens du droit interne.

Dans ce contexte, la question qui vient le plus naturellement à l'esprit du praticien est de savoir ce qu'il advient de cette réglementation placée hors d'atteinte des parties, lorsque le contrat est affecté par un ou plusieurs éléments d'extranéité. Son impérativité reconnue et incontestée en droit interne se maintient-elle en droit international privé et selon quelle technique□la technique conflictuelle classique ou une technique propre qui permettrait de garantir son application indépendamment de la solution du conflit de lois□ Ces questions sont évidemment d'une importance déterminante pour l'exercice des activités internationales d'assurance.

367. Nous nous proposons d'y répondre en cinq étapes. Comme le droit international privé reste essentiellement un droit étatique, on tentera d'abord d'approcher ces concepts d'ordre public et de règles impératives, tant du point de vue du droit interne que du point de vue du droit international privé. Il ne s'agira pas, bien entendu, de refaire ici une théorie générale de l'ordre public mais, plutôt, de débrouiller les liens implicites qui unissent les mêmes concepts en droit interne et en droit international privé. L'essentiel sera de définir les techniques du droit international privé par lesquelles l'Etat tente de sauvegarder les intérêts qu'il considère comme essentiels (titre I).

Après avoir ainsi précisé la portée des concepts et leur technique d'application, il conviendra de les replacer dans le contexte du contrat international d'assurance afin d'en mesurer l'impact. Le caractère très réglementé du contrat d'assurance donne à la question de l'application des normes impératives un retentissement tout particulier. On essayera à ce niveau de distribuer les règles impératives propres au contrat d'assurance entre les différentes techniques du droit international privé propres à en assurer l'efficacité

(rattachement à caractère substantiel, lois de police et ordre public international) (titres II et III).

Un titre particulier sera ensuite consacré aux assurances obligatoires. Cette attention se justifie moins parce que ces assurances obéiraient à une technique d'application particulière en droit international privé, que parce qu'elles constituent une manifestation particulièrement prononcée d'une volonté étatique d'étendre la protection fournie par l'assurance sur tout le territoire national. En outre, comme elles exercent une influence directe sur le contrat destiné à satisfaire à l'obligation, elles fournissent un exemple typique de l'intervention de l'ordre public dans le rapport contractuel (titreIV).

La protection des intérêts collectifs dans le règlement du conflit de lois peut entraîner des entraves aux libertés de circulation consacrées par le Traité de Rome. Il est probable que certains Etats seront tentés de recourir aux instruments que leur offre le droit international privé en vue de protéger le consommateur ou le marché en général. En vertu de la primauté du droit communautaire sur le droit national, il faudra alors vérifier si les règles impératives rendues applicables à une relation commerciale internationale mettant en jeu l'exercice d'une liberté communautaire n'entraînent pas une restriction des échanges prohibée par le Traité. La notion d'ordre public communautaire vient donc couronner les autres qui auront été rencontrées en droit interne et en droit international privé (titreV).

TITRE I

L'ORDRE PUBLIC ET LES REGLES IMPERATIVES EN DROIT INTERNE ET EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

368. Le traitement des différentes manifestations de l'ordre public en droit international privé passe nécessairement par un bref examen des manifestations de l'ordre public en droit interne. Comme le droit international privé reste essentiellement un droit étatique, le droit interne projette inéluctablement, à tort ou à raison, ses propres concepts et catégories sur les rapports internationaux. Dans cette étude consacrée au droit international privé, nous ne pouvons procéder à un examen exhaustif en droit comparé, des différents degrés d'impérativité des normes relatives aux contrats. On se contentera dans un premier temps

d'un aperçu général. L'examen de droit comparé sera mené de façon plus approfondie en droit des assurances de façon à dégager les lignes de force de la législation des Etats membres (chapitreII).

On s'attachera ensuite aux méthodes et techniques qui permettent de traduire et de transposer en droit international privé les objectifs étatiques poursuivis en droit interne sous la forme de réglementations impératives ou d'ordre public. Intuitivement, on peut penser que plus les relations commerciales s'internationalisent, y compris dans le commerce de masse, plus le droit international privé se montre sensible aux fins poursuivies par le droit interne. On sera ainsi amené à examiner les différentes techniques du droit international privé apparentées de près ou de loin à l'ordre public au sens large (ordre public de direction ou ordre public de protection), telles la technique des lois de police, l'exception d'ordre public ou le rattachement à caractère substantiel (chapitreIII).

CHAPITRE I.

L'ORDRE PUBLIC ET LES REGLES IMPERATIVES EN DROIT INTERNE

SECTION 1. ORDRE PUBLIC ET REGLES IMPERATIVES EN DROIT DES CONTRATS

§ 1. L'ORDRE PUBLIC

369. L'organisation des relations contractuelles repose, dans les pays de *common law* comme dans ceux de droit romain, sur le principe de l'autonomie des volontés et son corollaire, l'effet obligatoire des conventions légalement formées. Les parties sont libres de convenir de leurs droits et obligations au mieux de leurs intérêts respectifs; l'ordre juridique dans lequel la convention se forme se charge de donner force obligatoire à leurs engagements réciproques.

Affirmé par le Code Napoléon en des termes particulièrement larges, le principe de l'autonomie des volontés trouvait alors ses seules limites dans les notions d'ordre public et de bonnes mœurs. Selon l'article16 du Code civil«On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs». On

368.

peut sans doute reprocher à cet article une formulation trop legaliste des concepts d'ordre public et de bonnes mœurs¹. L'ordre public peut en effet avoir d'autres sources que la loi². À côté de l'ordre public textuel (conception positive de l'ordre public), il existe un ordre public virtuel (conception négative de l'ordre public) exprimant « l'absence générale de l'ordre juridique positif sur la libre disposition de leurs droits par les parties contractantes »³. Sous ce dernier aspect, l'ordre public remplit un rôle simplement correcteur dans le fonctionnement du principe de l'autonomie des volontés.

Rapporté au principe d'autonomie, l'ordre public se voit donc attribuer un rôle essentiellement fonctionnel qu'il remplit de façon analogue dans tous les pays de la Communauté en annulant les conventions qui lui seraient contraires. Chaque Etat définit souverainement ce qui relève ou ne relève pas de l'ordre public.

370. Initialement, les concepts d'ordre public et de bonnes mœurs permettaient d'affirmer, conformément à la doctrine libérale, la nécessaire subordination des intérêts privés aux intérêts publics en limitant au strict nécessaire les atteintes à la force obligatoire des conventions. Cette conception essentiellement négative a démontré très tôt ses insuffisances dans un contexte économique marqué non plus par une confiance béate dans les lois naturelles du marché, mais par le dirigisme étatique. À côté de l'ordre public politique et moral apparaît alors un ordre public économique et social qui traduit l'immixtion des autorités publiques dans l'organisation de la production et de la distribution.

Avec l'accroissement de l'intervention de l'Etat dans les rapports économiques, on constate une tendance des autorités publiques à qualifier expressément les lois qui participent de la défense d'un intérêt jugé essentiel, comme relevant de l'ordre public⁴. La conception positive de l'ordre public prend alors le pas sur la conception purement négative, chaque Etat ayant une propension à exprimer dans les lois particulières de protection de l'économie, ce qui relève, selon lui, de l'ordre public.

¹ Voy. J. GHESTIN, « l'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in *Les notions à contenu variable en droit*, L. PERELMAN et R. VANDER ELST (Ed), Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 79. En Belgique, par exemple, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, « une loi n'est d'ordre public que si elle touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité ou si elle fixe dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société », et cette définition restrictive influencée par la formulation legaliste de l'article 17 C. civ. est inspirée de la doctrine de De Page; voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3ème éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, n° 11; X. DIEUX, « le contrat, instrument et objet de dirigisme », in *Les obligations contractuelles*, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1988, pp. 260 et 261; A. MEEUS, « la notion de loi impérative et son incidence sur la procédure de cassation et sur l'office du juge », *R.C.J.B.*, 1988, p. 111, n° 15.

² F. RIGAUX, *Précis de droit international privé*, t. III, 2ème éd., 1987, Bruxelles, Larcier, n° 499.

³ J. GHESTIN, *op. cit.*, note 1, p. 78.

D'un concept général destiné à tracer les frontières de l'autonomie de la volonté, on passe ainsi à une expression positive de cette notion dans des domaines particuliers sous forme de «**bis d'ordre public**».

§ 2. LES REGLES IMPERATIVES

371. En matière contractuelle, la multiplicité et la variété des interventions de l'Etat dans les relations privées ont favorisé l'apparition, dans plusieurs pays, d'une catégorie intermédiaire de normes juridiques, entre les règles légales supplétives applicables seulement en l'absence de convention contraire et les règles d'ordre public qui, au nom de l'intérêt public, limitent de façon absolue (sans possibilité de dérogation ni de renonciation) la liberté des parties.

A côté des lois gouvernant les intérêts essentiels de la collectivité directement inspirées par l'intérêt général, un examen de droit positif démontre en effet qu'il existe des lois dont l'objet est de protéger une des parties à la relation contractuelle réputée plus faible que l'autre. Visant principalement à sauvegarder des intérêts privés tout en n'étant évidemment pas dépourvues d'objectifs économiques ou sociaux, celles-ci méritent d'être distinguées des lois d'ordre public au sens premier. Elles témoignent, à tout le moins, d'un degré d'impérativité inférieur à celui qui caractérise les règles d'ordre public. N'admettant pas de dérogations conventionnelles, elles ne peuvent pas davantage être tenues pour des dispositions supplétives.

372. Dans certains pays, les règles impératives au sens que nous venons de dégager, ne sont toutefois pas clairement distinguées des autres manifestations de l'ordre public et ne constituent pas un corps de règles autonome. En France, par exemple, on considère que les règles qui sont édictées au profit de certaines catégories de bénéficiaires participent de l'ordre public en ce qu'elles visent à faire prévaloir l'intérêt général sur les volontés individuelles⁴. Elles sont alors considérées comme faisant partie d'un ordre public économique de protection (ordre public relatif) par opposition à l'ordre public économique de direction (ordre public absolu)⁵.

Cette différence de terminologie n'est pas déterminante si on admet, comme en droit français, que l'ordre public économique de protection ne joue qu'au profit de la

⁴ J. GHESTIN, *op. cit.*, note 1, p. 131; P. MAYER, «La sentence contraire à l'ordre public au fond», *Rev. arbitrage*, 1994, p. 118; l'auteur remarque à juste titre que cet amalgame présente l'inconvénient de vider de sa substance l'expression si forte d'ordre public. "Celle-ci ne renvoie plus à l'exigence de maintien des règles et principes fondamentaux sur lesquels repose la société, qu'ils soient de nature morale, politique, sociale ou économique; elle se borne à évoquer une particularité technique propre à certaines règles".

⁵ J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Le Contrat*, Paris, 1980, n° 24 à 128.

personne que l'on cherche à protéger et qu'il se consacre essentiellement à préserver l'équilibre interne du contrat, l'intérêt général n'y étant pas concerné au même degré ni de la même façon.

Un consensus paraît exister sur les caractéristiques particulières de ces règles de droit que nous appellerons par la suite « règles impératives de droit interne ». Elles visent à maintenir l'équilibre de la relation contractuelle en excluant toute clause contraire défavorable à la partie faible. Le consensus disparaît cependant lorsqu'il s'agit de définir le régime juridique applicable à ce type de règles, tant sur le plan des pouvoirs que conservent les parties à leur égard que sur celui des sanctions en cas de méconnaissance, ou de l'office du juge.

En toute logique, puisqu'il s'agit de règles protectrices d'un intérêt privé agissant directement sur le rapport contractuel, la dérogation dans un sens plus favorable à la partie méritant protection devrait être admise de même que la renonciation par cette personne à la protection que lui accorde la règle impérative, pourvu toutefois qu'elle soit certaine et postérieure à la naissance du litige. A défaut de pouvoir entamer ici une analyse de droit comparé, on se bornera à observer que les conditions de fond et de forme de ces dérogations ou renonciations dépendront au premier chef de la loi déclarée compétente par la règle de conflit.

373. Par les limites qu'elles apportent à l'autonomie des volontés, les règles impératives remplissent une fonction essentiellement négative. En réalité, elles n'interdisent pas seulement les clauses dérogatoires, elles ont aussi pour effet positif d'imprimer indirectement un contenu déterminé au contrat⁶ : la réglementation est parfois si complète que le contrat visé échappe en grande partie à l'autonomie des volontés pour prendre la forme d'un « statut », c'est-à-dire d'un contrat réglementé par la loi dans un objectif de protection de la partie économiquement faible. Cette caractéristique, on le verra, ne peut manquer d'orienter les solutions de droit international privé, notamment en matière d'assurances.

Même en droit interne, les frontières entre les dispositions impératives et d'ordre public ne sont guère faciles à tracer. La différence est souvent mince entre la volonté de réglementer les relations contractuelles des parties afin d'assurer un équilibre entre leurs intérêts privés envisagés en dehors du contexte social global, et la volonté d'équilibrer ce contexte général par la réglementation des intérêts privés⁷. Tout au plus peut-on relever des degrés différents dans l'impérativité qui peuvent appeler un régime juridique approprié.

⁶ A. MEEUS, *op. cit.*, note 1, p. 305, n° 1 et p. 312, n° 7.

⁷ X. DIEUX, *op. cit.*, note 1, p. 82.

SECTION 2. ORDRE PUBLIC ET REGLES IMPERATIVES EN DROIT DU CONTRAT D'ASSURANCE

374. Il ne peut être question ici d'entrer dans le détail des règles impératives ou d'ordre public relatives au contrat d'assurance existant dans l'ordre juridique de chacun des Etats membres. On se contentera de dégager les lignes de force de chacune de ces législations⁸

L'examen sommaire des législations nationales des Etats membres relatives au contrat d'assurance permet de classer celles-ci en trois catégories, en fonction de leur degré d'impérativité pour les parties contractantes et de l'attention qu'elles portent à la protection de l'assuré.

Dans une première catégorie, on rangera les lois contenant une réglementation largement impérative dans un but de protection de la partie réputée faible (lois allemande, belge, espagnole et italienne⁹). (§1). La deuxième catégorie se compose de lois généralement anciennes donc peu soucieuses de la protection de la partie faible, dont l'objectif principal est simplement de suppléer la volonté non exprimée des parties (lois grecque, néerlandaise, luxembourgeoise et portugaise) (§2). La troisième catégorie comprend les systèmes juridiques où il n'existe pas de codification complète du droit du contrat d'assurance, celui-ci étant régi par les règles générales applicables à l'ensemble des contrats, moyennant, s'il échet, quelques adaptations. Par la force des choses, ces systèmes continuent à attribuer un rôle dominant au principe général de la liberté des conventions (Royaume-Uni, Irlande) (§3).

⁸ Une analyse synthétique des règles essentielles applicables au contrat d'assurance peut être trouvée dans le document publié par le COMITE EUROPEEN DES ASSURANCES, *Les droits du contrat d'assurance dans la CEE*, mai 1990. Devant la difficulté de la tâche, cette étude ne fait cependant pas de distinction entre les règles impératives et les règles d'ordre public. Voy. également M. FONTAINE, «Le droit du contrat d'assurance dans les pays de l'O.C.D.E. étude comparative, orientations de lege ferenda», in *Policy issues in insurance / Aspects fondamentaux des assurances*, O.C.D.E., 1993, pp.261-301; INSTITUTO DE SEGUROS DE PORTUGAL (autorité de contrôle des assurances), *Droit du contrat d'assurance dans les Etats membres de la Communauté européenne*, août 1993.

§ 1. LES LEGISLATIONS A CARACTERE IMPERATIF

375. La loi allemande du 30 mai 1908 (*Gesetz über den Versicherungsvertrag*, ci-après *VVG*). Avec la Suisse, l'Allemagne fut l'un des premiers pays à adopter en assurance, une législation à caractère largement impératif tendant à la protection de l'assuré⁹. Bien que la distinction ne résulte pas d'une disposition expresse de la loi, la doctrine et la jurisprudence allemandes s'accordent pour dissocier les dispositions absolument impératives (*vieltzahlzwingender Vorschriften*) et les dispositions semi-impératives (*halbzwingender Vorschriften*)¹⁰. Les prescriptions absolument impératives ne sont pas soumises à la libre disposition des parties. Elles poursuivent un intérêt général supérieur à l'intérêt des assurés et sont sanctionnées par la nullité du contrat, même si cela est défavorable à l'assuré¹¹. Selon la distinction que nous avons proposée, ces dispositions participeraient de l'ordre public au sens strict.

Les normes semi-impératives, quant à elles, visent principalement à protéger l'assuré et sont sanctionnées uniquement par la nullité de la clause contraire, à laquelle se substitue la règle impérative violée. Dans cette catégorie, on peut ranger deux types de règles : celles qui sanctionnent expressément de nullité la clause contraire¹² et celles qui concernent les obligations principales de l'assuré et leur sanction¹³. Ces règles semi-impératives tendent à garantir une protection minimale au bénéfice du preneur et de l'assuré sans toutefois faire obstacle à une protection plus large qui pourrait éventuellement être accordée par les conditions générales du contrat. La concurrence entre les assureurs sur les conditions d'assurance ne peut ainsi jouer qu'en faveur du preneur dans le sens de l'élargissement de la protection légale¹⁴. A côté des règles veillant à l'équilibre de la relation contractuelle, il existe aussi dans la loi allemande plusieurs dispositions qui concernent la protection des tiers¹⁵.

⁹ Voy. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 8, p. 62.

¹⁰ K. SIEG, «Insurance Contract Law, Bundesrepublik Deutschland», in *Insurance Contract Law*, M. FONTAINE (Ed.), vol. 1, A.I.D.A., 1990, pp. 47-48; W.H. ROTH, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, J.C.B., Mohr/Tübingen, 1985, p. 7 et s.; V. HAHN, *Die "europäischen" Kollisions-normen für Versicherungsverträge*, VVW, Karlsruhe, 1992, p. 36; P. BIAGOSCH, *Europäische Dienstleistungsfreiheit und deutsches Versicherungsvertragsrecht*, VVW Karlsruhe, 1992, p. 88. Comp. en Suisse A.K. SCHNYDER, "Vertragsfreiheit im nationalen und internationalen Versicherungsrecht der Schweiz", *R.S.A.*, 1994, pp. 23-29.

¹¹ Voy. notamment les art. 51 III et 59 III concernant la surassurance et les assurances multiples, l'art. 5 qui pose le principe de l'indemnisation de la perte réelle, ainsi que les dispositions visant à interdire les jeux et les paris.

¹² Voy. l'art. 5 IV qui sanctionne de nullité la convention par laquelle l'assuré renonce à contester le contrat pour cause d'erreur, l'art. 6 concernant la sanction des manquements de l'assuré, l'art. 8 sur la clause de tacite reconduction, l'art. 11 relatif à la clause d'exonération des intérêts de retard, les art. 14 I et 184 III à propos du caractère obligatoire de l'expertise.

¹³ Voy. l'art. 6 (obligation de déclarer les aggravations de risque), 37 (obligation de payer la prime), 62 et 64 (obligations en cas de sinistre).

¹⁴ W.H. ROTH, *op. cit.*, note 10, p. 67.

¹⁵ Voy. l'art. 59 II requérant l'accord écrit du tiers sur la tête duquel est prise l'assurance vie, l'art. 57 relatif à l'indemnisation des tiers en cas de faillite de l'assureur de la responsabilité civile, l'art. 9 relatif

La loi allemande ne s'applique ni à l'assurance maritime (assurances facultés et responsabilité civile) régie par le Code de commerce, ni à la réassurance (art. 86). Dans ses dispositions finales, la loi prévoit aussi que les règles semi-impératives visant à protéger l'assuré ne sont pas applicables aux assurances du transport terrestre ou par les eaux intérieures (les assurances contre les risques de transport sont régies par les articles 29 à 148), ni aux assurances crédit, ni aux assurances perte de changes, ni aux polices flottantes¹⁶. Le législateur a estimé que dans ces hypothèses, l'assuré bénéficie d'une expérience suffisante pour veiller lui-même à ses propres intérêts¹⁷.

376. *La loi française du 13 juillet 1930 codifiée par décret du 16 juillet 1976.* La loi française, postérieure à la loi allemande, présente cette particularité de désigner expressément et limitativement les dispositions légales auxquelles il peut être dérogé par convention. Toutes les autres dispositions sont considérées comme impératives et indérogeables. Il ne semble toutefois pas interdit à l'assureur de proposer, dans certains cas, des conditions plus favorables à l'assuré lorsque la nature de la disposition concernée le permet¹⁸.

Les titres I, II et III du Livre 1 du Code des Assurances ne concernent que les assurances terrestres. Le titre VII régit les assurances maritimes. Les assurances fluviales ne sont actuellement pas régies par les dispositions du Code des assurances.

Les dispositions impératives forment la grande majorité des règles prévues pour les assurances terrestres (art. 111-2)¹⁹. A l'inverse, elles sont peu nombreuses dans le domaine des assurances maritimes et aériennes (art. 171-2). Pour les assurances terrestres, l'article 111-2 énumère limitativement les dispositions légales auxquelles les parties peuvent déroger. On y trouve à la fois des dispositions réservant expressément la convention contraire, et d'autres ouvrant une simple faculté aux parties²⁰. Les dispositions

à l'aliénation de la chose assurée et l'art. 99 relatif aux droits des créanciers hypothécaires en assurance incendie.

16 Il s'agit, selon les termes de la loi, d'assurances dommages où les intérêts assurés ne sont désignés lors de la conclusion du contrat que par leur genre et qui ne sont déterminés individuellement qu'après leur naissance.

17 W.H. ROTH, *op. cit.*, note 10, p. 7.

18 M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, t. II, Le contrat d'assurance, 5ème éd., Paris, L.G.D.J., 1982, p. 99, n° 38; E. BUS, « Insurance contract law. France », vol. II, M. FONTAINE (Ed.), A.I.D.A., 1990, p. 25.

19 E. BUS, *ibid.*, parle, lui, conformément à la tradition française, de dispositions d'ordre public.

20 Il s'agit des articles L112-1 (assurance pour compte), L112-5 (transmission de la police d'assurance), L112-6 (opposabilité des exceptions au porteur de la police ou aux tiers), L113-10 (erreur ou omission dans les déclarations faites lors de la souscription de contrats d'assurance où la prime est décomptée soit en raison des salaires, soit d'après le nombre de personnes ou de choses faisant l'objet du contrat), L21-5 (règle proportionnelle en cas de sous-assurance), L21-6 (intérêt d'assurance), L21-7 (vice propre de la chose assurée), L21-8 (exclusion des risques de guerre), L21-12 (subrogation de l'assureur dans les assurances indemnitaires), L21-14 (délaissement des objets assurés), L22-1 (périls couverts en assurance incendie), L22-2 (dommages matériels couverts en assurance incendie),

non citées acquièrent de ce fait un caractère impératif. Pour les assurances maritimes, l'article L171-2 procède selon la méthode inverse²¹ il énumère limitativement les dispositions qui ne peuvent pas être écartées par les parties au contrat²², les autres étant, par nature, supplétives.

Très précise sur la définition des règles supplétives et impératives, la loi française ne procède en revanche à aucune distinction au sein même des règles impératives. Conformément à la tendance du droit privé français, toutes les règles impératives sont considérées comme participant de l'ordre public (ordre public de direction ou ordre public de protection), même si certaines d'entre elles présentent un degré d'impérativité plus élevé que d'autres. On en déduit qu'il appartient à la jurisprudence de déterminer parmi ces règles, celles auxquelles il est permis de déroger en faveur de l'assuré.

377. *La loi italienne de 1942 (Codice Civile, Chapitre XX «Dell' assicurazione»).* Le caractère impératif ou supplétif des règles relatives au contrat d'assurance insérées dans le Code civil italien dépend au premier chef de leur libellé et de leur contenu²³ certaines sont considérées comme absolument impératives, d'autres comme supplétives. L'article 932 du Code civil intitulé «*Norme inderogabili*» énumère les normes, qui correspondent aux normes semi-impératives dans la tradition allemande, auxquelles il n'est pas permis de déroger par convention, sauf en faveur de l'assuré²⁴. Les dispositions qui

L122-6 (dommages occasionnés par les catastrophes naturelles), L124-1 (nécessité d'une réclamation amiable ou judiciaire faite à l'assuré en assurance de la responsabilité civile), L124-2 (opposabilité des reconnaissances de responsabilité et des transactions consenties par l'assuré), L132-1 (risque assuré en assurance vie (faculté)), L132-10 (mise en gage du contrat d'assurance vie à titre de garantie (faculté)), L132-15 (transmission du bénéfice du contrat (faculté)), L132-19 (paiement des primes par un tiers (faculté)).

Il convient d'observer que lorsque la disposition visée comporte plusieurs alinéas, son caractère impératif peut, d'après la formulation du texte, ne se rapporter qu'à l'un d'entre eux.

²¹ Il s'agit des articles L171-3 (nécessité d'un intérêt légitime et d'un préjudice), L172-2 (régime de la déclaration du risque à la conclusion du contrat), L172-3 (régime des aggravations de risque en cours de contrat), L172-6 (surassurance frauduleuse), L172-8 (cumul d'assurances frauduleux) L172-9, *al.* (cumul d'assurances non frauduleux), L172-13, *al.* (absence de couverture des fautes intentionnelles ou inexcusables de l'assuré), L172-17 (origine du sinistre en cas d'événement de guerre), L172-20 (suspension de la garantie pour défaut de paiement des primes), L172-21 (opposabilité de la suspension ou de la résiliation aux tiers de bonne foi), L172-22 (liquidation de biens, règlement judiciaire ou faillite de l'assuré), L172-28 (déclaration frauduleuse d'un sinistre), L172-31 (prescription des actions nées du contrat d'assurance).

²² Il s'agit des articles 1887 *C. civ.* (durée de validité de la proposition écrite remplie par l'assuré), 1892 *C. civ.* (fausse déclaration ou réticence consécutive à un dol ou à une faute grave), 1893 *C. civ.* (fausses déclarations ou réticences non consécutives à un dol ou à une faute grave), 1894 *C. civ.* (réticences et fausses déclarations dans les assurances pour compte de tiers), 1897 *C. civ.* (diminution du risque), 1898 *C. civ.* (aggravation du risque), 1899 *C. civ.*, *al.* (durée de la tacite reconduction), 1901 *C. civ.* (suspension de la garantie en cas de non-paiement des primes), 1903 *C. civ.*, *al.* (mandat de l'agent d'assurance), 1914 *C. civ.*, *al.* (obligation d'éviter et d'atténuer les dommages, prise en charge des frais de l'assuré), 1915 *C. civ.*, *al.* (sanction en cas d'inexécution fautive de l'obligation d'éviter et d'atténuer les dommages), 1917 *C. civ.*, *al.* et 4 (répartition de l'indemnité entre l'assuré et l'assureur, lorsque le montant du préjudice excède la somme assurée. Possibilité de mettre l'assureur à la cause), 1926 *C. civ.* (changement de profession de l'assuré en assurance vie).

lui sont défavorables par rapport au texte de référence sont considérées comme nulles et sont automatiquement remplacées par la règle impérative correspondante²³.

La loi italienne s'applique à toutes les formes d'assurance, y compris aux assurances maritimes, tout au moins pour ce qui n'est pas réglé expressément par le Code de la Navigation.

378. *La loi espagnole n°30/1980 du 8 octobre 1980 (Ley de contrato de seguros).* L'article3 de la loi espagnole prévoit expressément que toutes ses dispositions ont un caractère impératif, sauf lorsque la loi elle-même en dispose autrement en autorisant la convention contraire. Les clauses contractuelles s'écartant du prescrit légal sont néanmoins admises lorsqu'elles sont plus favorables à l'assuré²⁴. La loi le précise parfois expressément²⁵.

La loi espagnole régit l'ensemble des branches d'assurance, à l'exclusion des assurances maritimes et aériennes qui sont visées par les articles37 à 805 du Code de commerce. Elle exclut du domaine des règles impératives, les contrats de réassurance (art.39) et les contrats couvrant des grands risques (art.44).

379. *La loi belge du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre.* Parmi les législations des douze Etats membres, la loi belge est la plus récente. Elle illustre, à ce titre, les tendances modernes du droit du contrat d'assurance dans les pays romano-germaniques.

Comme en témoigne son article3, la loi poursuit principalement un objectif de protection de la partie réputée faible. Celui-ci se concrétise sur le plan de la technique législative par le caractère impératif attribué à la plupart des règles qu'elle contient. Selon l'article3 en effet, l'ensemble des dispositions prévues par la loi (138articles) sont impératives, sauf lorsque la possibilité d'y déroger résulte de la rédaction du texte lui-même.

²³ A. KOHLER, «Insurance Contract Law, Italia», in *Insurance Contract Law*, vol. I, M. FONTAINE (Ed.), A.I.D.A., 1990, p.81; INSTITUTO DE SEGUROS DE PORTUGAL, *Droit du contrat d'assurance dans les Etats membres de la Communauté européenne*, août 1993.

²⁴ J.M. SOTOMAYOR Y GIPPINI et JOAQUIN ALARCON FIDALGO, «Insurance Contract Law, España», in *Insurance Contract Law*, vol. I, M. FONTAINE (Ed.), A.I.D.A., 1990, p.103; INSTITUTO DE SEGUROS DE PORTUGAL, *Droit du contrat d'assurance dans les Etats membres de la Communauté européenne*, août 1993.

²⁵ Voy. par exemple les règles relatives aux conséquences d'un défaut de paiement de la prime et au délai de déclaration du sinistre.

Curieusement, l'exposé des motifs ajoute qu'il n'y a pas lieu de faire une distinction entre les dispositions de la loi selon qu'elles protègent l'assuré ou l'assureur. L'assureur ne pourrait donc pas non plus renoncer à la protection qui lui est accordée. Cette précision ne manque pas de susciter certains problèmes, dès lors que toute disposition imposant une obligation au preneur pourrait être considérée comme protectrice des intérêts de l'assureur, mais que la sanction de cette obligation devrait être considérée comme protectrice de l'assuré²⁶.

Certaines dispositions témoignent d'une impérativité supérieure à la simple réglementation des intérêts privés et peuvent de ce fait être considérées comme touchant à l'ordre public au sens dégagé ci-dessus. Cette impérativité renforcée est parfois marquée dans le texte lui-même²⁷. Dans les autres cas, il convient d'examiner la disposition selon sa nature et les sanctions qui s'y attachent (sanctions pénales²⁸.)²⁹.

La loi comporte enfin plusieurs dispositions qui admettent expressément la convention contraire³⁰. Ces dispositions se voient alors conférer un caractère supplétif. Elles ne s'appliquent que si les parties n'en ont pas disposé autrement. Outre les règles supplétives au sens indiqué ci-dessus, la loi ouvre également un certain nombre de facultés aux parties³¹.

Enfin, quelques dérogations ponctuelles aux règles impératives sont accordées par le législateur lui-même au bénéfice des assurances qui ne sont pas considérées comme des assurances de grande diffusion et qui sont définies par la loi³².

26 Voy. M. FONTAINE, «La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, Présentation générale, dispositions préliminaires et finales», in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, M. FONTAINE et J.M. BINON (Ed.), Bruxelles, Academia-Bruylant, 1993, p.17; Ph. COLLE, «La protection du consommateur d'assurance: loi impérative et clauses abusives», in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Edt. Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, pp.1-21.

27 Voy. l'art.13 à propos de l'absence de couverture des sinistres intentionnels.

28 Voy. l'art.17 requérant un intérêt d'assurance dans les assurances à caractère indemnitaire, l'article23 sanctionnant la surassurance de mauvaise foi, l'article31 qui énonce le principe indemnitaire dans les assurances de dommages, l'article31 qui interdit l'assurance des amendes et transactions pénales et l'article36 qui interdit l'assurance de la mortalité infantile.

29 Font partie des dispositions supplétives l'art.1 concernant l'exclusion des risques de guerre, l'art.2 concernant la résiliation des polices combinées, l'art.7 concernant l'absence de solidarité entre les coassureurs, les art.40, 49 et 50 relatifs à certaines caractéristiques des assurances forfaitaires (cumul d'indemnités et absence de subrogation), l'art.44 relatif à la règle proportionnelle, l'article45 relatif à la répartition de la charge du sinistre entre assureurs en cas d'assurances multiples, les art.51 et 64 concernant les risques couverts en assurance incendie, l'art.601 concernant les risques exclus en assurance vie et l'art.603 relatif au paiement de la première prime en assurance vie. On notera par ailleurs que plusieurs dispositions sont rendues supplétives ou déclarées inapplicables en matière d'assurance crédit et d'assurance-caution (art.11).

30 Voy. l'art.22 concernant la stipulation pour autrui, l'art.38 en matière d'assurance pour compte, les art.33 et 55 à propos de la détermination de la valeur assurable en assurances de choses, l'art.47 relatif au paiement de l'indemnité en assurance incendie, l'art.48 qui ouvre une action récursoire à l'assureur en assurance de responsabilité et l'art.606 relatif à la désignation du bénéficiaire en assurance vie.

31 Voy. l'art.30, §2, concernant la durée des contrats, l'art.31, §3, relatif à la résiliation du contrat après sinistre, l'art.32, al.2, à propos de la prise en charge des frais de sauvetage par l'assureur et

La loi belge couvre toutes les formes d'assurances terrestres dans la mesure où il n'y est pas dérogé par des lois particulières. Elle ne s'applique pas, en principe, aux assurances de transports de marchandises, assurances bagages et déménagements exceptées (art. 17). Ces assurances restent régies par l'ancienne loi du 11 juin 1874 dont certaines dispositions subsistent, et par la loi du 21 août 1879 (titre VI du Livre II du Code de commerce, art. 191 à 250) qui régit les assurances maritimes. La loi ne concerne pas non plus la réassurance³².

§ 2. LES LEGISLATIONS A CARACTERE SUPPLETIF

380. Les législations des Etats membres qui présentent un caractère largement supplétif sont tributaires de leur contexte historique (loi néerlandaise, luxembourgeoise, grecque³³, portugaise³⁴). Adoptées à un moment où la préoccupation majeure du législateur était de défendre l'assureur face aux abus auxquels pouvait donner lieu l'exercice d'une activité aux contours nouveaux, ces lois mettent l'accent sur les obligations de l'assuré et les sanctionnent de façon radicale, par la nullité ou la déchéance. Dans la tradition libérale de l'époque, un rôle prédominant était laissé à la liberté des conventions³⁵.

381. *La loi néerlandaise.* pour l'instant, le contrat d'assurance reste régi aux Pays-Bas par les dispositions générales du Code civil régissant l'ensemble des contrats (art. 1349 à 1387), sauf dispositions légales contraires et à moins que les caractéristiques particulières du contrat d'assurance ne s'y opposent. Le contrat d'assurance fait par ailleurs l'objet d'une réglementation spécifique intégrée depuis 1838 au Code de commerce. Celle-ci s'applique à toutes les formes d'assurance, y compris celles qui font l'objet de dispositions spécifiques (assurance incendie (art. 190 à 298), assurance des récoltes (art. 299 à 301),

l'art. 16, § 1, concernant la clause d'arbitrage. Les critères comptables utilisés dans un premier temps ont été remplacés par des critères tenant à la nature du risque couvert (loi du 16 mars 1994).

³² Voy. à cet égard M. FONTAINE, «La loi du 25 juin 1992», *op. cit.*, note 26, p. 31, n° 30 à 38.

³³ Loi grecque du 17-24 avril 1910 modifiant le Code commercial (art. 189 à 225). La loi grecque est largement inspirée du Code de commerce italien de 1882. Elle consiste en réalité en une traduction pure et simple des articles 17 à 436 et 438 à 453 de ce Code, qui fut remplacé en Italie par la loi de 1942. La loi grecque présente également beaucoup de similitudes avec l'ancienne loi belge du 11 juin 1874. Les assurances maritimes sont, quant à elles, régies depuis 1958 par les articles 257 à 288 du Code de droit maritime. Voy. A. ARGYRIADIS, «Insurance Contract Law. Greece», in *Insurance Contract Law*, vol. 1, M. FONTAINE (éd.), A.I.D.A., 1990, pp. 144 à 146; INSTITUTO DE SEGUROS DE PORTUGAL, *Droit du contrat d'assurance dans les Etats membres de la Communauté européenne*, août 1993.

³⁴ Code commercial (art. 425 à 462). Le contrat d'assurance est régi au Portugal par les articles 425 à 462 du Code de commerce et, à titre supplétif, par les règles générales du Code civil. Ces articles comportent très peu de dispositions impératives. Ils régissent toutes les branches d'assurance à l'exception des assurances accidents du travail et des assurances maritimes qui sont, quant à elles, régies par le titre III du Livre III du Code de commerce (art. 195 à 615).

³⁵ Voy. à cet égard M. FONTAINE, «Le droit du contrat d'assurance...», *op. cit.*, note 8, Rapport O.C.D.E., p. 61.

assurance vie (art. 302 à 308)). Le Code de commerce contient des titres séparés concernant les assurances maritimes et fluviales.

La législation néerlandaise est le reflet du contexte socio-économique du début du XIX^{ème} siècle. Fondée sur le postulat de l'égalité des parties, elle est largement supplétive de la volonté et principalement axée sur les assurances maritimes. Seuls quelques principes fondamentaux, tels que le principe indemnitaire et l'exigence d'un aléa échappent à la tendance générale. Encore ces principes fondamentaux sont-ils plus proches de la notion d'ordre public que de celles de normes impératives au sens proposé ci-dessus. Consciente de la nécessité de la protection de la partie faible, la jurisprudence s'est montrée soucieuse de restaurer l'équilibre contractuel en utilisant les moyens juridiques offerts par le droit commun (interprétation des clauses en défaveur de celui qui les a rédigées³⁶.)³⁷.

382. La vieille loi néerlandaise fait actuellement l'objet d'un projet de réforme qui s'aligne sur les tendances décelées dans les législations protectrices, à savoir l'adoption de nombreuses dispositions impératives destinées à rétablir l'équilibre de la relation contractuelle. Ces dispositions nouvelles formeront le chapitre 7.17 du nouveau Code civil hollandais.

La loi nouvelle distinguera trois catégories de normes impératives³⁸celles pour lesquelles aucune dérogation n'est autorisée³⁹; celles pour lesquelles aucune dérogation n'est permise au détriment du preneur ou de l'assuré mais qui admettent les clauses dérogatoires plus favorables⁴⁰; celles pour lesquelles aucune dérogation n'est permise au détriment du preneur, lorsque ce dernier est une personne physique qui contracte en dehors de ses activités professionnelles⁴¹.

383. *La loi luxembourgeoise du 16 mai 1891.* Inspirée de l'ancienne loi belge du 11 juin 1874, la loi luxembourgeoise en présente la plupart des caractéristiques. Comportant initialement quarante-trois articles souvent supplétifs, à l'exception de certains principes fondamentaux touchant à l'ordre public, l'accent y est mis sur les obligations principales du preneur vis-à-vis de l'assureur. Les sanctions qui sont attachées à leur inexécution ou

³⁶ J.H. WANSINK, «Insurance Contract Law, Netherlands», in *Insurance Contract Law*, vol. I, M. FONTAINE (éd.), A.I.D.A., 1990, vol. II, pp. 200 à 202; INSTITUTO DE SEGUROS DE PORTUGAL, *Droit du contrat d'assurance dans les Etats membres de la Communauté européenne*, août 1993.

³⁷ Exigence d'un écrit à titre de preuve du contrat d'assurance, caractère libératoire du paiement fait à l'intermédiaire, restitution de la prime en cas de résiliation anticipée, principe indemnitaire, renonciation à recours contre l'assuré, le coassuré, les membres de la famille.

³⁸ Forme écrite des communications de l'assureur, délais de résiliation, durée du contrat, impossibilité de résiliation des assurances de personnes pour aggravation du risque, obligation de déclarer le sinistre et sanction, interdiction de la déchéance du droit à indemnité en cas de reconnaissance de responsabilité faite à juste titre.

³⁹ Obligation de déclaration du risque et sanction (résiliation du contrat, maintien, réduction ou suppression de l'indemnité), procédure en cas de non-paiement des primes, modification de la garantie, prescription de l'action en réclamation de l'indemnisation.

mauvaise exécution sont définies rigoureusement. Ces quarante-trois articles sont restés pratiquement inchangés à ce jour. Seuls deux ajouts ont été effectués, l'un attribuant une action directe contre l'assureur aux tiers lésés dans toute assurance de responsabilité civile (art. 144), l'autre comprenant les dispositions sur le droit applicable au contrat directement issus des directives communautaires (art. 145).

La loi luxembourgeoise vise l'ensemble des branches d'assurance, y compris les assurances transport par terre, rivières ou canaux. Les assurances maritimes sont uniquement régies par des conventions internationales.

Un projet de réforme est actuellement en cours afin qu'il soit mieux tenu compte des exigences de protection du preneur, des assurés et des tiers. Selon toute vraisemblance, la loi luxembourgeoise prendra pour modèle la loi belge du 25 juin 1992. Elle rejoindra dès lors le clan largement majoritaire des législations nationales à caractère impératif.

§ 3. LES DROITS NON CODIFIES

384. *Angleterre.* Sous réserve des assurances maritimes qui font l'objet d'une loi spéciale (*Marine Insurance Act 1906*), le droit des assurances anglais demeure largement non codifié⁴⁰.

Le contrat d'assurance terrestre reste principalement soumis aux principes généraux du droit des contrats (*common law*) dominé par le principe de la liberté des conventions et l'autonomie des volontés. La jurisprudence y applique en outre, par analogie, certaines règles du *Marine Insurance Act 1906*.

Le droit anglais du contrat d'assurance est donc constitué principalement par les règles générales issues de la *common law* régissant la formation, l'exécution et la résiliation des contrats, auxquelles on ajoutera quelques principes spécifiques justifiés par les caractéristiques particulières du contrat d'assurance (*utmost good faith, conditions, warranties*). Dans la ligne des principes issus de la *common law*, les parties bénéficient d'une autonomie considérable dans l'aménagement de leurs rapports contractuels. Le droit anglais ne fait aucune distinction entre les contrats commerciaux et les contrats de consommation. Les règles impératives relevant de l'ordre public de protection sont donc pratiquement inexistantes. La technique même des règles impératives imposant un contenu déterminé au contrat paraît d'ailleurs étrangère au droit anglais. Certains principes

⁴⁰ Les lois écossaises et d'Irlande du Nord diffèrent sur certains points de la loi anglaise.

généraux, comme la nécessité d'un intérêt d'assurance ou le principe indemnitaire, peuvent tout au plus être perçus comme une manifestation de l'ordre public au sens strict. Il en est de même des lois peu nombreuses instituant des assurances obligatoires⁴¹.

Si le droit anglais du contrat d'assurance ne développe aucune technique particulière destinée à protéger la partie réputée faible, des Codes de bonne conduite (*Statements of Insurance Practice*) ont été adoptés récemment par les assureurs rassemblés au sein de leur association professionnelle (*Association of British Insurers*). Expression d'un phénomène de *soft law* typique de la mentalité britannique, ces Codes contiennent des engagements de nature à améliorer sur certains points la situation des assurés⁴².

385. *Irlande.* Le droit du contrat d'assurance irlandais suit largement les tendances du droit anglais, si ce n'est qu'il n'existe pas en Irlande, de loi régissant spécifiquement les assurances maritimes. Il s'agit d'un droit principalement non codifié régi par les principes généraux du droit des contrats déduits de la *common Law*.

§ 4. CONCLUSION

386. L'analyse sommaire des législations relatives au contrat d'assurance des Etats membres révèle que la moitié d'entre elles (bientôt une majorité) poursuivent un but de protection du preneur ou de l'assuré et utilisent la technique de la règle impérative.

Dans le domaine des assurances terrestres, le caractère impératif des dispositions légales est parfois explicitement affirmé par la loi elle-même à titre de principe général (Belgique, Espagne), mais il se déduit parfois implicitement, au cas par cas, de la formulation de la règle elle-même (Allemagne). Dans les deux hypothèses, les règles légales supplétives de la volonté sont l'exception. Celles-ci peuvent faire l'objet d'une énumération limitative (France, Italie). Plus fréquemment, elles résultent du libellé même de la règle, lorsque celle-ci réserve la convention contraire ou laisse une simple faculté aux parties contractantes.

⁴¹ Sur tout ceci, voy. R. MERKIN, «Insurance Contract Law, England», in *Insurance Contract Law*, vol. I, M. FONTAINE (Ed.), A.I.D.A., 1990, pp. 135 et s; INSTITUTO DE SEGUROS DE PORTUGAL, *Droit du contrat d'assurance dans les Etats membres de la Communauté européenne*, août 1993.

⁴² Il en existe deux à notre connaissance : Le *Statement of General Insurance Practice* (reprinted January 1992) et le *Statement of Long-Term Insurance Practice* (reprinted January 1992). Ces deux *Statements* ne s'appliquent toutefois qu'aux preneurs, personnes physiques, résidant au Royaume-Uni et assurés dans le cadre d'activités privées. On y trouve un certain nombre de règles de bonne conduite concernant la déclaration du risque, la proposition d'assurance, la déclaration du sinistre, la déclaration des modifications du risque en cas de renouvellement de la police, la présentation des polices et des documents l'accompagnant.

Les règles impératives qui s'imposent aux parties contractantes sont rarement distinguées de l'ordre public. On peut considérer, comme en France, qu'elles participent d'un ordre public de protection. La plupart des lois à caractère impératif admettent toutefois des degrés différents dans l'impérativité, qui aboutissent à distinguer les règles absolument impératives des règles semi-impératives, les premières ne tolérant aucune dérogation, les secondes admettant seulement les dérogations favorables à la personne protégée. Cette sous-distinction ne peut toutefois se dégager que d'une interprétation des textes et ne résulte pas formellement de la loi. Elle ne présente donc pas la même certitude que la distinction principale entre les normes impératives et supplétives. Il semble toutefois que la plupart des règles "absolument impératives" dépassant le simple stade du règlement des intérêts privés puissent se regrouper autour de quelques principes fondamentaux communs à l'ensemble des Etats membres (inassurabilité de la faute intentionnelle, interdiction de l'indemnisation au-delà du préjudice réellement subi, exigence d'un aléa et d'un intérêt d'assurance□.).

Le recours à la technique particulière des règles impératives pour réglementer le contenu du contrat d'assurance n'exclut pas, notons-le, l'utilisation d'autres techniques de protection fondées sur le contrôle des clauses abusives ou sur le contrôle administratif des conditions d'assurance dont il faudra aussi analyser l'impact en droit international privé.

387. Quelques Etats membres connaissent encore actuellement une législation sur le contrat d'assurance, adoptée dans le courant du XIXème ou au début du XXème siècle largement marquée par le contexte socio-économique de l'époque. Fondées sur le postulat de l'égalité des parties, ces lois ignorent le concept même de règles impératives visant à rétablir la justice contractuelle. En revanche, on y trouve les principes fondamentaux du droit du contrat d'assurance qui participent directement de l'ordre public au sens strict (principe indemnitaire,...).

Le concept même de règles impératives est par contre ignoré des pays de *common law* où le principe fondateur reste celui de la liberté des conventions et où il n'existe pas à proprement parler de droit codifié du contrat d'assurance, tout au moins dans le domaine des assurances terrestres. Les pays de *common law* partagent néanmoins les principes qui forment le noyau dur de l'ordre public en la matière. Des règles de bonne conduite adoptées par la profession elle-même tentent toutefois de réduire les abus auxquels cette liberté peut donner lieu de la part de l'assureur.

CHAPITRE II.

L'ORDRE PUBLIC ET LES REGLES IMPERATIVES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

390. Le droit international privé n'est pas resté insensible aux manifestations de plus en plus fréquentes de l'ordre public dans les relations contractuelles. Il a dû imaginer des techniques permettant de rendre compte des objectifs de politique économique et sociale poursuivis en droit interne, au besoin en dérogeant au mécanisme de la règle de conflit.

Lorsque la règle de rattachement ne permet pas de tenir compte des intérêts collectifs jugés essentiels par l'Etat, la technique des lois de police permet au législateur d'imposer le dispositif légal au moyen d'une règle directe d'applicabilité dérogeant à la règle de conflit de lois. Le droit international privé reconnaît en effet l'existence de *règles internationalement impératives* qui priment les dispositions matérielles de la loi normalement appelée à régir le contrat. Une question difficile consiste à examiner les liens qui existent entre les lois de police au sens défini ci-dessus et les règles ou les lois d'ordre public en droit interne. Une autre question essentielle qu'il faut examiner est de savoir si toutes les règles impératives au sens du droit interne maintiennent leur impérativité dans les relations internationales (section 1).

Pour permettre la prise en compte d'objectifs économiques ou sociaux, il n'est pas toujours indispensable de recourir à une technique dérogatoire comme celle des lois de police. La règle de conflit de lois est suffisamment souple pour intégrer dans son pré-supposé des considérations de droit matériel, comme le souci de protéger la partie faible dans la relation contractuelle. Influencée par de telles considérations, la règle de conflit ne cherche plus véritablement à localiser le rapport de droit mais poursuit un but matériel déterminé : la protection d'une des parties contractantes. Elle prend dès lors un caractère substantiel (section 2).

La règle de conflit bilatérale nécessite un mécanisme correcteur lorsque la loi déclarée compétente contient certaines règles ou certains principes susceptibles de heurter les fondements politiques, moraux ou économiques de l'ordre juridique du for. L'exception d'ordre public au sens du droit international privé permet d'évincer cette loi étrangère indésirable. Les liens qui existent entre l'ordre public international et l'ordre public interne suscitent quelques interrogations auxquelles on tentera de répondre brièvement (section 3).

SECTION 1. LES REGLES INTERNATIONALEMENT IMPERATIVES (LOIS DE POLICE)

391. Les lois de police apparaissent dans une première approche, comme des règles internationalement impératives applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Evoquées sous cette forme dans l'article 17 de la Convention de Rome⁴³, dans l'article 17, § 1, de la directive LPS non vie et dans l'article 17, § 1, de la directive LPS vie, elles méritent à ce titre une attention toute particulière. Au plan de la théorie générale du droit international privé, le concept de lois de police suscite, en réalité, trois questions fondamentales⁴⁴ la première est relative à la définition du concept lui-même (§ 1), la seconde concerne la technique d'application propre à ces lois (§ 2), la troisième a trait à leur identification parmi les règles impératives ou d'ordre public au sens du droit interne (§ 3).

§ 1. DEFINITION DES LOIS DE POLICE

392. Il n'existe guère d'unanimité en doctrine ou en jurisprudence sur le contenu et la portée du concept de loi de police⁴⁵. La question peut être abordée sous un angle conceptuel (A) ou fonctionnel (B). Dans les deux cas, la notion de lois de police paraît entretenir une parenté assez éloignée avec celle qui figure à l'article 17, alinéa 1, du Code civil Napoléon, toujours d'application en Belgique et en France, selon lequel «Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire» (C).

A. Définition conceptuelle

393. Selon la proposition bien connue de M. Franceskakis, les lois de police sont des lois «dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique et sociale du pays». L'élément d'organisation étatique qu'elles comportent requiert qu'elles

⁴³ Dans sa version française, l'article 17 de la Convention de Rome porte le titre de «Bis de police». Les lois de police sont dénommées *Eingriffsnormen* en Allemagne (art. 14 EGBGB, ancien article 10 EGBGB), *Internationally mandatory rules* au Royaume-Uni (la version anglaise de la Convention mentionne toutefois indifféremment les termes «*Mandatory rules*», pour désigner les règles impératives au sens du droit interne et au sens du droit international privé), *leggi di applicazione necessaria* en Italie. Le concept de lois de police n'a pas une autonomie propre en droit anglais où il paraît recouvrir l'intervention de l'ordre public. Voy. P.M. NORTH, «Reform but not Revolution», *Rec. des Cours*, 1990 I (vol. 220), p. 92 et A.L. DIAMOND, «Harmonisation of Private International Law relating to Contractual Obligations», *Rec. des Cours*, 1986 IV (vol. 199), pp. 291-292.

⁴⁴ Nous utiliserons ici, par commodité, indifféremment le concept de lois de police et de règles de police. La référence exclusive à la loi pourrait laisser croire à une fausse idée de «monolithisme» des lois de police. Or, une loi déterminée peut contenir à la fois des règles de police et des règles qui n'ont pas ce caractère.

s'appliquent quel que soit l'élément d'extranéité affectant la situation⁴⁵. J.P. Karaquillo rejoint ce point de vue lorsqu'il affirme que l'indice essentiel des lois de police serait «le caractère indispensable de la règle pour la sauvegarde de la cohérence sociale ou économique de l'ordre juridique interne⁴⁶».

On peut reprocher à ces définitions d'entretenir une certaine confusion entre les lois de police et l'ordre public au sens du droit interne. A juste titre, P. Mayer, tout en reconnaissant la possibilité de réserver l'appellation de lois de police aux règles qui visent à sauvegarder les intérêts de la collectivité, l'écarte cependant pour le motif qu'une préoccupation d'intérêt collectif est fréquemment sous-jacente aussi bien aux lois de protection individuelle qu'aux lois dont l'application doit être uniforme sur le territoire et qu'il est préférable de ne pas faire entrer dans la définition même une notion aussi difficile à cerner que celle d'intérêt collectif ou d'organisation politique, sociale ou économique⁴⁷.

394. En réalité, c'est l'approche conceptuelle en tant que telle qui semble inadéquate. Trop restrictive si on la comprend par référence au concept d'ordre public de direction en droit interne, elle devient trop extensive si on la conçoit comme une simple manifestation du dirigisme étatique dans les relations de droit privé, car des intérêts généraux sont toujours sous-jacents à une intervention de l'Etat dans les rapports contractuels⁴⁸. Ainsi, il paraît a priori excessif d'attribuer globalement le caractère de lois de police à toutes les lois dont l'objectif est la protection du consommateur. Cet objectif peut être atteint en droit interne par des techniques très diverses (règles impératives, contrôle des clauses abusives⁴⁹...) dont les caractéristiques appellent, on le verra, une opinion nuancée. En outre, la règle de conflit peut elle-même intégrer ce type d'objectifs dans son présupposé, en rendant de ce fait inutile l'intervention des lois de police⁵⁰.

Trouvant leur source dans un dirigisme étatique inspiré de préoccupations économiques et sociales, les lois de police se situent manifestement dans une zone grise

45 P. FRANCESKAKIS, *Rep. Dr. Int.*, v° *Conflit de lois*, n°124 et 137; voy. également du même auteur «Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois», *R.C.D.I.P.*, 1966, pp.1-18, spéc. p.12; «Lois d'application immédiate et règles de conflit», *Riv. dir. int. pri. e pro.*, 1967, p.191.

46 J.P. KARAQUILLO, «Etude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé», *PUF*, 1977, p.152, n°181 et p.199, n°133.

47 P. MAYER, «Les lois de police étrangères», *J.D.I. (Clunet)*, 1981, p.191, n°16. Dans le même sens, G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *International Privaatrecht*, 2ème éd., Story Scientia, 1989, p.184, n°168.

48 En ce sens J.A. CARRILLO-SALCEDO, «Le renouveau du particularisme en droit international privé», *Rec. des Cours*, 1978 II (vol.160), p.133.

49 La définition conceptuelle, intrinsèquement limitée, procède d'une démarche finalement assez proche de la méthode statutaire qui s'attache à dresser des catégories de lois pour en déduire un régime juridique particulier. Voy. B. AUDIT, «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit», *Rec. des Cours*, 1984 III (vol.186), p.152. Cette tendance est perceptible dans les travaux du professeur Franceskakakis apparemment influencé, lui-même, par les thèses de Pillet.

entre le droit public et le droit privé⁵⁰. A cet égard, la difficulté essentielle réside dans la définition du degré ou du seuil d'impérativité au-delà duquel elles doivent recevoir application indépendamment de la solution donnée par la règle de conflit de lois⁵¹. Comme cette définition relève de la seule appréciation de l'Etat légiférant ainsi que des organes étatiques appelés à les mettre en œuvre, toute tentative de définition conceptuelle paraît vaine. Tout au plus, peut-on s'accorder sur une définition fonctionnelle des lois de police, la seule qui corresponde véritablement à leur nature.

B. Définition fonctionnelle

395. Dans une approche fonctionnelle, les lois de police sont définies comme des lois dont la teneur ou le but appelle leur application à des situations qui ne lui sont pas soumises par la règle de conflit. Le but qu'elles poursuivent impose, aux yeux du législateur, qu'elles se voient attribuer un domaine d'application directement adapté à cet objectif, dérogeant au jeu normal de la règle de conflit. La nécessité impérieuse pour l'Etat de faire régir certaines relations internationales par sa propre loi à l'exclusion de toute autre justifie cette dérogation⁵². C'est le lien étroit entre son but ou sa teneur et son domaine d'application international qui fait la caractéristique essentielle des lois de police⁵³.

⁵⁰ A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973, p. 49, n° 76 et 177.

⁵¹ J.M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1989, p. 79, n° 24 et s.

⁵² J.P. KARAQUILLO, *op. cit.*, note 46, p. 57, n° 08; voy. également F. RIGAUX, *Précis*, t. II 2ème éd., 1988, n° 74 et 292; R. PRIOUX, «Le juge et l'arbitre face aux lois étrangères d'application immédiate dans les contrats internationaux», *R.D.C.B.*, 1988, p. 51; du même auteur, «L'incidence des lois de police sur les contrats économiques internationaux», *Rev. dr. U.L.B.*, 1994, p. 33, n° 3; M. FALLON, *Les accidents de la consommation et le droit*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 23, n° 27.

⁵³ P. MAYER, «Les lois de police», *Trav. du Com. fr. D.I.P.*, Ed. C.N.R.S., 1988, p. 07; dans le même sens, P. GOTHOT, «Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé», *R.C.D.I.P.*, 1971, pp. 09 et 415; Ph. FRANCESKAKIS, *op. cit.*, note 45, p. 2; T.G. GUEDJ, «The Theory of the Laws of Police, A Functional Trend in Continental Private International Law - A Comparative Analysis With Modern American Theories», *A.J.C.L.*, 1991, p. 65; J.C. POMMIER, «La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit le rôle de l'arbitre», *J.D.I. (Clunet)*, 1992, p. 37, n° 0; A. BUCHER, «L'ordre public et le but social des lois en droit international privé», *Rec. des Cours.*, ..., p. 9; M. FALLON, «Les règles d'applicabilité en droit international privé», *Mélanges Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, p. 302, n° 2.

⁵⁴ La doctrine allemande paraît s'accorder sur cette définition fonctionnelle. Voy. W.H. ROTH, *op. cit.*, note 10, pp. 39 à 242; P. BIAGOSCH, *op. cit.*, note 10, p. 79; V. HAHN, *op. cit.*, note 10, p. 93; F. REICHERT FACILIDES, «Zur Kodifikation des deutschen internationalen Versicherungsvertragsrechts», *IPRax*, 1990, p. 1. Ces auteurs reconnaissent qu'il n'existe aucun consensus sur le contenu exact du concept de lois de police. La doctrine italienne rejoint aussi ce point de vue, voy. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, Padova, Cedam, 1990, p. 38 et les réf. citées. La notion de loi de police n'est pas reçue en droit anglais où il n'existe d'ailleurs pas de théorie générale des lois de police, à la différence des autres pays continentaux. Voy. I. MAC NEIL, «The legal framework in the United Kingdom for insurance policies sold by EC insurers under freedom of services», *I.C.L.Q.*, 1995, p. 30; J.J. FAWCETT, «Evasion of law in Private International Law», *Camb. L.J.*, 1990, p. 4; CHESCHIRE and NORTH, *Private International Law*, 12ème éd., pp. 496-503, ces auteurs proposent comme expression anglaise équivalente «Overriding statute» et citent comme exemples l'*Employment Protection (Consolidation) Act 1978* dont l'application territoriale est limitée aux travailleurs qui exécutent habituellement leur travail au Royaume-Uni et l'*Unfair Contract Terms Act 1977* sur lequel nous reviendrons. En l'absence de critère spatial expressément défini, ils se rallient à la méthode fonctionnelle.

En définitive, l'émergence des lois de police dans le règlement des conflits de lois repose sur deux considérations portées, plus ou moins consciemment, par l'Etat qui les adopte ou l'organe étatique chargé de les mettre en œuvre : la prise de conscience d'un défaut de convergence des intérêts étatiques et l'inadéquation de la règle de conflit à apporter une solution qui tienne compte de la prépondérance des intérêts de l'Etat dans le règlement de la situation⁵⁵. Comme la règle de conflit ne permet pas d'assurer l'application des lois en question à des situations internationales auxquelles, pour des raisons spécifiques liées à son contenu ou à son but, il importe qu'elle soit appliquée, elle est écartée au profit d'une autre technique plus respectueuse des intérêts étatiques⁵⁶. La règle de conflit traditionnellement reconnue en matière contractuelle reposant sur le libre choix de la loi applicable, il n'est pas étonnant que ce soit dans ce secteur que le recours à la technique des lois de police se soit imposé avec le plus de force. Le recours croissant à cette méthode en matière contractuelle traduit en effet l'accentuation du rôle joué par la norme plutôt que par la relation en cause, dans la discipline des conflits de lois.

Sur le plan de sa mise en œuvre, il faut reconnaître que la règle de police perturbe considérablement le règlement du conflit de lois. Elle est avant tout l'expression d'un particularisme qui entend faire prévaloir les conceptions d'un Etat déterminé sur les solutions normales des règles de rattachement⁵⁷. Si on doit bien admettre la possibilité pour le législateur de sauvegarder ainsi la cohérence et l'efficacité de son système interne, il faut reconnaître, avec MM. Loussouarn et Bourel, qu'elle constitue « une sécrétion inéluctable de l'intensification de l'idée de souveraineté liée à l'envahissement par l'Etat des rapports privés » et donc, « un élément perturbateur de la coordination des systèmes juridiques »⁵⁸.

L'existence de lois internationalement impératives, soustraites à la communauté de droit, n'avait d'ailleurs pas échappé à l'éminent juriste qu'était Savigny. Tout en ne reconnaissant pas à leur propos une véritable méthode concurrente des conflits de lois, il admettait l'inadaptation de sa méthode fondée sur l'examen de la nature ou de l'essence du rapport de droit pour les « lois d'une nature positive rigoureusement obligatoire dictée par

⁵⁵ J.A. CARRILLO-SALCEDO, *op. cit.*, note 48, p. 93.

⁵⁶ P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *op. cit.*, note 47, p. 89, n° 6; A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 50, p. 18, n° 51.

⁵⁷ C'est en cela que la méthode des lois de police se distingue des méthodes américaines développées par Cavers et Reese. Dans ces méthodes, il n'existe pas d'ordre juridique normalement compétent (celui désigné par la règle de conflit bilatérale), que la loi de police viendrait partiellement écarter.

⁵⁸ Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Traité de droit international privé*, 4ème éd., Paris, Dalloz, 1993, p. 93, n° 32 et 133; dans le même sens, A. PHILIP, « Recent Provisions on Mandatory Laws in Private International Law », in *Festschrift Lipstein*, Heidelberg, 1980, p. 41; P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *Rec. des Cours*, 1986 I (vol. 96), p. 1, n° 2.

un motif d'intérêt général⁵⁹. L'application ou la non-application de ce type de lois était déterminé en fonction de la seule volonté de celles-ci⁶⁰.

C. Les lois de police et de sûreté

396. Entendues au sens conceptuel ou fonctionnel, les lois de police n'offrent apparemment qu'un lointain rapport avec les lois de police et de sûreté visées par l'article⁶¹, alinéa⁶² du Code civil belge ou français, tous deux issus du Code Napoléon.

L'interprétation la plus convaincante de l'article⁶³ est sans doute celle qui voit dans son énoncé un simple modèle formulé par la science du droit indiquant les principaux titres de la compétence législative de l'Etat. Cet article contient en effet les trois critères permettant de délimiter le domaine spatial de tout ordre juridique étatique. Outre les organes étatiques eux-mêmes, celui-ci a pour destinataire deux catégories de sujets⁶⁴ les ressortissants de l'Etat, même si ceux-ci ne se trouvent pas sur le territoire, conformément au principe de personnalité (C.civ. art.⁶⁵, al.⁶⁶), et les personnes habitant le territoire conformément au principe de territorialité (C.civ. art.⁶⁷, al.⁶⁸). Il concerne aussi les biens localisés sur le territoire, ce qui inclut les actes qui y sont accomplis (C.civ. art.⁶⁹, al.⁷⁰) (autre application du principe de territorialité)⁷¹.

397. Si, dans son libellé en forme de proclamation unilatérale de souveraineté, l'article⁷² a certainement favorisé une méthode d'analyse fondée sur la classification des lois en catégorie⁷³, il faut observer que la jurisprudence et la doctrine belge et française

⁵⁹ F.K. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t.IV/III, trad. Guénoux, 1856, §349; Voy. P.M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel - De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Genève, Lib. de l'Université, 1985, p.209, n°232.

⁶⁰ Seules les lois de police du for étaient envisagées par Savigny, qui ne concevait pas l'application de lois de police tierces.

⁶¹ En ce sens, F. RIGAUX, «Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale⁷⁴», *Rec. des Cours*, 1989 I (vol.213), p.203, n°22 à 75. Le professeur Rigaux estime que si ce modèle n'a aucune conséquence immédiate sur le terrain du droit positif, il a toutefois pour effet utile de dénier aux ordres juridiques étatiques une prétention quelconque à l'universalité spatiale. Même s'il reconnaît que la coutume internationale ne contient aucune règle interdisant à l'Etat d'exercer sa compétence législative à l'égard de faits localisés hors de son territoire, le professeur Rigaux relativise la conception positiviste selon laquelle la compétence législative des Etats serait illimitée. Celle-ci ne contient, à son estime, qu'une seule règle imposant aux Etats un devoir absolu d'abstention⁷⁵ celle qui interdit d'accomplir sur le territoire d'un autre Etat un acte matériel de coercition physique, sous réserve bien entendu d'une règle permissive résultant du droit international coutumier ou d'une convention internationale. On observera en tout état de cause qu'il n'est pas possible de dégager de l'article⁷⁶ un système complet de droit international privé. Celui-ci ne tient compte ni de la réserve observée par le droit étatique à l'égard des ordres juridiques transnationaux ni de l'autonomie que l'Etat libéral accorde aux parties dans l'aménagement de leurs relations.

⁶² C'est ainsi que les conflits de lois ont pu être analysés dans un premier temps comme des conflits de souveraineté, le droit international ayant pour but de répartir les compétences entre les Etats. La théorie des statuts, dont la méthode unilatéraliste est l'héritière directe, n'avait pas d'autre fondement. A la différence de la conception savignienne qui s'attache à l'élément rationnel de la loi en perdant de vue son impérativité, les statutistes déterminaient le domaine d'application des lois en les répartissant en catégories et en attribuant à chacune d'elles un critère de compétence particulier. Partant de la loi et non du rapport juridique, la méthode se rapproche de celle des lois de police au sens fonctionnel décrit ci-dessus,

n'ont éprouvé aucune difficulté à opérer le passage entre ces règles statutaires et les règles de conflit bilatérales de type classique. Ainsi, l'article 3, alinéa 3, du Code civil a été interprété comme rattachant la matière de l'état et la capacité des personnes à la loi nationale. De même, l'article 3, alinéa 2, qui établit que les statuts relatifs aux immeubles sont territoriaux, peut tout aussi bien signifier que les questions réelles immobilières sont soumises à la loi du lieu de situation du bien⁶³.

Alors que la catégorie des lois visées par les alinéas 2 et 3 se coule assez facilement dans une catégorie de rattachement formant le présupposé d'une règle de conflit bilatérale classique, il en va tout autrement de l'article 3, alinéa 1. Comme on l'a fait remarquer à juste titre, «La catégorie des lois de police est irréductible à une situation typique, à un rapport de droit au sens de Savigny. Elle articule la règle de droit international privé sur le domaine d'application dans l'espace de la loi, non sur la recherche du siège de la situation particulière»⁶⁴.

L'article 3, alinéa 1 se réfère explicitement à la notion «d'habitant» liée à celle de «territoire». Dans le contexte de la proclamation de souveraineté qui imprègne l'article 3, on ne peut voir en réalité dans cette formule abordée sous l'angle du droit international privé, autre chose qu'une affirmation pure et simple du principe de territorialité⁶⁵.

si ce n'est qu'elle se prononce en fonction d'une catégorie de lois définie selon sa nature, et non pas selon sa teneur et son but.

La démarche d'auteurs comme Mancini et Pillet est également proche de la méthode des statuts en ce qu'elle vise à classer les lois en catégories selon la matière ou l'objet visé et qu'elle est influencée par l'idée de souveraineté. Ainsi, chez Mancini, il n'est pas interdit de penser que l'application de principe de la loi nationale aux nationaux, même expatriés, trouvait sa source profonde dans la compétence personnelle de l'Etat à l'égard de ses nationaux. Il en est de même de la vaste exception qu'il reconnaissait au principe général de la compétence de la loi personnelle, sous l'expression de «lois d'ordre public». Si les lois d'ordre public sont territoriales, c'est en raison de la liaison étroite qu'elles entretiennent avec l'idée de souveraineté de l'Etat sur son territoire.

Pillet, quant à lui, s'est efforcé de classer les lois en fonction de leur but social en deux catégories : les lois permanentes applicables aux nationaux et les lois générales applicables à tous à l'intérieur des frontières. Cette seconde catégorie, formée des lois de garantie sociale ou de protection individuelle, s'identifie dans la conception de Pillet, comme dans celle de Mancini, avec l'ordre public. Ces théories ont été critiquées à juste titre au motif qu'elles méconnaissent les fonctions complexes des règles légales. Sur les thèses de Pillet et Mancini, voy. en particulier P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., p. 95, n° 87; P. GOTHOT, «Le renouveau de la tendance unilatéraliste...», *op. cit.*, note 53, pp. 34 et 35; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. III, 8ème éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 30 à 234 et n° 354; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, 4ème éd., 1993, n° 100 et 101; P. MAYER, *Traité de droit international privé*, 5ème éd., Paris, Monchrestien, 1994, n° 70 et 71.

63 Voy. P. MAYER, Les lois de police étrangères, *op. cit.*, note 47, p. 94; B. AUDIT, Le caractère fonctionnel, *op. cit.*, note 49, p. 32.

64 F. RIGAUX, «La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1985, p. 9, n° 9.

65 L'examen des travaux préparatoires du Code civil démontre que le législateur de 1804, statuant sur l'empire des lois qu'il allait promulguer, a eu principalement en vue les dispositions de droit pénal qui ne relèvent pas des méthodes du droit international privé (lois de sûreté), sans exclure certains règlements de police touchant au droit privé (lois de police). Ainsi, Bouhier citait-il comme exemples de prescriptions de police, la défense de transporter des grains hors du pays afin de prévenir une disette, l'interdiction d'aliéner des fonds à des étrangers, l'ordre donné aux parents et aux maîtres de surveiller leurs enfants ou serviteurs, la détermination des poids et mesures. En séance du Corps législatif du 14 Ventôse, Faure affirmait, quant à lui, que «Tout individu contracte en entrant dans un pays dont il n'est pas sujet, l'obligation de se soumettre aux lois établies pour l'ordre et la tranquillité du pays». Voy. à cet égard

Entendue en ce sens, les lois de police seraient constituées par l'ensemble des lois appelant un rattachement territorial. Ce critère territorial n'étant pas autrement défini, le concept n'emporterait par lui-même aucune conséquence précise sur le plan des solutions de rattachement⁶⁶. Cette opinion est partagée par la doctrine française qui tient le critère pour insuffisant⁶⁷. La jurisprudence française n'y a d'ailleurs guère fait appel pour justifier l'application des lois de police du for. Tout au plus, certains auteurs acceptent-ils d'y voir un fondement suffisant pour permettre au juge de définir le domaine d'application dans l'espace de la loi, même en cas de silence de celle-ci⁶⁸.

398. En Belgique, au contraire, les thèses du professeur Vander Elst ont conduit la jurisprudence à considérer que sont des lois de police au sens de l'article 3, alinéa 1, «Les lois de droit privé, qu'elles soient ou ne soient pas d'ordre public, qui régissent, dans le but de maintenir dans les relations sociales qui se nouent sur le territoire, l'harmonie et l'équilibre favorable à la protection des personnes et de leur patrimoine, les faits juridiques et les activités qui peuvent y être assimilées». Transposées dans une règle de conflit classique, les lois de police constituent dès lors une catégorie normale de rattachement comprenant les faits juridiques, la responsabilité civile et ses diverses applications, les activités professionnelles, ainsi que certaines conditions de formation et certains effets d'actes juridiques considérés en tant que faits se localisant sur le territoire indépendamment de leur origine contractuelle⁶⁹.

Cette solution est critiquable et artificielle car, comme on vient de le voir, l'article 3, alinéa 1, transposé dans le domaine du droit international privé, crée simplement un cadre formel autorisant une dérogation territoriale à un principe de rattachement normalement applicable à la matière considérée. A ce titre, il pourrait servir de fondement juridique à l'application de toute loi territoriale dérogeant au critère de rattachement retenu par la règle de conflit concernée, comme par exemple le principe du libre choix de la loi applicable en matière contractuelle. Le concept de lois de police et de sûreté rejoindrait ainsi l'analyse fonctionnelle des lois de police que la jurisprudence belge tend à escamoter par l'édification d'une catégorie de rattachement autonome.

R. VANDER ELST, «Droit international privé belge et droit conventionnel international», t. II, *Conflits de lois*, Bruxelles, Bruylant, pp. 33 à 39.

66 M. FALLON, «Les accidents de la consommation...», *op. cit.*, note 52, p. 66, n° 39.

67 A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 50, p. 54, n° 80 et J.P. KARAKILLO, *op. cit.*, note 46, p. 58, n° 104; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t. II, 8ème éd., 1993, n° 72 à 274; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Précis*, 4ème éd., 1993, n° 79.

68 Ph. FRANCESKAKIS, «Quelques précisions...», *op. cit.*, note 45, p. 6.

69 R. VANDER ELST, «Les lois de police et de sûreté en droit international privé belge», t. II et t. III, Bruxelles, Parthénon, 1956 et 1963. Voy. également du même auteur, «Ordre public international, lois de police, lois d'application immédiate», *Mélanges Legros*, U.L.B., 1985, p. 53 et s.; «L'autonomie de la volonté en droit international privé, français et belge», *Mélanges Fredericq*, 1965, pp. 77-997. En France, par contre, la réglementation du délit ne rentre pas dans la catégorie des lois de police et de sûreté visées par l'article 3, al. 1 du Code civil.

399. En réalité, dans la pensée des auteurs du Code civil, la territorialité des lois de droit privé était directement tributaire de la territorialité stricte du droit pénal. Dans l'ancien droit, il était admis que les conséquences civiles des infractions pénales devaient être régies par la *lex loci delicti*. Le fait dommageable impliquant une lésion de l'ordre public dans le pays où il a été posé, ceci entraînait inévitablement l'application de la loi territoriale à l'auteur du délit ou du quasi-délit⁷⁰. On reconnaîtra que l'adoption d'un critère territorial s'adapte assez bien au rattachement des lois protectrices de l'intégrité des personnes et des biens⁷¹. Ce critère demande cependant à être précisé au départ d'une analyse du contenu et des buts de la loi concernée, le rattachement en question pouvant parfaitement trouver sa place dans le cadre d'une analyse fonctionnelle des lois de police.

§ 2. TECHNIQUE DES LOIS DE POLICE

A. Lois de police et règles d'application immédiate

400. Afin de traduire efficacement le but économique ou social poursuivi par la loi et écarter les conséquences normales de la règle de conflit, le législateur aura le plus souvent recours à une technique d'applicabilité particulière. Elle consiste à délimiter le domaine d'application spatial de la règle matérielle jugée indispensable à la sauvegarde de l'intérêt en cause, par une règle directe d'applicabilité fondée sur un ou plusieurs critères différents de ceux utilisés par la règle de conflit normalement applicable⁷². La règle directe d'applicabilité répond ainsi au besoin d'attribuer à la norme un domaine d'application qui en assure l'efficacité⁷³. On rejoint ici la notion de «*loi d'application immédiate*»⁷⁴. Cette expression indique qu'à la différence de la règle de conflit, la règle d'application immédiate contient à la fois une solution de droit matériel et la délimitation du domaine spatial propre à cette solution. La détermination du domaine spatial de la règle, qui consiste à établir à

⁷⁰ R. VANDER ELST, *Les lois de police et de sûreté en droit international privé belge*, op. cit., note 69, pp. 40 à 50.

⁷¹ En ce sens, voy. les conclusions de J. ERAUW, *De onrechtmatige daad in het internationaal privaatrecht*, Antwerpen-Kluwer, 1982.

⁷² Sur les règles directes d'applicabilité en droit international privé, voy. F. RIGAUX, «*Les règles de droit délimitant leur propre domaine d'application*», *Ann. Dr. Lv.*, 1983, pp. 285-331; M. FALLON, «*Les règles d'applicabilité ...*», op. cit., note 33, pp. 285-322, spéc. n° 4 à 23. Du même auteur, «*Le recours aux objectifs de la loi dans son application en droit international privé*», in *Actes de l'Association internationale de méthodologie juridique*, Bruxelles, Story Scientia, 1990, p. 28.

⁷³ Ph. FRANCESKAKIS, op. cit., note 45, p. 3; J.M. JACQUET, op. cit., note 51, p. 71, n° 409 et 410. Il est entendu que la volonté du législateur peut s'exprimer tantôt dans l'énoncé de la règle matérielle elle-même, tantôt dans une disposition séparée délimitant le domaine d'application d'un instrument législatif dans son ensemble. On parlera donc indifféremment de règles ou de lois d'application immédiate. Une loi déterminée peut cependant contenir à la fois des règles de police et des règles qui n'ont pas ce caractère. Voy. F. RIGAUX, *Précis*, t. II, 1987, p. 66, n° 53 et la note 44 ci-dessus.

⁷⁴ Cette notion reçoit en doctrine des appellations variées : *spatially conditioned rules*, *norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia*, *Sachnormen mit abgrenzendem Tatbestandsmerkmal*. En revanche, elle n'a pas de contenu précis en droit anglais. Voy. A.L. DIAMOND, op. cit., note 43, pp. 288-290; CHESCHIRE and NORTH, *Private International Law*, 12^{ème} éd., 1992, p. 97 qui parlent d'*overriding english statutes*.

quelle situation celle-ci s'applique eu égard à son caractère international, aura lieu au moyen d'un critère qui, sur le plan de sa nature, ne se distingue guère à vrai dire de celui utilisé par les règles de conflit⁷⁵.

401. Entendue en ce sens, la règle d'application immédiate ne met en œuvre qu'une technique d'applicabilité particulière permettant de déroger à la règle de conflit de lois⁷⁶. Même si les lois de police au sens fonctionnel se signalent fréquemment par le recours à cette technique, celle-ci n'en constitue pas une caractéristique suffisante⁷⁷. Toutes les règles fixant elles-mêmes leur domaine d'application spatial ne forcent pas pour autant la compétence de l'ordre juridique auquel elles appartiennent. On ne passe au concept de lois de police que lorsque cette technique est mise au service d'un intérêt étatique jugé essentiel⁷⁸. Dans ce cas, la règle d'applicabilité aura pour fonction de déroger dans la matière considérée, à une règle de rattachement faisant figure de règle générale.

Si cette conception est exacte, les lois de police ne constituent au sein des lois d'application immédiate qu'une catégorie particulière de lois « caractérisées 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 part⁷⁹ ».

B. Le critère spatial des lois de police

402. Outre le caractère assez vague du concept lui-même, un élément d'incertitude important dans l'application des lois de police provient précisément de ce que la délimitation de leur domaine spatial est rarement explicitement formulée. S'il n'est pas explicitement défini, le critère spatial doit être dégagé des objectifs économiques et sociaux poursuivis par le législateur, révélés par la teneur ou la nature des dispositions en cause. C'est en cela que l'on peut parler d'une méthode spécifique aux lois de police proche de la *governmental interest analysis* bien connue en droit international privé américain⁸⁰.

⁷⁵ En ce sens P. GRAULICH, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges Dabin*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 135; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, 4^{ème} éd., 1993, n° 32. Cette constatation sert de point de départ à Mme Toubiana pour justifier la bilatéralisation du critère spatial des lois de police du for. Voy. A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 50, p. 229, n° 59.

⁷⁶ Voy. T.G. GUEDJ, *op. cit.*, note 53, p. 164.

⁷⁷ En ce sens Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Précis*, 4^{ème} éd., 1993, p. 173, n° 27; M. FALLON, « Les règles d'applicabilité... », *op. cit.*, note 53, p. 102, n° 2; P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *op. cit.*, note 47, p. 91, n° 6; G. VAN HECKE, « International Contracts and Domestic Legislative Policies », in *Festschrift Mann*, München Beck, 1977, p. 86, *contra* J.M. JACQUET, *op. cit.*, note 51, p. 107, n° 70.

⁷⁸ P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *op. cit.*, note 47, p. 87, n° 3 et 14; M. VERWILGHEN, « Les règles de droit délimitant leur propre domaine d'application en droit international privé belge », *Rapports belges au XI^{ème} Congrès de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 143, n° 2.

⁷⁹ P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *op. cit.*, note 47, p. 144, n° 2.

⁸⁰ Dans le sens de cette analogie, T.G. GUEDJ, *op. cit.*, note 53, n° 81 et ss. qui, après avoir procédé à une comparaison entre la doctrine des lois de police et les théories américaines, conclut que la théorie des lois de police représente une approche modérée et viable, permettant d'éviter les inconvénients des théories américaines, voy. également, M. FALLON, « Le recours aux objectifs de la loi... », *op. cit.*, note 72, pp. 32-33; B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit... », *op. cit.*, note 49, pp. 54-255; P. MAYER, « Les lois de police », *op. cit.*, note 53, p. 107; C.G.J. MORSE, « Comparative Study

En l'absence d'autres précisions, il appartient donc à l'interprète, dans le cadre d'un fonctionnalisme partiel, de rechercher au cas par cas si la règle ou la loi en question appelle par son objectif ou selon une volonté implicite du législateur, un critère dérogatoire par rapport à celui utilisé par la règle de conflit de lois et, si oui, de le déterminer au départ d'une analyse du rôle que remplit cette règle dans son milieu économique et social⁸¹. Deux questions doivent donc être résolues successivement : la règle en question commande-t-elle un domaine d'application plus large que celui qui lui serait donné par la règle de conflit ? Dans l'affirmative, quel est le critère qui peut se déduire des buts qu'elle poursuit ? Cette démarche, est-il besoin de le souligner, laisse au juge ou à l'administration un large pouvoir d'appréciation qui n'est pas exempt d'un certain arbitraire.

403. Que le critère spatial soit expressément prévu par le législateur ou qu'il se déduise implicitement d'une analyse fonctionnelle, une autre question vient immédiatement à l'esprit. Une localisation quelconque, même marginale, suffit-elle à justifier l'application de la règle de police ? A la limite, le législateur ou l'organe étatique chargé d'appliquer la loi pourrait-il lui accorder un domaine d'application illimité ? Bien que l'unanimité soit loin d'être faite à ce propos, il semble que le droit international public ne contienne aucune règle coutumière de nature à restreindre cette compétence⁸². Théoriquement, une loi de police pourrait donc se voir attribuer un domaine spatial illimité⁸³.

of the Rules of Conflict of Laws in the Field of Contracts⁸⁴, in *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 61.

81 Y. DERAIS, « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale », *Mélanges Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 30, n° 3; C. FERRY, *La validité des contrats en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 63, n° 22; R. DE NOVA, « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », in *Mélanges Maury*, 1960, t. II, pp. 381 et 385; P. GRAULICH, *op. cit.*, note 75, pp. 631-632; A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 50, p. 220, n° 53 et p. 225, n° 55; M. FALLON, « Le recours aux objectifs de la loi... », *op. cit.*, note 72, p. 37; P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste... », *op. cit.*, note 53, p. 17; A.C. IMHOFF-SCHIEER, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, Genève, Librairie de l'Université, 1981, pp. 156-157; J.P. KARAQUILLO, *op. cit.*, note 46, p. 52, n° 4.

82 L'interdiction d'accomplir sur le territoire d'un autre Etat un acte matériel de coercition physique (sous réserve d'une règle plus permissive découlant d'une convention internationale ou du droit coutumier) paraît être la seule règle imposant aux Etats un devoir absolu d'abstention. Voy. en ce sens P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n° 30; du même auteur « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *R.C.D.I.P.*, 1979, p. 3; F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles », *op. cit.*, note 61, p. 4, n° 3. Pour le surplus, la coutume internationale ne contiendrait aucune règle interdisant à l'Etat d'exercer sa compétence législative à l'égard des faits localisés hors de son territoire ou l'obligeant à participer à la mise en oeuvre de politiques économiques ou sociales poursuivies par d'autres Etats.

83 Dans le sens de la compétence législative illimitée de l'Etat, voy. R. AGO, « Règles générales des conflits de lois », *Rec. des Cours*, 1936 IV (vol. 38), pp. 77-293, pour qui l'objet d'un système de droit international privé est de restreindre le domaine d'application dans l'espace du droit étatique grâce à la réception dans l'ordre interne des normes matérielles étrangères; P. MAYER, « Droit international privé... », *op. cit.*, note 82, *R.C.D.I.P.*, 1979, p. 2, n° 0; p. 37, n° 1; p. 55, n° 8 à 90. Selon cet auteur, lorsque la compétence matérielle des Etats est concurrente, c'est-à-dire pratiquement en droit privé, aucune limite n'est apportée à leur compétence spatiale. Pour F.A. MANN, le droit international public se contenterait de fournir certaines limites à l'intérieur desquelles l'Etat serait libre d'adopter la solution qui lui convient : il suffirait d'un lien raisonnable avec le rapport de droit pour justifier la compétence normative. La doctrine de droit international public se prononce en sens contraire et estime que l'Etat a deux titres de compétence : la territorialité et la personnalité. Voy. les réf. citées par P. MAYER, *ibid.*, p. 37, n° 1, et F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles », *op. cit.*, note 61, p. 4, n° 3.

Seule une règle de raison inhérente à la notion même d'ordre juridique, comme celle qui paraît inspirer l'article 3, alinéa 1 du Code civil Napoléon ou le principe d'effectivité qui l'assortit, sont en mesure de fixer des frontières à la compétence législative des Etats⁸⁴. En effet, si rien n'empêche théoriquement un Etat de prendre une loi dont le domaine d'application est exorbitant, il y a peu de chance pour qu'une telle loi puisse sortir ses effets devant les organes d'un Etat différent de celui qui l'a adoptée. Dès lors, la compétence législative, théoriquement illimitée, de l'ordre juridique étatique trouve ses premières limites dans la compétence juridictionnelle.

Sous cette réserve, on est bien forcé de constater que la qualification de lois de police ainsi que la définition de son domaine d'application dans l'espace relève d'une appréciation soumise à la discrétion de l'Etat et de ses organes. Seul un ordre juridique supérieur, comme l'ordre juridique communautaire, paraît en mesure de sanctionner un recours abusif si celui-ci est constitutif d'une entrave à une des libertés économiques consacrées par le Traité C.E. (voy. *infra* n° 359 et ss.).

404. Même si aucune restriction formelle issue du droit international privé ne paraît restreindre la compétence étatique, le rattachement explicite ou implicite des règles de police s'effectuera le plus souvent, mais pas exclusivement⁸⁵, par un critère territorial dont la nature peut être variable (lieu d'exécution d'un acte ou d'un fait juridique⁸⁶). Dans le domaine particulier des contrats, les règles d'applicabilité prévues seront très souvent, sinon toujours, l'expression d'un principe de territorialité destiné à faire échec à la loi d'autonomie⁸⁷. Dans ce contexte, l'article 3, alinéa 1 du Code civil belge ou français pourrait servir de fondement juridique à l'application dérogatoire des lois de police. Il est permis d'y trouver à tout le moins la possibilité de définir le domaine d'application de la loi, même dans le silence de celle-ci⁸⁷.

⁸⁴ En ce sens F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles... », *op. cit.*, note 61, p. 103, n° 2 à 74. Voy. également P. MAYER, « Droit international privé et droit international public... », *op. cit.*, note 82, p. 22, n° 10.

⁸⁵ La pleine efficacité de certaines lois de police peut en effet exiger qu'elles appréhendent même des personnes ou des biens se trouvant hors du territoire. C'est pourquoi, le législateur peut recourir parfois à des critères personnels, tels que la nationalité. En ce sens, C. FERRY, *op. cit.*, note 81, p. 143, n° 17; Ph. FRANCESKAKIS, « Quelques précisions... », *op. cit.*, note 45, p. 14; P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste... », *op. cit.*, note 53, p. 17.

⁸⁶ F. RIGAUX, *Précis*, t. II, 2ème éd., 1987, n° 95. Selon Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Précis*, 4ème éd., 1993, p. 186, n° 32, « Ce sont à 95 % des critères de rattachement d'ordre territorial qui sont utilisés pour délimiter le domaine d'application des lois de police ».

⁸⁷ Ph. FRANCESKAKIS, « Quelques réflexions... », *op. cit.*, note 45, p. 19.
Voy. concernant le contrat de travail en jurisprudence belge, Cass., 25 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, 1038 qui consacre l'applicabilité des lois belges de police lorsque le travail s'exécute en tout ou en partie sur le territoire belge; Cass., 3 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, 1241; *J.T.T.*, 1985, p. 109, obs. C.W., qui qualifie de loi de police au sens de l'article 3, al. 1, C. civ., l'article 15 des lois coordonnées sur le contrat d'emploi concernant la fixation et la durée du délai de préavis.

La territorialité des lois de police, souvent mise en exergue dans le contexte de l'article 3, alinéa 1, du Code civil, signifie simplement que leur application nécessite un lien avec le territoire de l'Etat qui l'a édictée, lien qui sera identifié en fonction de l'objectif poursuivi par ces lois. Elle ne signifie nullement que les lois de police seraient par essence inapplicables par un juge étranger ni qu'elles ne pourraient être désignées par une règle de conflit⁸⁸. Les lois de police sont territoriales au sens matériel (elles s'appliquent à tous les faits qui se déroulent totalement ou même partiellement sur le territoire, et doivent être respectées quand la situation présente à l'égard de ce territoire l'élément de rattachement pertinent), et non au sens formel (dispositions qui ne sont destinées qu'aux autorités d'un Etat, qui ne s'imposent qu'à elles et qui ne sauraient être appliquées que par elles)⁸⁹.

C. Unilatéralisme ou bilatéralisme des lois de police

405. En principe, le critère spatial qui se dégage de la loi de police se contente de fixer le domaine des règles matérielles visées par le texte légal et non le domaine des règles étrangères correspondantes. Il reçoit donc normalement une formulation unilatérale⁹⁰.

Bien que la question soit très controversée en doctrine, le particularisme des lois de police empêche, en principe, que le critère spatial qu'elles utilisent pour fixer le domaine de la loi du for puisse servir par extension à la désignation d'une loi de police étrangère (bilatéralisation ou utilisation analogique)⁹¹. Le lien qui unit la teneur de la loi de police à

⁸⁸ A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 50, p. 63, n° 95. L'argument de la territorialité des lois de police a parfois été utilisé pour empêcher l'application des lois de police étrangères. Voy. K.H. NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *R.C.D.I.P.*, 1958, p. 2.

⁸⁹ Une certaine confusion entre les lois de droit public et les lois de police est probablement à l'origine de l'idée de territorialité absolue des lois de police. Voy. P. MAYER, « Le rôle du droit public en droit international privé », *R.I.D.C.*, 1986, p. 81.

⁹⁰ Les lois de police ne peuvent être pleinement rattachées à la théorie unilatéraliste car elles coexistent dans le même domaine avec des règles de conflit bilatérales et se substituent ponctuellement, en fonction de leur contenu, aux règles correspondantes de la loi déclarée applicable. On ne peut pas non plus les qualifier de règles de conflit unilatérales car de telles règles ont généralement pour objet une « matière » déterminée par une catégorie de lois et non une règle matérielle particulière. La technique spécifique des règles d'application immédiate se situe à la jonction entre la règle de conflit de lois unilatérale et la règle matérielle. Elle relie entre eux le problème de la compétence législative (en l'absence d'une règle de conflit de lois) et celui de la détermination du domaine spatial de la règle en tant que telle. Voy. P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n° 29; du même auteur « Les lois de police étrangères », *op. cit.*, note 47, p. 97, n° 2. Dans le sens de l'unilatéralisme partiel des lois de police, voy. également Ph. FRANCESKAKIS, « Quelques précisions... », *op. cit.*, note 45, p. 5; P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste... », *op. cit.*, note 53, p. 21; C. FERRY, *op. cit.*, note 81, p. 47, n° 20; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Précis*, 4ème éd., 1993, n° 10; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t. 1, 8ème éd., 1993, n° 53; T.G. GUEDJ, *op. cit.*, note 53, pp. 94-695; M. VERWILGHEN, *op. cit.*, note 78, p. 43, n° 2 et s.

⁹¹ En ce sens, voy. P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste... », *op. cit.*, note 53, pp. 33-234; du même auteur, « La méthode unilatéraliste et le droit international privé des contrats », *Riv. dir. int. pri e pro.*, 1979, p. 8; P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n° 28; du même auteur « Les lois de police étrangères... », *op. cit.*, note 47, p. 92, n° 8 à 20; J.P. KARAQUILLO, *op. cit.*, note 46, p. 29, n° 83 et p. 69, n° 35 et ss.; C. FERRY, *op. cit.*, note 81, p. 47, n° 19 et p. 66, n° 43 et ss.; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Précis*, 4ème éd., 1993, n° 33; P. GRAULICH, *op. cit.*, note 75, p. 38, n° 3; M. FALLON, « Le recours aux objectifs de la loi... », *op. cit.*, note 72, p. 9. *Contra* en faveur de la bilatéralisation, F. RIGAUX, « Les règles de droit délimitant leur propre domaine d'application », *op. cit.*, note 72, p. 306, n° 30 et 31. Dans la dernière édition de son *Précis*, le

son domaine d'application dans l'espace serait méconnu par la bilatéralisation. Celle-ci revient en effet à attribuer artificiellement au législateur étranger une politique législative identique à celle du for (contenu similaire impliquant une volonté d'application identique). En outre, si l'efficacité de la loi étrangère doit être mesurée en fonction de la loi du for, il faut nécessairement présumer l'existence de celle-ci à la fois dans l'ordre juridique du for et dans l'ordre juridique étranger⁹². Enfin, l'entreprise de bilatéralisation peut se heurter à des obstacles techniques, notamment lorsque la règle de conflit du for fait appel à des critères alternatifs⁹³. Il ne faut pas se cacher cependant que l'absence fréquente de définition expresse du critère spatial conduira souvent le juge du for à transposer purement et simplement les critères utilisés par sa propre loi.

L'impossibilité de la bilatéralisation résultant du particularisme des lois de police ne s'impose cependant pas comme un principe intangible. Une opinion aussi tranchée témoignerait d'une conception figée de l'évolution du droit international privé. S'il est vrai que la règle de police est appréhendée, dans un premier temps, selon un mode unilatéraliste parce qu'elle repose sur la constatation d'un défaut de convergence des intérêts étatiques, rien n'exclut qu'elle puisse donner naissance, dans un second temps, à une règle de conflit bilatérale lorsqu'une convergence est constatée ou même recherchée dans la politique législative poursuivie par différents Etats⁹⁴. Si une communauté de vues existe entre les Etats ou si ceux-ci cherchent à l'atteindre dans le contexte d'une organisation internationale, rien ne s'oppose à l'adoption d'une règle de conflit bilatérale tenant compte des objectifs de protection poursuivis par des règles matérielles déterminées (règles de protection du consommateur ou du travailleur⁹⁵).

§ 3. LOIS DE POLICE, NORMES IMPERATIVES ET ORDRE PUBLIC EN DROIT INTERNE

professeur Rigaux paraît revenir sur cette position puisqu'il défend la solution qui consiste à emprunter au droit étranger ses propres règles d'applicabilité (*Précis*, t. II 2ème éd., 1987, n° 92); F. DEBY-GERARD, «Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux», Paris, 1973, n° 34 et ss.; A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 50, p. 61, n° 89 et ss., qui voit à tort dans la bilatéralisation l'unique moyen de remédier à l'impossibilité d'atteindre la loi de police étrangère (p. 29, n° 59). Pour justifier la bilatéralisation, l'auteur prend appui sur le fait que les critères utilisés par le for sont suffisamment variés pour ne pas conduire à des solutions incohérentes, et sur le fait que les critères d'application des lois de police sont en définitive très semblables dans la plupart des systèmes juridiques. Il admet cependant que l'interprète n'applique pas la loi de police s'il s'avère que le critère utilisé donne compétence à une législation qui, en définitive, ne vise pas la situation.

92 Voy. B. AUDIT, «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit...», *op. cit.*, note 49, p. 52; A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 50, p. 61, n° 89. La bilatéralisation impose que la qualification de loi de police soit faite selon les conceptions du for. *Contra*, J.P. KARAQUILLO, *op. cit.*, note 46, p. 71, n° 44; A.C. IMHOFF-SCHEIER, *op. cit.*, note 81, p. 65.

93 Voy. sur ces difficultés A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 50, p. 62, n° 90; M. VERWILGHEN, *op. cit.*, note 78, p. 49, n° 30 et 31; C. FERRY, *op. cit.*, note 81, p. 67, n° 44 et ss.

94 En ce sens, P. LAGARDE, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», *op. cit.*, note 58, p. 31, n° 32; Ph. FRANCESKAKIS, «Quelques précisions sur les lois d'application immédiate», *op. cit.*, note 45, p. 6.

95 A.C. IMHOFF-SCHEIER, *op. cit.*, note 81, p. 66; T.G. GUEDJ, *op. cit.*, note 53, p. 76.

406. L'identification des lois de police est essentielle pour le contrat international d'assurance. Ce contrat est en effet largement réglementé dans plusieurs Etats membres (Allemagne, Belgique, Danemark, France, Italie, Espagne, et bientôt les Pays-Bas et le Luxembourg), la réglementation en question ne laissant guère de place à la liberté des parties (voy. *supra*, n°□.). Il convient dès lors de se demander si l'impérativité de ces règles consacrée par le droit interne se maintient en droit international privé ou, en d'autres termes, si l'ensemble des règles auxquelles les parties ne peuvent déroger par contrat sont des règles de police au sens du droit international privé.

Les relations contractuelles constituent, à n'en pas douter, le domaine par excellence des lois de police. Dans un secteur dominé par le principe du libre choix de la loi applicable, celles-ci sont même parfois présentées comme «□□□□ complément nécessaire à la règle de conflit, sans lequel le recours à cette règle ne serait pas justifié□□□□». Elles permettent en effet de contrecarrer la faculté généralement reconnue aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat□□.

Si l'on reste fidèle à la conception fonctionnelle des lois de police, les lois de police contractuelles sont définies au sens le plus large comme seront donc des lois qui ont pour objet et pour caractéristique de soustraire à la loi contractuelle – c'est-à-dire la loi désignée par les parties ou, à défaut, par une méthode de localisation objective□ certains aspects de la relation contractuelle qui font en principe partie de son domaine d'application□□. Elles évincent, en tout ou en partie, la loi déclarée compétente pour une question qu'elle est censée régir et empiètent ainsi sur l'espace propre à la loi d'autonomie□□.

A. Lois de police contractuelle et ordre public en droit interne

407. Les lois de police contractuelle trouvent la plupart du temps leur justification dans le caractère d'ordre public ou impératif qu'elles possèdent en droit interne□□⁹⁰. Même si

⁹⁶ En ce sens, P. MAYER, «□□ Les lois de police étrangères□□, *op. cit.*, note 47, p.□□90, n°□□6; du même auteur, «□□ Les lois de police□□, *op. cit.*, note 53, p.□□08; dans le même sens, W.H. ROTH, *op. cit.*, note 10, p.□□47.

⁹⁷ F. RIGAUX, *Précis de droit international privé*, t.□□, 2ème éd., 1987, n°□□92.

⁹⁸ R. PRIoux, «□□ Le droit international privé et les contrats illicites dans le commerce international□□, *J.T.*, 1990, p.□□37, n°□□4; du même auteur, «□□ Le juge et l'arbitre face aux lois étrangères d'application immédiate dans les contrats internationaux□□, *op. cit.*, note 52, p.□□51, n°□□0; N. WATTE, «□□ Le nouveau droit international privé des contrats□□, *R.G.D.C.*, 1989, p.□□ n°□□8; J.M. JACQUET, *op. cit.*, note 51, p.□□83, n°□□32 et s.

⁹⁹ F. RIGAUX et M. FALLON, *Précis de droit international privé*, t.□□, 2ème éd., 1993, n°□□280.

¹⁰⁰ En ce sens J.P. KARAQUILLO, *op. cit.*, note 46, p.□□40, n°□□27; N. WATTE, «□□ Quelques remarques sur la notion de l'ordre public en droit international privé□□, *R.C.J.B.*, 1989, p.□□7, n°□□5; A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 50, p.□□34, n°□□62; A. BUCHER, *op. cit.*, note 53, p. 38.

cette coïncidence est loin d'être absolue en droit international privé général¹⁰¹, l'expérience démontre qu'en matière contractuelle, les lois de police sont souvent une manifestation de la mise en œuvre directe de l'ordre public dans les relations internationales¹⁰².

Cette seule constatation ne suffit toutefois pas à établir en principe que toute loi qualifiée d'«ordre public» au sens du droit interne serait une loi de police et devrait à ce titre prévaloir sur la règle de conflit de lois. Ceci est particulièrement vrai, comme on le verra, lorsque la règle de conflit de lois bilatérale intègre les objectifs de protection poursuivis par le droit interne dans son présupposé.

En dépit d'une tendance indéniable des juges à utiliser la notion d'ordre public pour évincer la méthode de rattachement¹⁰³, il faut résister à toute tentative d'identification entre l'ordre public au sens du droit interne et les lois de police au sens du droit international privé. Accorder à l'ordre public un rôle matériel dans la solution des problèmes de droit international privé revient à «supprimer toute influence de la loi étrangère dans le règlement de ces problèmes, en imposant d'office la loi du for»¹⁰⁴. En effet, dans cette conception, la loi étrangère ne devrait être appliquée que si la loi du for correspondante n'est pas d'ordre public au sens du droit interne¹⁰⁵.

De même, il faut condamner la tendance législative qui consiste à qualifier expressément la loi adoptée de «loi d'ordre public», en vue d'imposer son application dans les relations internationales. Le seul fait que la règle en question participe de l'ordre public interne ne saurait justifier son application automatique par le juge¹⁰⁶. Le législateur

101 Les matières du divorce et de la filiation sont reconnues en droit interne comme étant d'ordre public, mais elles font l'objet en droit international privé d'une règle de rattachement classique sans qu'on ait jamais songé à affirmer leur caractère de lois de police. Voy. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t. III, 8ème éd., 1993, n°355; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Précis*, 4ème éd., 1993, n°29.

102 Lorsqu'on fait des lois de police et de sûreté au sens de l'article3, al.1 du Code civil un statut autonome du droit international privé, celles-ci perdent tout contact avec l'ordre public au sens du droit interne. Les lois de police et de sûreté englobent en effet des règles qui ne sont pas considérées comme étant d'ordre public en droit interne (règles relatives à la responsabilité civile). Voy. R. VANDER ELST, «Les lois de police et de sûreté», *op. cit.*, note 69, t. III, p. 195.

103 La confusion des notions de lois de police et de lois d'ordre public est récurrente en France. Voy. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t. III, 8ème éd., 1993, n°356; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Précis*, 4ème éd., 1993, n°29; P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n°105; A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 50, p.111 à 213, n°45. Voy. cependant Appel Paris, 18ème Ch., 21 mars 1990, *D.*, 1990, Somm. 176, qui estime que la législation française sur le licenciement d'un salarié non protégé n'est pas une loi de police, alors qu'elle est d'ordre public en droit interne. Il en est de même en Angleterre où le concept de lois de police n'a pas de contenu précis et paraît se rapprocher de la notion de «public policy». Voy. P.M. NORTH, *Reform but not Revolution*, *op. cit.*, note 43, p.92.

104 P. LAGARDE, «Recherches sur l'ordre public...», *op. cit.*, note 62, p.29, n°12. Dans le même sens, G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *op. cit.*, note 47, p.85, n°72.

105 C'est, selon P. LAGARDE, le vice fondamental de toutes les théories qui cherchent à déterminer l'ordre public en droit international à partir de l'ordre public en droit interne. Voy. P. LAGARDE, *op. cit.*, note 62, p.38.

106 En ce sens A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 50, p.16, n°48; J.P. KARAQUILLO, *op. cit.*, note 46, p.49, n°69; N. WATTE, «Quelques remarques sur la notion de l'ordre public...», *op. cit.*, note 100, p.4; J.M. JACQUET, *op. cit.*, note 51, p.77, n°22; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Précis*, 4ème éd., 1993, n°29 et 132.

entend certes marquer ainsi l'impérativité particulière qu'il attache à la règle, mais elle n'implique pas forcément l'éviction de la règle de conflit. En outre, même si cette loi mérite l'appellation de loi de police en ce sens que sa teneur et son but impliqueraient une dérogation à la règle de conflit normalement applicable au contrat, il est clair que l'ordre public ne constitue pas en lui-même une circonstance suffisante de rattachement.

Le rejet de l'effet réflexe de l'ordre public de droit interne sur le droit international privé s'impose d'autant plus au regard du caractère très vague que recouvre le concept d'ordre public en droit interne. On sait que la distinction entre les règles impératives et l'ordre public n'est pas toujours faite et que si elle l'est, elle ne repose pas sur des critères très précis.

Au-delà de la critique doctrinale, il faut toutefois reconnaître que le droit international privé, conçu comme une projection des conceptions d'un Etat déterminé sur les relations internationales de droit privé, offre très peu de moyens pour lutter contre les visées protectionnistes ou narcissiques consistant à élargir autant que possible le domaine d'application spatial des lois «d'ordre public» du for. Dans le champ d'action qui lui est propre, le droit communautaire, qui prime sur les droits nationaux, pourrait avoir un effet salutaire à cet égard, si la loi en question a un effet restrictif sur les échanges entre les Etats membres(voy. *infra* n°859).

B. Lois de police contractuelle et règles impératives en droit interne

408. Par règles impératives de droit interne, nous entendons ici les règles dont l'objet est d'intervenir dans la relation contractuelle en vue de protéger la partie réputée faible. Faut-il les considérer indistinctement comme des lois de police au sens du droit international privé ? Leur application doit-elle prévaloir sur toute autre solution déduite de la règle de conflit ? La doctrine du droit international privé considère généralement que les lois dont le but est de protéger les intérêts privés dans les rapports contractuels sont des lois de police¹⁰⁷. Cette opinion assez répandue pêche, selon nous, par manque de nuances. Une analyse menée au départ du principe d'autonomie des volontés en droit international privé permet de le démontrer.

409. Comparé à ce qu'il recouvre en droit interne, le principe d'autonomie des volontés n'a de spécificité en droit international privé que si on admet, comme le fait maintenant une doctrine unanime, que le choix des parties porte sur un ordre juridique déterminé dans tous ses éléments, y compris les règles impératives influençant le contenu de la relation contractuelle¹⁰⁸. Reconnaître le caractère de lois de police indistinctement à toutes les règles impératives de droit interne réduirait considérablement la portée du choix des parties, spécialement lorsque le contrat fait l'objet d'une réglementation largement contraignante. Non seulement le contrat risquerait d'être remis en cause en tout ou en partie par l'intervention inopinée de ces règles impératives, mais le principe d'autonomie des volontés perdrait toute signification en droit international privé, puisqu'il ne pourrait occuper que les espaces que le droit interne accepte de laisser à la libre disposition des parties.

107 P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n°23. En matière de contrôle des sentences arbitrales, P. MAYER accepte cependant d'écarter les lois de protection individuelle de la catégorie des lois de police. P. MAYER, «La sentence contraire à l'ordre public au fond», *Rev. arbitrage*, 1994, p.225, n° 13. Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Précis*, 4ème éd., 1993, n°379; M. FALLON «La loi applicable au contrat d'assurance selon la directive du 22 juin 1988, *R.G.A.T.*, 1989, p. 243, n°30; du même auteur, «Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive n°93/13 du 5 avril 1993», *R.E.D.Cons.*, 1996, p.3. Egalement F. RIGAUX et M. FALLON, *Précis*, t. II, 2ème éd., 1993, n°280.

108 M. GIULIANO, «La loi d'autonomie le principe et sa justification théorique», *Riv. dir. int. pri. e pro.*, 1979, p.229; A. CURTI-GIALDINO, «L'autonomie de la volonté des parties en droit international privé», *Rec. des Cours*, 1972 III (vol. 137), p.280, n°10; R. VANDER ELST, *Traité, op. cit.*, note 65, t. I, p.241, n°26; du même auteur, «L'autonomie de la volonté en droit international privé français et belge», in *Mélanges Frédéricq*, 1965, p.279, n°2; A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 50, p.26, n°34; F. RIGAUX, «Les situations juridiques individuelles...», *op. cit.*, note 61, p.293, n°37; F. DE LY, «Rechtskeuze in internationale overeenkomsten», *T.P.R.*, 1989, p.2010, n°9; J.Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p.23, n°9; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t. II, 1983, p.260, n°69 et p.216, n°95; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Précis*, 4ème éd., 1993, n°376-1; P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n°201 et 704; J.M. JACQUET, *op. cit.*, note 51, p.218, n°16; K.H. NEUMAYER, «L'autonomie de la volonté...», *op. cit.*, note 88, p.204; A.C. IMHOFF-SCHIEER, *op. cit.*, note 81, p.29; P. LOUIS-LUCAS, «L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit international privé», *Mélanges Capitant*, p.281; J. HERBOTS, «L'insertion dans le contrat de dispositions d'un droit déterminé», *R.D.I.D.C.*, 1980, p.244, n°32. Le *Traité Bénélux* portant loi uniforme relative au droit international privé, qui n'est pas en vigueur, prévoyait à l'article3, alinéa1er que «Les contrats sont régis par la loi choisie par les parties, tant en ce qui concerne les dispositions impératives que les dispositions supplétives».

Une interprétation restrictive se justifie d'autant plus en présence de règles de rattachement à caractère substantiel qui tiennent déjà compte des besoins de protection de la partie réputée faible (voy. *infra* n°464 et ss.). Si la règle de conflit intègre des préoccupations de droit matériel dans son présupposé, l'éviction de la *lex contractus* ne s'impose plus avec la même évidence. La conception fonctionnelle des lois de police pose en effet comme élément constitutif de ces lois, l'incapacité de la règle de conflit à prendre en charge les intérêts poursuivis par la loi étatique. Si celle-ci poursuit un objectif de protection de la partie faible, la règle impérative ne mérite plus à notre sens la qualification de loi de police. Il est vrai que la prépondérance de l'Etat dans le règlement des problèmes de droit international privé n'empêcherait pas celui-ci d'assortir la règle d'un critère d'applicabilité spatial dérogeant à celui retenu par la règle de conflit à caractère substantiel, mais dans la plupart des cas, nous l'avons dit, ce critère spatial n'est pas explicitement formulé. Il appartient à l'interprète de le dégager au départ d'une analyse des buts et de la teneur de la loi concernée. Si ces buts sont pris en compte, il n'y a plus aucune raison pour l'interprète d'écarter cette question du règlement global prévu par la règle de conflit.

Des considérations d'opportunité justifient enfin l'exclusion des règles impératives tendant à corriger un déséquilibre contractuel, de la catégorie des lois de police. Dans le secteur des contrats réglementés une assimilation pure et simple conduirait à une insécurité juridique considérable. On peut craindre en effet que le juge du for confronté à un contrat international ne se retranche systématiquement derrière ses propres dispositions impératives de droit interne en se prévalant de leur caractère de lois de police pour modifier le contenu de la relation contractuelle¹⁰⁹. Une autre incertitude préjudiciable résulterait de la recherche hypothétique et incertaine d'un critère spatial qu'il appartiendra en définitive au juge de définir. Celui-ci pourrait même être enclin à une application automatique de ses règles impératives de droit interne sans s'interroger au préalable sur leur domaine spatial, au motif qu'elles participeraient de l'ordre public de protection. Une telle attitude, qui est loin d'être fictive, conduirait à remettre en cause l'ordonnancement et l'équilibre général du contrat.

410. Il faut donc approuver la distinction proposée par M. Neumayer entre les lois simplement impératives, que les parties peuvent éluder en se soumettant à un autre ordre juridique conformément au principe de l'autonomie des volontés, et les lois internationalement impératives qui s'imposent à elles en dehors du rattachement retenu par la règle de conflit¹¹⁰. La volonté des parties ne peut éviter l'emprise des secondes parce que leur force obligatoire est liée à l'existence d'un *lien territorial* entre celles-ci et l'opération contractuelle. Elles s'appliquent dès qu'il existe dans la situation de fait ce lien

¹⁰⁹ V. HAHN, *op. cit.*, note 10, p.401; A.K. SCHNYDER, *op. cit.*, note40, p. 107.

¹¹⁰ K.H. NEUMAYER, «L'autonomie de la volonté...», *op. cit.*, note 88, pp.43 à 59.

territorial qui, aux termes mêmes de la loi, est la condition de son application. On retrouve ici le concept de territorialité matérielle qui caractérise généralement les lois de police contractuelle au sens défini ci-dessus (voy. *supra* n°454).

En revanche, les règles dont l'impérativité ne se maintient pas au niveau international ne s'appliquent que lorsque l'ordre juridique dont elles font partie est choisi ou désigné comme loi contractuelle. Manquant de base territoriale, ces règles ne peuvent être tributaires que de la loi déclarée applicable par la règle de conflit¹. Elles pourraient par conséquent être évincées par le choix d'une loi différente.

On remarquera que les critères de distinction entre les deux catégories de règles se déduisent d'une analyse fonctionnelle compatible avec celle que nous avons proposée. Les règles qui se prêtent au rattachement par les parties sont celles qui sont destinées à harmoniser les intérêts opposés des parties liées par un rapport contractuel. Elles sont si étroitement tributaires de leur législation qu'elles ne sauraient s'appliquer sans que cette législation s'applique dans son ensemble. Elles ne servent ni les intérêts des tiers à la relation contractuelle, ni plus généralement les intérêts de la collectivité, et sont donc facultatives sur le plan international. Les règles internationalement impératives, par contre, sont celles qui visent à promouvoir ou à sauvegarder les intérêts des tiers ou de la collectivité, et qui ne visent donc pas à assurer l'équilibre interne du rapport synallagmatique.

411. Lier l'applicabilité des règles impératives de droit interne à la solution donnée par la règle de rattachement normalement applicable au contrat conduit à faire dépendre de la loi contractuelle la possibilité pour les parties de déroger conventionnellement à ces règles impératives. En d'autres termes, la validité d'une clause contractuelle dérogeant à une disposition impérative de droit interne doit être appréciée selon la loi contractuelle. Elle doit être accordée ou refusée dans les mêmes conditions pour les contrats internationaux et pour les contrats internes.

S'il s'agit en revanche d'une véritable loi de police au sens du droit international privé, le problème ne se pose plus en termes de dérogation, mais en termes de violation ou de non-respect de cette loi. Comme les parties n'ont pas la capacité de disposer des intérêts collectifs que la loi de police entend sauvegarder, il n'est pas question pour les parties d'y déroger. Cette faculté de dérogation ne pourra d'ailleurs pas se déduire du droit interne. Il

¹¹¹ K.H. NEUMAYER, *op. cit.*, n°38, p.35; comp. G. VAN HECKE, «Signification et limites...», *op. cit.*, note 77, pp.39-90. Egalement O. LANDO, «Party autonomy in the EEC Convention on the law applicable to contractual and non contractual obligations», in *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruxelles, Larcier, 1981, p.204.

s'agira simplement de vérifier la volonté d'application de la loi concernée à l'espèce en cause¹¹².

SECTION II. LE RATTACHEMENT A CARACTERE SUBSTANTIEL DES RAPPORTS DE CONSOMMATION

412. L'élargissement progressif du domaine des relations commerciales internationales et l'accès plus facile aux produits et services proposés à l'étranger ont conduit le droit international privé à rencontrer le besoin de protection de la partie réputée faible ressenti fortement dans les ordres juridiques nationaux. Le principe du libre choix de la loi applicable et le pouvoir d'éviction des règles impératives qu'il implique comporte en effet une menace réelle pour le particulier amené à conclure un contrat dans un cadre juridique inhabituel.

Les techniques utilisées pour satisfaire ce besoin de protection ont connu une évolution certaine qu'il importe de retracer brièvement (§II) avant d'aborder les questions de l'appartenance des lois protectrices des consommateurs à la catégorie des lois de police (§III).

¹¹² Ces considérations nous conduisent naturellement à réfuter les thèses de certains auteurs qui prétendent déduire d'un principe de liberté contractuelle spécifique (*substantive autonomy*) propre aux contrats mettant en jeu les intérêts du commerce international, la possibilité de déroger sur un ou plusieurs points aux règles impératives de la loi choisie ou de la loi normalement applicable. Dans cette conception, la liberté contractuelle serait concédée par une règle de droit d'origine prétorienne ayant pour fonction de garantir la validité substantielle des contrats réellement internationaux (internationalité économique) (voy. sur cette notion *supra* n°67 et ss.). Pour éviter l'objection du contrat sans loi et de l'immunité législative dont bénéficieraient les contrats «réellement» internationaux, ces auteurs admettent seulement des dérogations ponctuelles et explicites aux règles impératives de droit interne, dont il convient d'exclure les lois de police (lois de police du for ou lois de police étrangères). L'éviction des règles impératives nécessiterait une volonté clairement exprimée des parties en ce sens. Les règles impératives auxquelles il n'aurait pas été expressément dérogé resteraient applicables au titre de la loi contractuelle. Voy. C. FERRY, *op. cit.*, note 81, n°11 et ss., n°60 et ss., n°90 et ss.; A.J.E. JAFFEY, «Essential validity of contracts in English Conflicts of laws», *I.C.L.Q.*, 1974, p. 15 et ss.; A. BOGGIANO, *International Standard Contracts*, Ed. Graham & Trotman, Martinus/Nijhof, 1991, pp.25 à 57 et 106 à 110; STOIL, «Rechtliche Inhaltskontrolle bei internationalen Handelsgeschäften», in *Festschrift Kegel*, 1987, p.357. Contre cette théorie, voy. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t.II, 7ème éd., 1983; p.262, n°371; P. LAGARDE, «Le dépeçage dans le droit international privé des contrats», *Riv. dir. int. pri. e pro.*, 1975, p.356, n°9, p.372, n°27. De l'aveu même des tenants de cette théorie, la règle de droit international privé matériel n'a toutefois qu'une fonction d'autorisation. Elle n'est d'aucune utilité lorsqu'il s'agit de compléter ou d'interpréter le contrat. C'est pourquoi elle n'évince que partiellement la *lex contractus*. Nous avons déjà eu l'occasion de critiquer ces théories qui reposent sur la systématisation d'une jurisprudence peu fixée et orientée avant tout par la recherche d'intérêts particuliers (voy. *supra* n°68). Le postulat de d'inadaptation des droits internes pour régir des relations privées internationales, sur lequel elles se fondent implicitement, est d'ailleurs loin d'être vérifié en pratique. Il paraît au contraire qu'au fur et à mesure de l'internationalisation des échanges, le législateur se montre davantage attentif à définir le domaine matériel d'application des règles impératives qu'il adopte.

§ 1. DES LOIS DE POLICE AU RATTACHEMENT A CARACTERE SUBSTANTIEL

413. A un moment où la communauté des Etats n'était pas également sensible à la nécessité de protéger le consommateur dans les relations commerciales internationales, le droit international privé fit, tout d'abord, un large usage de la technique des lois d'application immédiate. Les premières lois nationales qui se montrèrent attentives à la protection du consommateur dans les relations internationales concernaient les clauses abusives ou les clauses exonératoires de responsabilité¹¹³. Pour éviter que le consommateur résidant habituellement dans le pays ne soit placé dans une position défavorable du fait de sa participation à un contrat international soumis au principe du libre choix, le législateur s'est logiquement prononcé lui-même sur le champ d'application dans l'espace de la loi, en l'affectant d'une règle directe d'applicabilité formulée de façon à garantir un lien objectif suffisant entre cette loi et la situation internationale visée. Le paragraphe 2 de la loi allemande sur les conditions générales contractuelles¹¹⁴ et les

¹¹³ Voy. M. FALLON, «Le droit des rapports internationaux de consommation», *J.D.I. (Clunet)*, 1984, p. 92, n° 1 et ss.; A.C. IMHOFF-SCHEIER, *op. cit.*, note 81, p. 59 et ss. et 202 et ss.

¹¹⁴ A.G.B. Gesetz du 9 décembre 1976, B.G.B.I., 1976, I, p. 317 (trad. française, *D.P.C.I.*, 1977, p. 393). Dans sa formulation initiale, le § 2 était ainsi libellé (traduction libre) :

«Si le contrat est soumis au droit étranger ou bien au droit de la République Démocratique d'Allemagne, les dispositions de cette loi s'appliquent néanmoins :

1. si le contrat est conclu à la suite d'une offre publique, d'une publicité adressée au public ou d'autres activités commerciales semblables déployées à l'intérieur du territoire où s'applique cette loi,

2. et si l'autre contractant a, au moment de la remise de sa déclaration relative à la conclusion du contrat, son domicile ou son lieu de résidence habituelle dans le territoire d'application de cette loi pourvu que sa déclaration ait été remise dans ledit territoire.

Cette disposition signifie que le juge allemand doit prendre en considération les dispositions légales à l'égard des conditions générales dont le destinataire est un consommateur, même lorsque le droit allemand n'est pas la loi contractuelle, si trois conditions de rattachement sont remplies :

1) Le contrat doit être conclu à la suite d'une offre publique, d'une publicité ou de toute activité commerciale analogue déployée par le fournisseur du bien ou du service sur le territoire allemand.

2) Le cocontractant doit avoir sa résidence habituelle dans ce territoire, au moment de la conclusion du contrat.

3) La déclaration de volonté du cocontractant doit être remise dans ce même territoire.

Bien que la question ait été largement discutée, la loi allemande réclamerait son application si, dans un cas concret, il s'avérait que la partie faible bénéficie d'une protection moins importante en vertu de la loi contractuelle qu'en vertu de la loi allemande.

Une disposition similaire à celle du § 2 AGBG se trouve dans le § 1 de la loi allemande sur les cours par correspondance.

Pour un commentaire du § 2, voy. B. VON HOFFMANN, «Présentation des dispositions de droit international privé contenues dans la loi allemande du 9 décembre 1976», *R.C.D.I.P.*, 1977, pp. 36-638; A.C. IMHOFF-SCHEIER, *op. cit.*, note 81, pp. 59-60; M. FALLON, «Le droit des rapports internationaux...», *op. cit.*, note 113, p. 792, n° 2; W.H. ROTH, *op. cit.*, note 10, pp. 15 et ss. pour une application à l'assurance.

L'interprétation de ce paragraphe a suscité beaucoup d'hésitations en doctrine, certains le considérant comme une expression de la réserve de l'ordre public international destinée uniquement à vérifier si la loi étrangère est conforme à l'idéal de protection poursuivi par la loi allemande, d'autres y voyant une illustration de la technique des lois d'application immédiate (*Eingriffsnormen*).

Pour quelques commentaires en français de la loi allemande, voy. M. STRAUCH, «La loi allemande sur les conditions générales et les clauses limitatives de responsabilité», *R.D.A.I.*, 1985, pp. 495-507; M. VON JEBERSTEIN, «La nouvelle loi allemande sur les conditions générales de contrat», *D.P.C.I.*, 1977, pp. 23-340; H.W. MICKLITZ, «La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976. Bilan de onze années d'application», *R.I.D.C.*, 1-1989, pp. 101-122; K.G. WEIL et P. PUIS, «Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives», *R.I.D.C.*, 1994, pp. 125-140.

sections 26 et 27 de l'*Unfair Contract Terms Act* adopté au Royaume-Uni en 1977 en sont les applications les plus frappantes et les plus remarquées¹¹⁵.

Il était permis de déduire de ces règles directes d'applicabilité l'intérêt dominant de l'Etat dans l'organisation de son propre marché et dans la protection de sa population comme de son industrie¹¹⁶. En l'absence de critères expressément définis, une analyse fonctionnelle des lois protectrices du consommateur suggérait de s'inspirer des critères définis par les lois allemande et britannique pour en déterminer le domaine d'application spatial¹¹⁷. Plusieurs lois réglementant les clauses abusives, qui connurent un développement notable en Europe à partir des années quatre-vingt, ont d'ailleurs eu recours ultérieurement à des règles d'applicabilité similaires¹¹⁸.

414. Parallèlement à la multiplication des initiatives législatives animées d'un souci de protéger la partie faible, plusieurs courants doctrinaux ont souligné l'inadéquation du principe du libre choix de la loi applicable dans un secteur dominé par des instruments de

115 *Unfair Contract Terms Act* (1977). On trouve dans les sections 26 et 27 la même préoccupation que dans la loi allemande. La section 26 étant inapplicable aux prestations de service n'a pas d'intérêt pour nous. La section 27 distingue deux situations. La première concerne le cas où le droit anglais est le droit qui régit le contrat du seul fait du choix exprimé par les parties (27) (1). Afin d'éviter que le UCTA ne décourage les parties de recourir à l'arbitrage en Angleterre et ne défavorise les exportations, cette disposition rend inapplicable les dispositions du UCTA dans une telle hypothèse. La seconde hypothèse vise le cas où les parties ont choisi une loi étrangère. Conformément à la Section 27 (2), le UCTA reste alors applicable moyennant le respect des conditions suivantes : «*In the making of the contract one party dealt as consumers and he was then habitually resident in the United Kingdom and the essential step necessary for the making of the contract were taken there whether by him or by others on his behalf*». A défaut de choix, si la méthode indiciaire désigne une autre loi que la loi anglaise, il semble que le UCTA n'est pas applicable.

Pour un commentaire, voy. A.C. IMHOFF-SCHEIER, *op. cit.*, note 81, p. 64; M. FALLON, «*Le droit des rapports internationaux de consommation*», *op. cit.*, note 113, p. 94, n° 23; F.A. MANN, «*Unfair Contract Terms Act 1977 and the Conflict of Laws*», *I.C.L.Q.*, 1978, p. 661; CHESCHIRE and NORTH, *Private International Law*, 12ème éd., 1992, p. 300 et ss.

116 Voy. M. FALLON, «*Le droit des rapports internationaux de consommation*», *op. cit.*, note 113, p. 340, n° 104.

117 Voy. M. FALLON, «*Le droit des rapports internationaux de consommation*», *op. cit.*, note 113, p. 94, n° 23.

118 Une délimitation semblable à celle de la loi allemande se trouve dans le décret-loi portugais du 22 février 1986 remplacé par le décret-loi n° 20/95 du 31 janvier 1995. Le décret est applicable à tous les contrats conclus à partir d'offres ou de sollicitations faites au public au Portugal, quand l'acceptant a sa résidence habituelle en ce pays et y a émis sa déclaration de volonté. La loi néerlandaise du 18 juin 1987 précise tout d'abord son domaine d'application pour les relations entre professionnels. Dans ce cas, la réglementation n'est applicable que si les partenaires ont tous deux leur principal établissement aux Pays-Bas (art. 3, § 1 et 2). Dans les relations entre le stipulant et un co-contractant personne physique, qui n'agit pas dans l'exercice de sa profession, la loi néerlandaise n'est applicable au titre de lois d'application immédiate, que si ce co-contractant a sa résidence habituelle aux Pays-Bas (art. 3 § 2). Le législateur luxembourgeois a, quant à lui, inséré dans la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur, un article 3 modelé exactement sur les critères définis par l'article 3 de la Convention de Rome. Cette solution, qui peut se défendre, tient toutefois insuffisamment compte du fait que la loi luxembourgeoise pourrait être déclarée compétente en vertu d'une autre règle de conflit de lois que celle de l'article 3, règle qui, en l'occurrence, aurait été élaborée pour un contrat déterminé (le contrat d'assurance par exemple). Dans ce cas, se posera le problème de la prise en compte de la délimitation spatiale prévue par l'article 3 de la loi luxembourgeoise, problème que le silence de la loi néerlandaise permet d'éviter.

protection économique et sociale, et ont ainsi remis en cause la teneur de la règle de conflit généralement applicable en matière contractuelle¹¹⁹.

La plupart des réflexions doctrinales menées à cette époque avaient pour fondement commun la nécessité d'établir un lien entre le domaine de la liberté contractuelle en droit interne et le domaine du libre choix de la loi applicable en droit international privé¹²⁰. Elles revenaient en définitive à réserver le principe du libre choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux dont la réglementation en droit interne était libérale, et à préconiser l'adoption d'une règle de rattachement spécifique pour les contrats internationaux de consommation dont la réglementation en droit interne était largement impérative et soustraite à la libre disposition des parties. L'objectif essentiel assigné à une telle règle de conflit était d'écarter le risque d'éviction des normes impératives induit par le principe du libre choix de la loi applicable, en garantissant l'application de la loi protectrice dès lors que la relation internationale de consommation comportait un rattachement suffisamment étroit avec cette loi et traduisait dans sa configuration spatiale la volonté du fournisseur du bien ou du service de s'introduire sur le marché national (localisation du démarchage commercial effectué par le fournisseur et d'un ou de plusieurs actes nécessaires à la conclusion du contrat dans le pays de résidence habituelle du consommateur¹²¹). Les techniques de droit international privé proposées pour atteindre ce résultat dans le cadre d'une règle de conflit multilatérale ont toutefois fait l'objet d'opinions divergentes, notamment quant à l'opportunité d'évincer complètement le principe de l'autonomie des volontés dans la formulation de la règle ou de s'en accommoder par le biais d'une règle de conflit alternative¹²¹.

¹¹⁹ En particulier voy. E. EHRENZWEIG, «Adhesion Contracts in the Conflicts of Laws», *Col. L.R.*, 1953, p. 1072 et ss.; O. LANDO, «Scandinavian Conflict of Law Rules Respecting Contracts», *A.J.C.L.*, vol. 11, 1957, pp. 1-26; «Consumers Contracts and Party Autonomy in the Conflict of Laws», in *Mélanges Malmström*, Stockholm, 1972, pp. 141-158; «The E.C. Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations», *RebelsZ.*, 1974, pp. 13-55; «Les obligations contractuelles», in *European Private International Law of Obligations*, Möhr/Tübingen, 1975, pp. 125-154; F. VISCHER, «The Antagonism Between Legal Security and the Search of Justice in the Field of Contracts», *Rec. des Cours*, 1974 II (vol. 142), pp. 1-70. Pour un résumé de cette doctrine, voy. M. FALLON, «Le droit des rapports internationaux de consommation», *op. cit.*, note 113, p. 786, n° 27 et ss.

¹²⁰ Outre les références citées note précédente, voy. F. POCAR, «La protection de la partie faible en droit international privé», *Rec. des Cours*, 1984 V (vol. 188), spéc. p. 349; A.C. IMHOFF-SCHEIER, *op. cit.*, note 81, spéc. pp. 89 à 94, pp. 184-185; M. LIENARD LIGNY, «L'autonomie de la volonté face aux lois impératives dans les contrats internationaux», *Ann. Dr. Lg.*, 1968, p. 24; J.G. SAUVEPLANNE, «Consumer protection in private international law», *Neth. Int. L.R.*, 1985, pp. 100-122. Un lien similaire entre l'autonomie des volontés en droit interne et en droit international privé est établi par W.H. ROTH dans le domaine du contrat d'assurance, voy. W.H. ROTH, «Internationales Versicherungsvertragsrecht», *op. cit.*, note 10, p. 162.

¹²¹ Contre la technique du rattachement alternatif, voy. A.C. IMHOFF-SCHEIER, *op. cit.*, note 81, p. 102, qui donne sa préférence à l'incorporation de la loi désignée au contrat. En faveur de la technique du rattachement alternatif, voy. F. POCAR, *op. cit.*, note 120, p. 374 et J.G. SAUVEPLANNE, *op. cit.*, note 120, p. 103.

415. Ces observations ne restèrent pas sans lendemain. On vit en effet apparaître dans plusieurs codifications nationales et internationales des règles de conflit bilatérales prenant spécifiquement pour base la relation de consommation. On citera notamment l'article 1 de la loi autrichienne du 15 juin 1978¹²², l'article 20 de la loi suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987¹²³, l'article 5 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹²⁴ et le projet de Convention de La Haye sur la vente aux consommateurs¹²⁵¹²⁶.

Parmi ces dispositions, l'article 5 de la Convention de Rome retiendra plus spécialement l'attention, puisqu'il est appelé à fournir la base du rattachement des contrats de consommation dans les pays de la Communauté et qu'il s'applique par ailleurs aux contrats d'assurance couvrant des risques localisés hors de la Communauté européenne. De façon originale, cet article n'écarte pas catégoriquement le principe d'autonomie des volontés mais le modalise. Les parties restent libres de choisir la loi applicable à leur contrat, mais la partie réputée faible (le consommateur) conserve en tout état de cause la protection que lui procure la loi qui serait applicable à défaut de choix (loi du pays de sa résidence habituelle), si cette protection est supérieure. La protection accordée par la loi objectivement compétente est donc conçue comme un minimum en-deçà duquel le choix d'une autre loi est dénué d'effet (pour un examen détaillé de l'article 5 dans ses rapports avec le contrat d'assurance, voy. *infra* n° 489 et ss.)¹²⁷.

¹²² Loi fédérale du 15 juin 1978 sur le droit international privé (IPR-Gesetz; *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 7 juillet 1978, n° 304, p. 729; traduction française *R.C.D.I.P.*, 1979, p. 174). Comme l'article 5 de la Convention de Rome, l'article 1 de la loi autrichienne tolère le choix de la loi applicable moyennant l'application des dispositions impératives éventuellement plus favorables de la loi applicable à défaut de choix. A noter que l'article 1 ne s'applique pas aux contrats d'assurance.

¹²³ Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (Feuille fédérale, 12 janvier 1988 (1988 I.5, *R.C.D.I.P.*, 1988, p. 436); contrairement à l'article 5 de la Convention de Rome, l'article 20 de la loi suisse exclut purement et simplement le choix de la loi applicable en procédant à un rattachement objectif de la relation de consommation. Concernant l'application de cet article à l'assurance, voy. A.K. SCHNYDER, *op. cit.*, note 10, p. 104.

¹²⁴ Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980, *JOCE*, n° 1166 du 9 octobre 1980, p. 1, art. 5 (concernant son entrée en vigueur, voy. *supra*, 1ère partie, titre II, note 7). On notera avec intérêt que l'avant-projet de convention ne comportait aucune disposition propre aux contrats conclus par les consommateurs.

¹²⁵ Projet de convention de La Haye de 1980 sur la loi applicable à certaines ventes au consommateur préparé par la XIVème session de la *Conférence de La Haye de droit international privé (Actes et documents, t. II, Ventes aux consommateurs, La Haye, 1982)*. Pour un commentaire voy. M. FALLON, «Le droit des rapports internationaux de consommation», *op. cit.*, note 113, pp. 822-823; T.C. HARTLEY, «Consumer Protection Provisions in the EEC Convention» in *Contract Conflicts*, P.M. North (Ed.), Amsterdam/New-York/Oxford, North Holland, 1982, p. 11.

¹²⁶ Pour un examen comparé des techniques mises en œuvre par ces différentes règles de conflit voy. M. FALLON, «Le droit des rapports internationaux de consommation», *op. cit.*, note 113, p. 97, n° 45 et ss.; T.C. HARTLEY, *op. cit.*, note 125, pp. 111-113; J. ERAUW, «International Advancement of Consumer Interests through Conflicts Rules», in *International Contracts and Conflict of Laws*, Peter Sarcevic (Ed.), Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, Londres, Boston, Dordrecht, 1990, pp. 71-85; F. POCAR, *op. cit.*, note 120, p. 65 et ss.

¹²⁷ Même si l'apparition de règles de conflit poursuivant une finalité de protection de la partie faible constitue une donnée du droit positif, on ne peut se cacher que leur prolifération dans les codifications récentes pose une question de principe très importante au regard de la théorie générale du droit international privé et du rôle que celui-ci remplit dans les relations internationales. Il ne fait aucun doute que de telles règles constituent une entorse grave à la conception savignienne de la règle de conflit basée sur la nature et l'essence du rapport de droit. Elles heurtent tout autant une

416. Replacées dans un contexte évolutif, la plupart des règles de conflit relatives aux contrats conclus avec les consommateurs s'analysent comme un phénomène remarquable de bilatéralisation des lois de police. Sur le plan du choix des critères de rattachement, elles procèdent en effet assez naturellement à une bilatéralisation des critères spatiaux généralement utilisés par les règles d'applicabilité contenues dans les premières lois réglementant les clauses abusives¹²⁸.

Un tel procédé se justifie aisément au regard des conditions préalables à la bilatéralisation des lois de police évoquées ci-dessus. Lorsque tous les Etats soumis à un même besoin le satisfont au moyen de lois de police ayant un contenu similaire et comportant une sphère d'application analogue, les objections à la bilatéralisation disparaissent¹²⁹. L'évolution convergente du droit matériel ayant rétabli la communauté de droits qui faisait défaut au départ, le raisonnement bilatéraliste peut prendre la relève des lois de police. La fonction de la règle de conflit permet alors de rendre compte de la portée spatiale des dispositions internationalement impératives de l'Etat du for.

Il faut remarquer toutefois que la synthèse obtenue par la bilatéralisation dépasse et sublime l'étape intermédiaire du rattachement spécial des lois de police protectrices du consommateur. Elle débouche en effet sur une véritable règle de conflit prenant pour

conception purement localisatrice de ce rapport traduite, selon une vision plus moderne, par le principe de proximité. On peut se demander en effet s'il appartient vraiment au droit international privé de rechercher la justice matérielle (meilleur droit au fond), ou s'il ne devrait pas plutôt se cantonner, dans le cadre des méthodes traditionnelles, à la justice conflictuelle. Cette question est clairement posée dans plusieurs cours généraux dispensés à l'Académie de Droit International par P.M. NORTH, «Reform but not Revolution», *op. cit.*, note 43, p. 189 et par P. LAGARDE, «Le principe de proximité», *op. cit.*, note 58, p. 36, n° 41 à 45.

Il importe cependant de ne pas exagérer l'opposition quelque peu dogmatique entre la justice matérielle et la justice conflictuelle présentées comme des objectifs antagonistes du droit international privé. La règle de conflit bilatérale dans sa conception traditionnelle n'est pas forcément aveugle. Elle est parfaitement apte à intégrer des considérations touchant à la teneur des règles de droit interne. Comme il a été judicieusement observé, l'aptitude d'un critère de rattachement est étroitement liée à la prise en considération des objectifs généraux des règles matérielles dont l'application dépend (P.M. PATOCCHI, *op. cit.*, note 59, p. 223, n° 56). Même s'il reste vrai que la règle de conflit classique chère à Savigny opère dans l'indifférence du résultat matériel, elle n'est pas une règle purement formelle ou neutre. Toute règle de rattachement localisatrice exprime un jugement de valeur. Le principe de l'autonomie des volontés qui sert de fondement au rattachement des contrats internationaux en fournit le meilleur exemple. Cette règle se justifie par les nécessités du commerce international et par le souci de garantir la sécurité des transactions et la prévisibilité des solutions. Elle perd le fondement de sa légitimité lorsqu'elle prétend commander le rattachement de contrats de consommation qui font l'objet, en droit interne, de réglementations impératives dont il importe d'éviter l'éviction.

128 En ce sens M. FALLON, «Les règles d'applicabilité...», *op. cit.*, note 55, p. 316, n° 202; du même auteur, «Le droit applicable aux clauses abusives...», *op. cit.*, note 107, p. 10. Voy. également A. BUCHER, *op. cit.*, note 53, pp. 73-78, pour qui l'émergence des lois de police n'est qu'une transition vers une règle de conflit nouvelle qui tiendra compte et intégrera dans sa formulation le domaine d'application nécessaire à la réalisation des objectifs poursuivis par ces lois.

129 Voy. dans le même sens A.C. IMHOFF-SCHEIER, *op. cit.*, note 81, pp. 184-185. Egalement P. MAYER, «Les lois de police étrangères», *op. cit.*, note 47, p. 295, n° 20; du même auteur, «Les lois de police», *op. cit.*, note 53, p. 110; P. LAGARDE, «Le principe de proximité...», *op. cit.*, note 58, p. 51, n° 2; C. FERRY, *op. cit.*, note 81, p. 92 n° 79; P.M. PATOCCHI, *op. cit.*, note 59, p. 142, n° 95; K.H. NEUMAYER, *op. cit.*, note 88, pp. 72 et 73; T.G. GUEDJ, *op. cit.*, note 53, p. 76; A. BUCHER, *op. cit.*, note 53, pp. 73-78.

catégorie synthétique l'ensemble des relations contractuelles de consommation¹³⁰. Délivrée de la distinction entre les normes impératives de droit interne et les normes impératives de droit international privé, la mise en œuvre d'une telle règle ne dépend plus exclusivement d'une opération de qualification des normes de droit matériel mais de la qualification du rapport juridique et, si le rattachement est alternatif, du but poursuivi par les règles matérielles à appliquer.

Il ressort, par exemple, du libellé de l'article¹³¹, comme du rapport explicatif de la Convention de Rome¹³², que cette disposition ne s'inspire pas d'une distinction entre les normes impératives de droit interne et les normes impératives de droit international privé. Seul importe l'objectif de protection du consommateur qu'elles poursuivent¹³³. En faisant dépendre l'application de la loi de l'examen de son contenu, elle s'écarte, il est vrai, de la méthode conflictuelle classique en trahissant sa filiation avec la technique des lois de police. Le rattachement à caractère substantiel constitue toutefois indéniablement un progrès par rapport à la technique des lois de police. Il permet en effet de surmonter la délicate définition des contours exacts du concept. La règle de conflit à caractère substantiel traduit en ce sens un état plus achevé du droit international privé et ne conduit pas à terme à la ruine de la règle de conflit. Bien plus, elle pourrait bien n'être elle-même qu'une étape car, trouvant le fondement de sa légitimité dans des niveaux de protection qui restent divergents d'une législation à l'autre, le jour où ces niveaux de protection pourront être tenus globalement pour équivalents, il n'y aura plus guère de raison de maintenir une règle de conflit protectrice du consommateur dérogatoire au principe de l'autonomie des volontés.

§ 2. DU RATTACHEMENT A CARACTERE SUBSTANTIEL AUX LOIS DE PROTECTION DU CONSOMMATEUR

417. En dépit de l'émergence des règles de rattachement à caractère substantiel dans la solution des conflits de lois, la doctrine de droit international privé persiste en général à ranger les lois spéciales visant à protéger les consommateurs dans la catégorie des lois de

¹³⁰ *Contra* P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n°31; du même auteur, «La protection de la partie faible en droit international privé», in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p.327, n°3 qui estime que les dispositions impératives de la loi de la résidence habituelle du consommateur acquièrent le statut de lois de police et que les caractéristiques essentielles des lois de police sont donc conservées. Voy. également C. FERRY, *op. cit.*, note 81, p. 292, n°379, qui estime que les critères d'application bilatéraux prévus par les articles¹³⁴ et 6 de la Convention de Rome ne sont que des présomptions de volonté d'application qui pourraient devoir céder s'il ressortait d'un examen de la loi protectrice qu'elle comporte un domaine d'application spatial différent de celui déterminé par ces critères.

¹³¹ M. GIULIANO et P. LAGARDE, Rapport explicatif, *JOCE*, n°1182 du 31 octobre 1980, p. 25.

¹³² En ce sens, C.A. ESPLUGUES MOTA Y GUILLERMO PALAO MORENO, «Las comunidades Europeas y la proteccion de los consumidores», *Rev. Gen. Derecho*, 1993, p.3782; A. BUCHER, *op. cit.*, note33, pp.38 et 106; CHESCHIRE and NORTH, *Private International Law*, 12ème éd., 1992, p.398.

police¹³³. Le rapport explicatif de la Convention de Rome les cite d'ailleurs parmi les lois visées par l'article¹ intitulé, dans la version française, «¹ Lois de police¹³⁴». Lorsque cette opinion est justifiée, ce qui n'est pas fréquemment le cas, on avance que l'omniprésence de l'Etat dans les relations économiques et sociales permet d'affirmer que la protection du consommateur fait désormais partie de l'organisation sociale de l'Etat. Le fait que les règles protectrices soient parfois pénalement sanctionnées et leur application contrôlée par des autorités administratives seraient un argument de plus en ce sens¹³⁵.

Cette analyse nous paraît critiquable à deux points de vue. D'une part, elle fait peu de cas de l'extrême diversité des techniques de protection du consommateur. L'adoption de règles impératives auxquelles les parties ne peuvent déroger par contrat constitue l'une d'entre elles, et nous avons vu qu'il ne s'agissait pas de règles de police. D'autre part, elle repose sur une analyse conceptuelle de la notion de lois de police dont nous avons dénoncé l'insuffisance et l'imprécision. L'analyse fonctionnelle conduit au contraire à restreindre la catégorie des lois de police à celles qui tendent à préserver des intérêts économiques ou sociaux non garantis par l'application de la règle de conflit normalement applicable.

418. Si l'intervention des lois de police peut s'expliquer, en matière contractuelle, lorsqu'il s'agit de réagir aux possibilités d'éviction des normes impératives découlant du principe d'autonomie des volontés, la même qualification ne s'impose plus lorsque la règle de conflit du for tient compte dans sa formulation des besoins de protection de la partie faible. Dans ces conditions, le ressort des lois de police, qui consiste dans l'éviction d'une règle de conflit jugée inopportune, n'existe plus.

Il est vrai que l'Etat reste seul souverain dans l'appréciation des dérogations qu'il entend apporter au jeu normal des règles de conflit nationales. Néanmoins, l'existence dans son ordre juridique d'une règle de conflit visant précisément à garantir la protection du consommateur devrait au moins inciter le législateur à supprimer les règles directes

133 Voy. réf. citées note 107; *adde* J.M. JACQUET, *op. cit.*, note 51, p. 209, n° 70; B. AUDIT, «¹ Le caractère fonctionnel de la règle de conflit...¹», *op. cit.*, note 49, p. 249; P. MAYER, «¹ Les lois de police étrangères...¹», *op. cit.*, note 47, p. 295, n° 10; «¹ Les lois de police¹», *op. cit.*, note 53, p. 2; «¹ La protection de la partie faible en droit international privé¹», in *La protection de la partie faible dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, note 130 p. 531, n° 32; F. POCAR, «¹ La protection de la partie faible...¹», *op. cit.*, note 120, pp. 279-380; R. VANDER ELST, *Traité*, *op. cit.*, note 65, t. 1, p. 286, n° 66; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Traité*, *op. cit.*, note 47, p. 283, n° 66; M. GIULIANO, «¹ La loi applicable aux contrats. Problèmes choisis¹», *Rec. des Cours*, 1977 V (vol. 258), p. 254; R. PRIoux, «¹ L'incidence des lois de police ...¹», *op. cit.*, note 52, p. 136, n° 13; *contra* V. HAHN, *op. cit.*, note 10, p. 21.

134 M. GIULIANO et P. LAGARDE, Rapport explicatif, *JOCE*, n° 2282 du 31 octobre 1980, p. 27.

135 A.C. IMHOFF-SCHIEIER, *op. cit.*, note 81, p. 255. Voy. également J.M. JACQUET, *op. cit.*, note 51, p. 279, n° 25, qui observe toutefois que les interventions de l'Etat dans le domaine de la consommation sont marquées par l'ambiguïté¹ la politique de protection du consommateur touche indiscutablement à l'équilibre contractuel mais cette protection s'inscrit dans les desseins d'une politique économique d'ensemble.

d'applicabilité affectant les lois de protection du consommateur antérieurement adoptées et à s'abstenir d'en ajouter d'autres dans les lois nouvelles¹³⁶.

Comme les lois protectrices sont souvent silencieuses sur leur domaine d'application dans l'espace, l'interprète se gardera en tout cas de dégager de la teneur et de l'objectif de la loi protectrice un critère spatial dérogeant à celui retenu par la règle de conflit à caractère substantiel, pour s'en tenir à l'application de la loi déclarée applicable par cette règle de conflit.

Bien sûr, le raisonnement du législateur n'est pas toujours marqué du sceau de la cohérence. On ne peut donc exclure que la loi protectrice du consommateur comprise dans l'ordre juridique désigné par la règle de conflit à caractère substantiel contienne un critère spatial expressément défini étendant ou restreignant son domaine d'application. Dans ce cas, le juge est-il tenu de respecter le domaine d'application de cette loi ? Cette question sera examinée plus loin en détail à propos des lois sur les clauses abusives (voy. *infra* n° 426 et ss.), mais *a priori* on ne voit pas ce qui habiliterait le juge à méconnaître ou à forcer la volonté d'application de la loi étrangère « dépoliciée ».

SECTION 3. L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

419. Outre l'intervention des lois de police, l'application de la loi contractuelle désignée par les parties ou par une méthode objective de localisation peut se heurter à l'ordre public international. Le mécanisme de l'exception d'ordre public sera tout d'abord replacé dans le contexte de la théorie générale du droit international privé (§ 1). On tentera de dégager ensuite les liens qui l'unissent à la notion d'ordre public telle qu'elle est comprise en droit interne (§ 2).

§ 1. L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL AU SENS DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

420. *L'exception d'ordre public.* Au sein de la méthode conflictuelle, l'ordre public international se présente traditionnellement comme une exception au jeu de la règle de conflit permettant au juge d'évincer les dispositions de la loi étrangère normalement applicable, lorsque son application heurterait l'ordre moral, politique ou économique du

¹³⁶ Comp. à propos de l'art. 12 AGBGB, A.V.M. STRUYCKEN, « Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé », *Rec. des Cours*, 1992 I (Vol. 32), p. 67.

for. Cette conception fondamentale de l'ordre public au sens du droit international privé est apparemment partagée par l'ensemble des pays de la Communauté européenne, y compris par les pays de *common law*¹³⁷. Elle est clairement traduite d'ailleurs dans l'article 6 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles aux termes duquel « l'application d'une disposition de la loi désignée par la présente convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».

Présenté sous la forme d'une exception, l'ordre public au sens du droit international privé est un correctif aux règles normales de rattachement du for, un procédé d'éviction de la loi – étrangère par hypothèse – normalement applicable. Au sens classique, elle n'entre en action qu'après désignation de la loi compétente pour confronter les *effets* que la loi étrangère entend produire dans l'ordre juridique du for, avec les conceptions fondamentales de cet ordre juridique¹³⁸.

L'objet de l'exception d'ordre public n'est donc pas la loi étrangère comme telle. Le tribunal saisi n'a pas à porter de jugement de valeur sur la loi étrangère, car il ne peut remettre en cause la naissance ni l'existence d'une situation juridique valablement constituée au regard de cette loi. Elle lui permet seulement de refuser d'accueillir dans son ordre juridique les effets qu'elle prétend produire¹³⁹. « Liée au fonctionnement d'un système de droit étatique, l'éviction du droit étranger exprime néanmoins une réaction nationaliste inspirée par le souci de faire prédominer la cohérence interne de l'ordre juridique du tribunal saisi »¹⁴⁰.

La fonction de l'exception étant avant tout de défendre les fondements politiques, moraux, économiques ou sociaux d'un ordre juridique national, il serait sans doute plus

137 Voy. en doctrine CHESCHIRE and NORTH, *Private International Law*, 12ème éd., 1992, p. 503; P.B. CARTER, « The role of public policy in English Private International Law », *I.C.L.Q.*, 1993, pp. 1-10. L'auteur cite quatre catégories de règles étrangères dont l'application pourrait être écartée par l'exception d'ordre public :

- les règles qui méconnaîtraient certains principes moraux fondamentaux;
- les règles dont l'application pourrait mettre en danger les intérêts britanniques ou compromettre les relations internationales avec un Etat étranger;
- les règles dont l'application mènerait à un résultat inéquitable dans les circonstances concrètes de la cause;
- les règles qui donneraient effet à une convention conclue en vue de frauder une loi étrangère.

138 L'intervention de l'ordre public international à l'encontre d'une loi étrangère n'a pas la même intensité selon qu'il s'agit de faire produire à cette loi tous les effets qu'elle réclame dans l'ordre juridique du for ou de reconnaître les conséquences d'une situation valablement constituée à l'étranger. Elle n'a pas non plus la même intensité selon que le lien entre la situation concernée et l'ordre juridique du for est plus ou moins étroit. Sur la relativité et l'effet atténué de l'ordre public international, voy. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t.III, 8ème éd., 1993, n° 358 à 361; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Précis*, 4ème éd., 1993, n° 354; P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n° 207; A. BUCHER, *op. cit.*, note 53, p. 47 et ss.

139 P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public...*, *op. cit.*, note 62, p. 64, n° 140; R. VANDER ELST, « l'ordre public international, lois de police, lois d'application immédiate », in *Mélanges Legros*, 1985, p. 61, n° 2; N. WATTE, « Quelques remarques sur la notion d'ordre public... », *op. cit.*, note 100, p. 100, n° 33; F. RIGAUX, *Précis*, t.III, 2ème éd., 1987, p. 48, n° 10.

140 F. RIGAUX, *Précis*, t.III, 2ème éd., 1987, p. 45, n° 6. Voy. également A. BUCHER, *op. cit.*, note 53, p. 4.

correct de parler d'ordre public au sens du droit international privé plutôt que d'ordre public international¹⁴¹. Dans une acception plus large, mais sans doute trop extensive, accréditée par l'article 30 de l'EGBGB dans sa formulation ancienne, l'exception d'ordre public permettrait aussi de sauvegarder les objectifs liés à une politique législative nationale, dont la protection du consommateur peut faire partie intégrante¹⁴². A ce titre, l'ordre public international pourrait s'inspirer des tendances fondamentales du droit matériel interne et intervenir pour tenir compte d'une avancée législative jugée essentielle.

421. *Ordre public réellement international.* L'appréciation que suppose la mise en œuvre de l'exception d'ordre public au sens du droit international privé est nécessairement portée par rapport au droit matériel de la *lex fori*. L'ordre moral, politique et économique du for est toutefois suffisamment souple pour intégrer des préoccupations non exclusivement nationales. A côté d'un ordre public particulariste centré sur les conceptions du for, on constate en effet l'émergence d'un «ordre public réellement international» ou «transnational» qui serait le garant d'une certaine moralité contractuelle fondamentale et qui tracerait les limites de l'autonomie des volontés dans les relations commerciales internationales¹⁴³. Cet ordre public trouve sa source soit dans les traités internationaux contenant des normes qui peuvent justifier le refus d'application des lois étrangères qui leur sont contraires, soit dans la jurisprudence arbitrale. Il se composerait d'un ensemble de principes communs aux nations dites civilisées se substituant aux concepts nationaux du for (prohibition de la piraterie, de la contrebande, de l'esclavage, de la corruption, du trafic d'armes et du trafic d'influence...). Lorsqu'il prend une dimension réellement internationale, l'ordre public tend à s'écarter de son rôle fonctionnel et négatif, pour prendre un sens absolu.

A défaut de pouvoir se référer à un ordre juridique étatique, les arbitres internationaux ont fréquemment recours à cette conception de l'ordre public¹⁴⁴. Ses applications sont plus rares devant les juridictions nationales où ces principes fondamentaux peuvent s'inscrire aisément dans l'ordre public du for ou même dans le règlement conflictuel par le biais de la cause illicite¹⁴⁵.

¹⁴¹ Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Précis*, 4ème éd., 1993, n°254.

¹⁴² Voy. B. AUDIT, «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit...», *op. cit.*, note 49, pp.350-351; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t.III, 8ème éd., 1993, n°63; P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n°200; du même auteur, «La protection de la partie faible en droit international privé», in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, note 130, p.19, n°1 à 13.

¹⁴³ Voy. à ce sujet N. WATTE, «Quelques remarques sur la notion d'ordre public...», *op. cit.*, note 100, pp.90 à 93, n°37 à 41; R. PRIoux, «Le droit international privé et les contrats illicites...», *op. cit.*, note 98, p.37, n°7 à 19; F. RIGAUX, *Précis*, *op. cit.*, note 2, t.III, 2ème éd., 1987, p.351, n°14; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t.III, 8ème éd., 1993, n°65.

¹⁴⁴ J.C. POMMIER, *op. cit.*, note 53, pp.27 et ss.

¹⁴⁵ Voy. R. PRIoux, «Le droit international privé et les contrats illicites...», *op. cit.*, note 98, p.37, n°7 à 19; N. WATTE, «Quelques remarques sur la notion d'ordre public...», *op. cit.*, note 100, p.19, n°37; CHESCHIRE and NORTH, *Private International Law*, 12ème éd., 1992, p. 504.

422. *Ordre public communautaire.* De façon à la fois surprenante et originale, le rapport explicatif de la Convention de Rome précise, à propos de l'article 6, que l'ordre public du for englobe l'ordre public communautaire «qui est devenu partie intégrante de l'ordre public des Etats membres de la Communauté européenne». La notion d'ordre public communautaire tend depuis lors à se répandre en doctrine¹⁴⁶.

Selon M. Struycken, l'ordre public communautaire serait constitué par un ensemble de principes juridiques et de normes de base, reflets de la culture européenne. Il comprendrait à ce titre les droits de l'homme et les règles fondamentales de la démocratie, ainsi que quelques principes fondamentaux du droit communautaire, comme le principe de non-discrimination entre hommes et femmes consacré par l'article 19 du Traité¹⁴⁷. Compris de cette façon, l'ordre public communautaire pourrait assez facilement s'intégrer à l'ordre public international, sans bouleverser ses conditions traditionnelles d'application. De même que les traités internationaux à caractère universel peuvent être la source d'un ordre public réellement international, le Traité de Rome et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme conduisent à admettre l'existence d'un ordre public à dimension régionale propre à une communauté de civilisation déterminée ou à un système d'organisation politique, économique ou social¹⁴⁸.

Pourrait-on adjoindre à cet ordre public communautaire le noyau dur des libertés économiques fondamentales consacrées par le Traité, à l'exercice desquelles les autorités nationales sont tenus de prêter leur concours (art. 6 CEE)? Cela paraît douteux. Il paraît difficile d'évincer la loi d'un Etat tiers qui ne serait pas partie au Traité au motif que son application entraînerait une entrave à l'exercice d'une des libertés communautaires auxquelles il n'a, par hypothèse, pas souscrit. Plus fondamentalement, dans le cadre du régime de contrôle des entraves, l'illicéité d'une mesure nationale pour contrariété au droit communautaire est dictée par un rapport hiérarchique entre deux normes dont l'une (la norme nationale) est inférieure à l'autre (la norme communautaire). La règle juridique

¹⁴⁶ Voy. S. POILLOT-PERUZZETTO, «l'Ordre public et droit communautaire», *Dall.*, 1993, Chron., p. 78; A.V.M. STRUYCKEN, *op. cit.*, note 136, p. 74, n° 1. L'idée avait déjà été exprimée par U. DROBNIG, «l'apport du droit communautaire au droit international privé», *Cah. Dr. Eur.*, 1970, p. 39. D'après cet auteur, «le caractère obligatoire que revêt le droit communautaire pour les Etats membres conduit à la conclusion que l'ordre public international des Etats membres comprend les règles fondamentales du droit communautaire». On devra admettre que l'ordre public ne protège plus seulement les intérêts de la *lex fori* mais qu'il peut aussi servir à la protection de certains intérêts importants des autres Etats membres. L'auteur ne précise pas davantage le contenu de l'ordre public communautaire.

¹⁴⁷ A.V.M. STRUYCKEN, *op. cit.*, note 36, pp. 74-277, n° 1 et 7. Voy. également D. MARTINY, «Gemeinschaftsrecht, ordre public, zwingende Bestimmungen und Exklusivnormen», in *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, C. VON BAR (Ed.), Köln, Karl Heymanns Verlag KG, 1991, p. 12, qui voit dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales la source principale de l'ordre public communautaire.

¹⁴⁸ Voy. sur cette conception relative de l'ordre public réellement international, J.C. POMMIER, *op. cit.*, note 53, p. 9, n° 9; B. GOLDMAN, «La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public dans le fonctionnement de la règle de conflit», in *Mélanges Cassin*, p. 64.

évincée au nom du principe de liberté pourrait pour cette raison appartenir à l'ordre juridique du for lui-même, ce dont ne pourrait rendre compte l'exception d'ordre public au sens du droit international privé. En outre, rien n'empêcherait que l'exception d'ordre public soit elle-même la source d'une entrave dont la compatibilité pourrait devoir être examinée par rapport au Traité¹⁴⁹ (voy. à cet égard *infra* n°73 et ss.).

Le contrôle de conformité auquel il est procédé sur la base du droit communautaire n'a, à vrai dire, pas grand chose de commun avec celui qui découle de l'exception d'ordre public au sens du droit international privé¹⁵⁰ : il n'a pas le même objet, n'utilise pas les mêmes critères et ne produit pas les mêmes conséquences. Toute tentative de rapprochement est donc vouée à l'échec. Si un parallèle peut être tracé entre l'ordre public national, international et communautaire sous cet angle, c'est uniquement sur un plan fonctionnel¹⁵¹. L'intérêt général en droit communautaire joue en effet le rôle d'un frein, non pas aux pouvoirs des personnes privées face aux exigences de l'intérêt public, ni à l'application d'une loi étrangère face aux conceptions fondamentales de l'Etat du for, mais à la compétence législative et réglementaire des Etats membres face à l'affirmation d'un principe général de liberté.

423. *Effet de substitution de l'exception d'ordre public.* Lorsque le juge du for conclut à l'éviction de la loi étrangère, la place qu'il convient de réserver à la *lex fori* en remplacement de la loi étrangère fait l'objet de controverses dans la doctrine. Pour une partie de la doctrine belge et allemande, la mise en œuvre de l'exception d'ordre public n'impliquerait pas, en principe, l'application de la *lex fori* en lieu et place de la loi étrangère évincée¹⁵². Lorsque l'éviction de la loi étrangère crée une lacune, il serait préférable de combler celle-ci en faisant appel à une autre disposition du droit étranger auquel la règle de conflit a donné compétence. Pour la doctrine française en revanche, lorsqu'il reçoit l'exception de l'ordre public, le juge restitue à la loi du for la compétence dont la règle de conflit l'avait privée. La substitution de la loi du for à la loi étrangère serait, dans cette conception, techniquement et pratiquement la mieux appropriée, mais l'effet de substitution

¹⁴⁹ D. MARTINY, *op. cit.*, note 47, p. 21.

¹⁵⁰ En ce sens, J. BIANCARELLI, « L'intérêt général et le droit applicable aux contrats financiers », *Rev. Banque*, 1992, p. 1098. Voy. cependant E. LORENZ, « Das auf grenzüberschreitende Lebensversicherungsverträge anwendbare Recht - Eine Übersicht über die Kollisions rechtlichen Rechtsgrundlagen », *ZGVW.*, 1991, pp. 138-139 selon lequel l'intérêt général jouerait ici une fonction proche de celle de l'ordre public international.

¹⁵¹ En ce sens, W. VAN GERVEN, « Convention de Rome, Traité de Rome et prestations de services dans le secteur financier », *Banque et Droit*, juin 1993 (hors série), p. 4, n° 3; D. MARTINY, *op. cit.*, note 47, p. 13.

¹⁵² Voy. en doctrine A. BUCHER, *op. cit.*, note 53, p. 29; F. RIGAUX, *Précis*, t. II, 2ème éd., 1987, p. 55, n° 24 et les réf. citées; R. PRIoux, « Le droit international privé et les contrats illicites... », *op. cit.*, note 98, p. 34, n° 3. Cette conception paraît avoir la préférence des rédacteurs de la Convention de Rome. Voy. M. GIULIANO et P. LAGARDE, Rapport explicatif, *J.O.C.E.*, n° 82, p. 37.

devrait être limité au strict nécessaire¹⁵³. La restriction qui est ainsi posée à la mise en œuvre de l'exception indique que les deux thèses se rejoignent au moins dans la recherche des limites convenables à la substitution de la *lex fori*¹⁵⁴.

D'un point de vue pratique, tout paraît dépendre de la nature de la règle étrangère évincée et des effets qu'elle entend produire dans l'ordre juridique du for¹⁵⁵. En matière contractuelle, il s'agira tantôt d'une règle permissive violant une règle prohibitive du for, tantôt d'une règle prohibitive contraire à une règle permissive du for. Dans le premier cas, l'éviction de la loi étrangère aura nécessairement pour effet d'invalider la clause ou le contrat lui-même, et il sera difficile d'éviter l'effet de substitution de la *lex fori*, tout au moins pour ce qui relève des conséquences de l'invalidation. Dans le second cas, en revanche, l'éviction de la règle étrangère prohibitive ne devrait pas empêcher son remplacement par une règle permissive de la loi étrangère relevant du droit commun. Ce n'est que si ce remplacement s'avère impossible à défaut de solution de substitution, ou si cette solution produit aussi des effets contraires à l'ordre public du for que le droit du for aurait vocation à s'appliquer.

424. Malgré quelques divergences sur le plan des conditions de mise en œuvre, la doctrine s'accorde néanmoins sur le caractère essentiellement fonctionnel de la notion d'ordre public en droit international privé¹⁵⁶. Comme le souligne le professeur Lagarde, «il faut renoncer à voir dans l'ordre public international autre chose qu'un procédé technique lié à cet autre procédé qu'est la règle de conflit¹⁵⁷. Comme pour les lois de police, le contenu de l'ordre public international ne s'épuise pas par une définition. Ces notions fonctionnelles ne trouvent d'unité que dans le but qui leur est assigné.

Comme les lois de police, l'ordre public international se prête par conséquent à des usages abusifs dissimulant une préférence injustifiée pour l'application de la *lex fori*. Outre le contrôle qui résulte de la hiérarchie de l'ordre judiciaire dans chaque Etat membre, l'usage abusif que l'autorité publique fait de son ordre public international pourrait être soumis au contrôle du droit communautaire, dans la mesure où cet usage constituerait une entrave à l'exercice d'une des libertés fondamentales du Traité (voy. *infra* n°473).

153 En doctrine française, voy. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t.II, 8ème éd., 1993, n°367; P. LAGARDE, «Recherches sur l'ordre public...», *op. cit.*, note 62, p. 170, n°43; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Précis*, 4ème éd., 1993, n°255 et 256; P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n°12 et 213.

154 En ce sens, P. LAGARDE, «Recherches sur l'ordre public...», *op. cit.*, note 62, p.207, n°78 et ss.

155 Comp. R. VANDERELST, «Ordre public international...», *op. cit.*, note 69, p.62, n°4.

156 Voy. spécialement P. LAGARDE, «Recherches sur l'ordre public...», *op. cit.*, note 62, p. 179, n°49 et ss.; F. RIGAUX, *Précis*, t.II, 2ème éd., 1987, p.351, n°14; B. AUDIT, «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit...», *op. cit.*, note 49, p.345; P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n°101.

157 P. LAGARDE, *ibid.*

§ 2. ORDRE PUBLIC EN DROIT INTERNATIONAL ET ORDRE PUBLIC EN DROIT INTERNE

425. *Détournement de la fonction de l'ordre public en droit international privé.* Les ressorts de l'intervention de l'ordre public international au sens du droit international privé sont extrêmement difficiles à cerner. Selon la théorie classique, à la différence des lois de police, l'ordre public international interviendrait *après* et non *avant* l'examen du contenu de la loi étrangère et la mise en œuvre des effets que celle-ci entend produire sur le territoire du for. Cette différence méthodologique justifie que l'application des lois de police étrangères puisse elle-même être soumise au visa de l'ordre public international¹⁵⁸. Il va de soi inversement que l'exception d'ordre public est sans objet lorsqu'une loi de police du for est préférée à une loi étrangère. La fascination exercée par l'ordre public du for entraîne pourtant souvent l'omission de l'étape consacrée à l'examen de la loi étrangère, si bien que la jurisprudence donne fréquemment l'impression d'une transposition immédiate d'un principe ou d'une règle touchant à l'ordre public interne, assimilant ainsi l'ordre public international et les lois de police¹⁵⁹. Il est vrai que l'effet de substitution parfois reconnu à la *lex fori* après l'éviction de la loi étrangère ne contribue guère à clarifier une situation déjà confuse.

Quels sont dès lors les liens entre l'ordre public au sens du droit interne et l'ordre public au sens du droit international privé ? Un bref tour d'horizon des systèmes nationaux de conflits de lois démontre que la corrélation entre les deux notions n'est pas parfaite. On remarque par exemple que la plupart des règles relatives au droit des personnes sont réputées d'ordre public en droit interne, mais que cela ne fait nullement obstacle à la mise en œuvre de la règle de conflit¹⁶⁰. Celle-ci peut donc parfaitement opérer le rattachement de lois appartenant à l'ordre public au sens du droit interne. En matière contractuelle toutefois, le principe du libre choix de la loi applicable, qui s'inscrit dans le prolongement du principe d'autonomie des volontés en droit interne, favorise indéniablement une certaine corrélation entre les deux concepts. La règle du libre choix de la loi applicable est jugée inapte à opérer le rattachement des lois ou principes touchant à l'ordre public, de la même façon que la liberté des conventions en droit interne ne permet pas de déroger aux règles touchant à l'ordre public.

426. *Ordre public virtuel et ordre public textuel en droit international privé.* Dans le secteur des contrats, il paraît possible d'établir au moins une analogie entre les différentes

158 CHESCHIRE and NORTH, *Private International Law*, 12^{ème} éd., p. 504; R. PRIoux, «Le juge et l'arbitre face aux lois étrangères d'application immédiate...», *op. cit.*, note 52, p. 351, n° 33; P. MAYER, «Les lois de police étrangères...», *op. cit.*, note 47, p. 313, n° 40.

159 P. MAYER, *Traité*, 5^{ème} éd., 1994, n° 111; A. BUCHER, *op. cit.*, note, p. 33, qui considère que les deux techniques sont interchangeable.

160 En ce sens, H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t. III 8^{ème} éd., 1993, n° 353 et 363.

manifestations de l'ordre public en droit interne et en droit international privé. Nous avons vu que l'on pouvait distinguer, en droit interne, un ordre public négatif ou virtuel qui exprime de façon générale la réserve de l'ordre juridique positif sur la libre disposition de leurs droits par les parties contractantes et un ordre public textuel exprimant positivement les intérêts collectifs que l'Etat entend protéger (lois de protection sociale ou de protection de l'économie¹⁶¹), fût-ce au détriment de la liberté des conventions (voy. sur ces notions *supra* n°17). Le développement du dirigisme étatique s'accompagne inévitablement d'un accroissement notable de l'ordre public textuel et d'une multiplication saisissante des lois dites «l'ordre public»¹⁶². Ces deux utilisations de l'ordre public en droit interne se répercutent en droit international privé dans la technique de l'exception d'ordre public, d'une part, et dans celle des lois de police au sens fonctionnel d'autre part¹⁶³.

La technique des lois de police permet, en matière contractuelle, de garantir l'application immédiate d'une loi poursuivant un but d'intérêt général jugé prépondérant, sans que le juge ait à s'interroger sur le contenu et les effets réclamés par la loi étrangère désignée par la règle de conflit. Par le biais d'un critère dérogatoire à celui utilisé par la règle de conflit normalement applicable, elle autorise l'application immédiate des lois d'ordre public dont l'effet est de soustraire certaines relations juridiques à la libre disposition des parties. Sous cet angle, l'émergence des lois de police est sans conteste liée au développement du rôle de l'ordre public textuel dans les relations contractuelles privées.

Le mécanisme de l'exception d'ordre public exprime, quant à lui, une réserve générale similaire à celle rencontrée en droit interne à propos du principe d'autonomie, et dont le contenu ne peut être déterminé par la loi. Le concept d'ordre public international traduit la fonction négative de l'ordre public en droit international privé en tant que réserve générale à l'application d'une loi étrangère désignée par la règle de conflit.

Comme l'a démontré le professeur Lagarde, la conception négative de l'ordre public au sens du droit interne est la seule qui puisse être rapprochée du mécanisme de l'exception d'ordre public en droit international privé. Transposée dans les relations internationales, elle garantit la fluidité de l'ordre public et oblige le juge à un examen scrupuleux de la loi étrangère¹⁶³. Dans le prolongement de l'ordre public virtuel, l'ordre public international constitue, selon les termes du professeur Rigaux, «le pouvoir

161 Cette interprétation légaliste de l'ordre public en droit interne est favorisée par la formulation de l'article 6 du Code civil selon lequel on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. L'ordre public a pu échapper au caractère strictement légal énoncé par l'article 6, par le biais de l'article 133 relatif à la cause illicite. Voy. P. LAGARDE, «Recherches sur l'ordre public...», *op. cit.*, note 62, p. 31, n° 14.

162 Cette corrélation a été soutenue en Allemagne à propos de l'article 6 et de l'article 14 EGBGB. Voy. P. BIAGOSCH, *op. cit.*, note 10. Voy. également T.G. GUEDJ, *op. cit.*, note 53, p. 79.

163 P. LAGARDE, «Recherches sur l'ordre public...», *op. cit.*, note 62, p. 31, n° 14. A cette époque, le professeur Lagarde niait catégoriquement la possibilité pour la notion d'ordre public, de jouer un rôle matériel dans la solution des conflits de lois et rejetait l'opportunité des normes rigoureusement obligatoires en droit international privé. Voy. notamment l'étude précitée p. 54, n° 32.

judiciaire gardien d'une forme supérieure de légalité qu'on ne saurait inscrire dans les textes, elle confie aux juges la mission d'exprimer, à propos de situations particulières que le législateur est impuissant à prévoir, la conscience juridique de la société¹⁶⁴. L'originalité de l'exception d'ordre public en droit international privé par rapport au droit interne consiste seulement en ceci qu'elle fait obstacle non pas à la force obligatoire des conventions mais à l'applicabilité d'une loi étrangère¹⁶⁵.

427. Pour restituer un contenu propre aux deux techniques, il conviendrait donc de réserver à l'ordre public international la fonction négative de l'ordre public, c'est-à-dire celle qui consiste à défendre des fondements politiques, moraux, sociaux ou économiques d'un ordre juridique national face à l'application d'une loi étrangère. Les conditions de mise en œuvre et la portée même de l'exception retrouvent ainsi leur véritable signification. L'exception d'ordre public ne peut, en revanche, justifier l'application immédiate des lois qui participent d'un ordre public textuel¹⁶⁶.

Avec l'accroissement de l'interventionnisme étatique dans les relations contractuelles privées, l'ordre public textuel gagne indéniablement sur l'ordre public virtuel. Corrélativement, en droit international privé des contrats, la fonction de l'exception d'ordre public s'amenuise au fur et à mesure que s'accroît celle des lois de police¹⁶⁷. Elle se réduit d'autant plus que les conditions de mise en œuvre sont définies de plus en plus strictement¹⁶⁸ comme on l'a dit, c'est l'application concrète d'une disposition de la loi étrangère qui doit être contraire à l'ordre public et non la loi elle-même. L'incompatibilité du résultat de cette application avec l'ordre public du for doit au surplus être manifeste, cette condition obligeant le juge à motiver particulièrement le recours à l'exception. Cette conception restrictive de l'ordre public international est traduite dans la Convention de Rome (art. 16), comme dans la plupart des Conventions de La Haye conclues depuis 1956.

Des conditions aussi strictement définies expliquent qu'il soit rarement fait application de l'exception d'ordre public en matière contractuelle¹⁶⁸. L'adoption de règles

¹⁶⁴ F. RIGAUX, *Précis de droit international privé*, t.II, 1987, 2ème éd., p.351, n°314.

¹⁶⁵ F. RIGAUX, *Précis de droit international privé*, t.II, 1987, 2ème éd., p.347, n°309; N. WATTE, «Quelques remarques sur la notion d'ordre public...», *op. cit.*, note 100, p.32, n°2.

¹⁶⁶ Comp. P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n°11.

¹⁶⁷ En ce sens G. SPERDUTTI, «Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public», *R.C.D.I.P.*, 1977, p.268; F. RIGAUX et M. FALLON, *Précis de droit international privé*, t.III, 2ème éd., 1993, n°282.

¹⁶⁸ Voy. J. FOYER, «Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *J.D.I. (Clunet)*, 1991, p.228, n°34; R. PRIoux, «Le droit international privé et les contrats illicites...», *op. cit.*, note 98, p.37, n°7 et les exemples cités; A. BUCHER, *op. cit.*, note 53, p. 35; l'auteur cite une décision du Bundesgerichtshof du 4 janvier 1992, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 13, 1992, p. 1256, selon laquelle l'ordre public allemand s'oppose à ce qu'il soit donné effet en Allemagne à des créances en dommages-intérêts ayant un caractère punitif

de rattachement à finalité protectrice et l'existence d'une communauté d'intérêts économiques entre les Etats membres devraient la raréfier davantage encore puisqu'elle implique en principe une collaboration réciproque des ces Etats dans la mise en œuvre de leur politique économique respective¹⁶⁹.

CONCLUSION DU TITRE I.

428. Dans beaucoup d'Etats membres, le contrat d'assurance fait ou fera l'objet d'une réglementation largement impérative laissant peu de place à la liberté conventionnelle.

Dès lors que le contrat d'assurance accède à l'internationalité, une question essentielle sur le plan pratique est de savoir de quelle technique dépend l'application de ces règles qui influencent directement les obligations respectives des parties. Cette question n'est pas facile car les législations des Etats membres connaissent des degrés variables dans l'impérativité, dont les critères sont loin d'être clairement définis. Bien qu'elles ne reçoivent pas une appellation identique dans tous les Etats membres, on a cru pouvoir déceler trois catégories de normes dans la plupart des législations examinées : les normes supplétives auxquelles les parties peuvent déroger par convention, les normes impératives auxquelles les parties ne peuvent pas déroger sauf dans un sens favorable à la partie que ces normes entendent protéger, et les normes d'ordre public auxquelles les parties ne peuvent déroger ni dans un sens ni dans l'autre. Parmi ces trois catégories, la seconde occupe une place prédominante dans le droit du contrat d'assurance.

429. Le droit international privé met à la disposition des Etats plusieurs techniques permettant de rendre compte des objectifs économiques ou sociaux poursuivis en droit interne. La plus connue est sans doute celle des lois de police. Nous avons tenté de montrer qu'il serait vain de donner un contenu précis à cette notion qui se définit avant tout par son rôle fonctionnel. Les lois de police permettent en effet de déroger au jeu normal d'une règle de conflit jugée inapte à garantir les intérêts que la loi entend protéger.

Même si la tentation est grande pour les organes de l'Etat de tenir pour impératives en droit international privé, toute règle impérative au sens du droit interne, il

(*punitive damages*). Une autre décision du 20 décembre 1971 (*BGHZ*, 58, p. 1) a considéré comme une règle d'ordre public international le §164 BGB relatif à l'exception de jeu et aux opérations de bourse à terme effectuées à l'étranger. La loi du 11 juillet 1989 modifiant la loi sur les bourses a cependant écarté cette solution.

¹⁶⁹ En ce sens F. RIGAUX, *Précis de droit international privé*, t. I, 1987, p.157, n°126; R. VANDERLST, « l'ordre public international... », *op. cit.*, note 69, p.160, n°1.

faut résister fermement à toute tentative d'assimilation. Les observations déduites de la théorie générale du droit international privé imposent de refuser la qualification de lois de police aux règles de droit interne dont l'unique objet est d'intervenir d'autorité dans la relation contractuelle afin de garantir un équilibre minimal dans les rapports entre les parties contractantes dont l'une est réputée plus faible que l'autre. Qu'elles soient qualifiées de règles simplement impératives, de règles semi-impératives ou même de règles d'ordre public (ordre public de protection), elles ont pour caractéristiques communes d'intervenir directement dans le champ contractuel et de ne pas permettre la convention contraire, sauf éventuellement si celle-ci profite à la partie que la loi entend protéger¹⁷⁰.

Malgré toutes les réserves qui s'attachent à une classification des règles par catégories, cette distinction s'impose tant du point de vue théorique que pratique, tant au regard d'une analyse conceptuelle que d'une analyse fonctionnelle des lois de police. L'exclusion se justifie tout d'abord par une analyse du principe de l'autonomie des volontés en tant que facteur de rattachement des contrats internationaux. Ce principe perdrait toute signification en droit international privé s'il permettait seulement aux parties de choisir les règles supplétives du droit étranger. Cette possibilité est en effet déjà offerte dans les contrats purement internes. Il faut, au contraire, affirmer qu'en consacrant une règle de conflit fondée sur le principe d'autonomie des volontés, l'Etat admet implicitement mais nécessairement l'éviction de ses règles impératives de droit interne, tout au moins de celles qui n'ont pas le caractère de lois de police. A défaut d'admettre cette éviction, il aura recours à une règle de conflit à caractère substantiel prenant en compte le besoin de protection de la partie faible.

Une analyse conceptuelle, aussi imprécise qu'elle soit, devrait également conduire au rejet des règles impératives contractuelles de la catégorie des lois de police, car on peut légitimement douter qu'elles mettent en jeu des valeurs économiques et sociales fondamentales d'un Etat déterminé. Une analyse fonctionnelle plus respectueuse de la nature et de la méthode des lois de police aboutirait au même résultat, tout en autorisant une opinion plus nuancée. D'un point de vue fonctionnel en effet, est une règle de police, la règle qui poursuit des objectifs économiques et sociaux si importants qu'ils justifient une dérogation à la solution prévue par la règle de conflit normalement applicable. Si la norme de conflit intègre déjà dans sa formulation des objectifs de protection, le concept de lois de police doit forcément recevoir une interprétation plus restrictive dans le domaine des rapports juridiques visés par cette règle de conflit.

¹⁷⁰ En ce sens en matière d'assurance à propos des dispositions semi-impératives du droit allemand, P. BIAGOSCH, *op. cit.*, note 10, pp. 78-180; et F. REICHERT-FACILIDES, «Zur Kodifikation des deutschen internationalen Versicherungsvertragsrechts», *op. cit.*, note 54, p. 2.

430. La divergence des intérêts étatiques, qui est la source de la méthode des lois de police, peut faire place à une communauté d'intérêts lorsque la plupart des Etats membres poursuivent les mêmes objectifs par des moyens identiques. Rien ne s'oppose plus dès lors à l'adoption d'une règle de conflit bilatérale tenant compte du but et de la teneur des lois poursuivant des objectifs de protection. Ainsi s'explique l'émergence dans le droit international privé moderne des règles de rattachement à caractère substantiel, qui trouvent la plupart du temps leur origine dans la bilatéralisation des critères spatiaux utilisés auparavant par les lois de police. Dans une vision dynamique de l'évolution du droit international privé, cette technique permet aussi de rendre compte de l'impérativité des réglementations du droit interne. La synthèse qu'elle réalise dépasse cependant le simple produit de ses composants, car elle s'appuie sur un rapport juridique typique qui fait l'objet d'une catégorie de rattachement à part entière. Si elles paraissent critiquables au regard de la fonction localisatrice de la règle de conflit, les règles de rattachement à caractère substantiel ont pour avantage essentiel de limiter la perturbation du règlement du conflit de lois qui est le propre des lois de police.

431. L'ordre public international se présente, quant à lui, comme un mécanisme correcteur de la règle de conflit. Il partage avec les lois de police un rôle essentiellement fonctionnel puisqu'il vise à écarter la loi étrangère, lorsque les effets que cette loi entend produire sur le territoire du for heurtent l'ordre moral, politique ou économique du for. Bien que faisant appel à une technique théoriquement différente de celle des lois de police, l'exception d'ordre public est souvent utilisée en pratique, mais à tort, dans le rôle dérogatoire en principe réservé aux lois de police.

Même s'il faut ici aussi refuser toute tentative de transposition immédiate de l'ordre public en droit interne dans les relations internationales de droit privé, on ne peut manquer de constater une parenté certaine en matière contractuelle entre les diverses fonctions de l'ordre public en droit interne et les manifestations de l'ordre public en droit international privé. Alors que les lois de police sont des manifestations de l'ordre public textuel, l'ordre public international se rapproche davantage de l'ordre public virtuel, en ce qu'il exprime, en matière contractuelle, une limite générale à l'application aveugle de la loi étrangère choisie par les parties.

Il ne fait aucun doute cependant que la multiplication des interventions positives de l'Etat dans les rapports contractuels favorise les lois de police au détriment de l'ordre public international, de même d'ailleurs que l'apparition des règles de rattachement à caractère substantiel. Simultanément, les conditions sans cesse restrictives assortissant le mécanisme de l'exception d'ordre public contribuent à la confiner dans un rôle de plus en plus marginal dans le domaine des contrats.

Dans une matière aussi réglementée que le contrat d'assurance, il faut certainement craindre le détournement des méthodes du droit international privé à des fins protectionnistes. Le droit communautaire offre heureusement, on le verra, des moyens de lutter contre le recours abusif des organes étatiques aux lois de police ou à l'ordre public international, qui dissimule en réalité une préférence narcissique pour la loi nationale.