



**faculté de droit, d'économie  
et de gestion**

**Université  
de Valenciennes**  
et du Hainaut-Cambresis

**Mémoire de Master Professionnel de 2<sup>e</sup> année de  
L'UNIVERSITE DE VALENCIENNES ET DU HAINAUT CAMBRESIS**

Année universitaire :

**2015-2016**

Discipline, spécialité :

**Droit des affaires, parcours droit des transports**

**Présenté et soutenu par Thibault HERBIN**

**Faculté, Institut ou école :**

Faculté de Droit, d'Economie et de Gestion – FDEG

**Le rôle du juge dans la détermination de la loi  
applicable aux contrats commerciaux.**

**Directeur de mémoire**

- HO-DAC, Marion, Maître de conférence de droit privé. UVHC – FDEG



La réalisation de ce mémoire a été possible grâce au concours de plusieurs personnes à qui je voudrais témoigner toute ma reconnaissance.

En premier lieu, je voudrais adresser toute ma gratitude à la directrice de ce mémoire, Madame Marion HO-DAC, professeur à l'Université de Valenciennes et du Hainaut Cambrésis, pour sa disponibilité, sa patience et ses judicieux conseils qui ont contribué à alimenter ma réflexion.

Je remercie également la société ELECTRO DEPOT FRANCE, et notamment Monsieur Jérôme DUBRUILLE, Madame Florence WALLAERT, et Madame Justine MURZIN, ainsi que l'ensemble du personnel pour leur accueil et pour l'accompagnement fourni durant mon stage au sein de cette entreprise.

## Table des matières

<b>INTRODUCTION :</b> .....	<b>5</b>
<b>Partie 1 : La détermination de la loi applicable aux contrats commerciaux par le juge.</b> .....	<b>9</b>
<b>Titre 1 : Le rôle du juge dans la désignation de l'ordre juridique compétent pour traiter du litige.</b> .....	<b>9</b>
Chapitre 1 : L'application des règles de conflits de lois par le juge dans le cadre de la détermination de la loi applicable. ....	10
Chapitre 2 : La question posée par les conflits de système lors de la détermination de la loi applicable au contrat. ....	31
<b>Titre 2 : Le rôle du juge dans l'élaboration et l'application des normes internationalement impératives.</b> .....	<b>36</b>
Chapitre 1 : La détermination et l'application des lois d'applications immédiates par le juge.....	36
Chapitre 2 : Le contrôle et l'utilisation des normes internationales impératives dans la résolution du litige relatif à la recherche du droit applicable. ....	42
<b>Partie 2 : Le contrôle et la surveillance du juge dans la détermination de la loi applicable aux contrats commerciaux.</b> .....	<b>47</b>
<b>Titre 1 : Le contrôle et l'application de la loi choisie par les parties au contrat par le juge.</b> .....	<b>47</b>
Chapitre 1 : Le contrôle de la validité de la clause de choix de loi. ....	48
Chapitre 2 : Le contrôle et la preuve de la loi désignée par les parties au contrat.....	53
<b>Titre 2 : La mise en application de la loi applicable et le contrôle de son contenu par le juge.</b> ...	<b>56</b>
Chapitre 1 : Le rôle du juge dans l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de loi. ....	56
Chapitre 2 : Les mécanismes dérogatoires aux règles de coordination. ....	58
<b>Conclusion.</b> .....	<b>64</b>
<b>Bibliographie.</b> .....	<b>66</b>

## **INTRODUCTION :**

« *Le droit international est, pour les Etats, non seulement, un ensemble normatif, mais aussi un langage commun* »<sup>1</sup>. Il est vrai, en effet, que le droit international représente un socle commun permettant aux Etats de collaborer dans les différentes matières pouvant avoir une dimension internationale, et ainsi permettre de réguler des situations qui pourraient toucher la souveraineté de plusieurs Etats, et notamment le commerce international qui a pris, au fur et à mesure du temps, une place prépondérante dans l'économie des Etats mais également au sein de notre société actuelle.

Le commerce international représente les échanges de biens, de services, mais également de capitaux entre Etats. Ce type de commerce existe depuis des siècles mais connaît un essor important du fait de la mondialisation économique.

La mondialisation de l'économie traduit l'importance qui a été prise par le commerce international, comprenant donc les échanges de marchandises, mais également les échanges de biens immatériels, mouvements de capitaux mais également les prestations de services internationales.

Cette évolution du commerce international a débuté suite à la seconde guerre mondiale, se traduisant par le développement des ventes internationales de marchandises, que ce soit pour des matières premières, produits manufacturés ou des produits agricoles. De plus, ce développement du commerce international s'est accru avec l'internationalisation de la production, les entreprises nationales n'hésitant plus à s'implanter à l'étranger pour produire, pour des raisons de coûts notamment. De surcroît, au fur et à mesure du développement des services au sein des économies nationales, ceux-ci n'ont pas tardé à se développer également à l'international. Cette mondialisation croissante a également touché un secteur qui détient désormais une part plus qu'importante dans le commerce international, celui du transport. En effet, le transport international de marchandises, mais également de voyageurs a pris une place de plus en plus importante au sein des économies étatiques pour en devenir le principal moteur de développement. Pour exemple, si l'on prend le commerce par voie maritime en France, celui-ci représente 72% des importations et exportations, soit 305 millions de tonnes de marchandises

---

<sup>1</sup> Boutros Boutros-Ghali.

transportées par an et 12 millions de passagers. A un niveau international, les échanges par le biais du transport maritime, et surtout le transport maritime de marchandises, ont été multipliés par 4 de 1968 à 2012.

Ces chiffres traduisent le développement accru des échanges internationaux, et cela en raison de différents moteurs, comme les politiques économiques des Etats qui n'ont plus hésité à privilégier une approche internationale de leurs échanges, mais surtout en raison des politiques gouvernementales et notamment la construction de l'Union Européenne.

Effectivement, l'Union Européenne, qui est une organisation internationale qui regroupe un certain nombre d'Etats, aujourd'hui 28, et qui a eu pour vocation à sa création le développement d'un marché commun et d'une zone de libre échange au sein des Etats faisant partie de cette Union. De par son développement, l'Union Européenne a favorisé le développement des échanges internationaux, notamment en réduisant considérablement les frontières pouvant exister entre les Etats qui étaient à l'époque un frein au développement des échanges.

La base du développement économique européen se trouve dans le traité de Rome signé entre les premiers membres de l'Union Européenne le 25 mars 1957. Ce traité a instauré la Communauté Économique Européenne (CEE) qui a eu pour mission d'établir un marché commun et le rapprochement progressif des politiques européennes des Etats membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la communauté, et des relations plus étroites entre les Etats. Ce traité a donc instauré un marché commun dont les caractéristiques étaient une union douanière entre les Etats membres, ce qui signifiait la suppression des droits de douanes pour les marchandises échangées au sein de cette communauté, ainsi que l'établissement d'une politique commerciale et d'un tarif douanier commun pour les échanges avec les pays tiers, non-membres de la communauté. Ce traité de Rome a donc été fondé sur le principe de la libre concurrence, avec un principe de libre circulation des marchandises, des capitaux, des travailleurs et des entreprises. Il a également provoqué le rapprochement entre les législations des Etats membres, notamment en matière économique.

Ce développement d'un marché intérieur a eu pour conséquence le développement rapide du commerce intracommunautaire, multiplié par 6 de 1958 à 1970. La

signature de l'acte unique européen, en 1986, est venu achevé la construction du marché intérieur, couplé avec la signature du traité de Maastricht en 1992 qui est quant à lui venu crée l'Union Européenne en tant que telle.

Ce développement du commerce international, notamment par le biais d'une coopération internationale en matière économique et le développement d'outils permettant cette création, est venu poser des questions, particulièrement en cas de litige dans le cadre d'une relation économique internationale.

En effet, à l'origine, les litiges commerciaux étaient des litiges purement internes, concernant des ressortissants d'un seul et même Etat, soumis à une seule et même loi, celle de l'Etat. Cependant, cette internationalisation des échanges a provoqué l'internationalisation des situations juridiques, et donc la création de situation juridique internationale. Les contrats commerciaux ne touchent plus seulement deux ressortissants d'un même État, mais concernent des parties ayant des nationalités différentes, et donc des droits applicables distincts. La question du règlement de ces conflits s'est donc très rapidement posé et a conduit au développement du droit international privé et du droit du commerce international.

Le droit international privé est la branche du droit qui étudie le règlement des différends de droit privé présentant au moins un caractère d'extranéité, que les parties soient de nationalités distinctes, qu'elles résident dans des Etats différents ou qu'elles soient liées par des engagements pris dans un pays autre que leur pays de résidence.

Le droit international privé s'est développé, par le biais des Etats qui possèdent des règles de droit international privé au sein de leur droit nationaux, mais également par le biais des instances européennes, communautaires, et internationales.

En effet, chaque Etat possède dans son droit ses propres règles de droit international privé, que ce soit concernant les règles de conflit de juridiction qui régissent les problèmes causés par une situation internationale concernant la compétence du juge ayant vocation à traiter du litige, mais également au niveau des règles de conflit de loi qui vont permettre de déterminer la loi compétente pour traiter cette situation internationale.

Mais le droit international privé, et notamment les instruments que sont les règles de conflit de juridictions et de lois ont également été développés par les organisations communautaire comme l'Union Européenne par le biais de règlement européen tel que Bruxelles I bis concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>2</sup>, ou encore le règlement Rome I concernant la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>3</sup>.

Ces instruments de droit international privé vont permettre de déterminer, dans le cadre de rapports internationaux, le juge compétent, ainsi que la règle de droit compétente pour régir le litige issu de ces rapports internationaux.

La première étape du raisonnement est donc ici de déterminer le juge compétent pour traiter d'un litige né d'une situation juridique international comme peut l'être l'application du contrat commercial international. La compétence du juge va être réparti selon l'instrument qu'est la règle de conflit de juridiction. Cette règle va déterminer la compétence des tribunaux, en l'espèce dans ce sujet, français, concernant un litige international. Ces règles, illustrées notamment par le règlement Bruxelles I Bis, vont déterminer, par le biais de critères objectifs, quel est le juge compétent pour traiter d'un litige né d'une situation internationale. En l'espèce, dans le cadre de ce sujet, nous allons nous baser du point de vue d'un juge français, rendu compétent par une règle de conflit de juridiction ou en raison de considération impérieuse. Nous allons donc nous baser du côté du juge français et de son ordre juridique dans le cadre de cette étude.

La seconde étape, après avoir déterminé la compétence du juge, est celle de la détermination de la loi applicable à une situation internationale. Nous allons donc ici nous intéresser à la détermination de la loi applicable à une situation internationale, et plus précisément sur le rôle du juge dans la détermination de la loi applicable aux contrats commerciaux.

Pour cela, il est intéressant de nous pencher sur la détermination de la loi applicable aux contrats commerciaux par le juge étatique français, par le biais des instruments de droit international privé fournis par son propre ordre juridique, mais également par

---

<sup>2</sup> Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2012.

<sup>3</sup> Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.



les instances européennes (*Partie 1*), mais également sur le rôle du juge dans l'application de la règle de droit désignée comme compétente par les mécanismes de droit international privé (*Partie 2*).

### Partie 1 : La détermination de la loi applicable aux contrats commerciaux par le juge.

Les contrats internationaux posent une problématique sérieuse dans leur application et dans les litiges qui en découlent qui est celle de la détermination de la loi applicable au contrat : la loi applicable aux litiges naissant de l'application du contrat commercial international. En effet, le contrat étant international, il oppose dans son application des ordres juridiques distincts, avec des lois applicables distinctes, donnant une solution différente en fonction de la loi qui lui sera appliquée.

Le rôle du juge étatique est donc de déterminer quelles lois, quels ordres juridiques vont régir le litige qui lui est soumis, le contrat en question, cela avec parfois des particularités selon le type de contrat en cause. Il est donc nécessaire d'examiner le rôle du juge dans la désignation de l'ordre juridique compétent pour traiter du litige, notamment à travers les règles de conflit de loi prévues au sein des ordres juridiques nationaux, mais également à plus grande échelle, au niveau européen ou international (*Titre 1*). Il est également opportun d'examiner le rôle du juge dans la détermination des normes internationalement impératives comme les lois de polices, qui s'imposent et qui viennent court-circuiter l'effet des règles de conflits de lois, mais aussi le rôle du juge dans l'application de normes a-nationales désignées comme loi applicable par les parties au sein même du contrat (*Titre 2*).

### Titre 1 : Le rôle du juge dans la désignation de l'ordre juridique compétent pour traiter du litige.

La désignation de l'ordre juridique compétent pour régir un contrat international est la mission principale du juge étatique. En effet, le juge étatique a pour mission de déterminer, lorsqu'il a connaissance d'un litige ayant une dimension internationale, par l'intermédiaire des outils juridiques mis à sa disposition, de déterminer la loi qui sera applicable afin de régler ledit litige. Ces mécanismes, outils sont représentés par un mécanisme principal, unique, les règles de conflit de loi.

L'application des règles de conflit de loi par le juge est la méthode principale de détermination de la loi applicable à un contrat, à un litige, ce sont ces règles qui vont permettre de déterminer quel est l'ordre juridique compétent pour traiter le litige. Les

règles de conflits de lois répondent à une méthode bien spécifique, organisé par les droits nationaux mais également par les conventions internationales et européennes régissant des matières spécifiques (*Chapitre 1*), et se révèlent d'application immédiate pour le juge étatique, tant par le biais de son droit national, que par l'intermédiaire des conventions internationales qui s'appliquent d'office pour les États parties à la convention régissant les règles de conflits de lois, comme cela est le cas en Europe (*Chapitre 2*).

## Chapitre 1 : L'application des règles de conflits de lois par le juge dans le cadre de la détermination de la loi applicable.

La recherche de la loi applicable à un contrat international répond à une méthode spécifique développée par la doctrine qui est celle des règles de conflit de loi qui consiste en l'application de la loi la plus appropriée à la situation en cause, l'ordre juridique le plus compétent pour se prononcer sur le litige, méthode qui possède un caractère prioritaire sur les autres règles légales et qui oblige le juge étatique à procéder à son application d'office dans le cadre du règlement d'un litige posant cette problématique de loi applicable (*Section 1*). Cependant, la mise en action des règles de conflits peut parfois mener à l'existence d'un conflit de système empêchant de déterminer de façon précise la loi applicable au contrat et au litige en cause, il est donc du rôle du juge de régler ce conflit afin de permettre la résolution du conflit de loi (*Section 2*).

### **Section 1 : La méthode de la règle de conflit de lois dans la recherche de la loi applicable.**

#### **A. Les éléments du conflit de lois (la règle de conflits de lois).**

La règle de conflit de loi a vocation à régir, régler une situation de conflit de loi entre deux ordres juridiques différents. Cette notion de conflit de lois a pour éléments constitutifs deux notions bien distinctes. En effet, la situation de conflit de lois naît de la vocation concurrente de lois relevant d'au moins deux systèmes juridiques différents (1) à régir une même situation juridique internationale (2).

## 1. La concurrence de lois d'ordres juridiques distincts.

La règle de conflit de loi a pour rôle de régir, résoudre un conflit existant entre deux lois distinctes, ce conflit est la base même de la règle de conflit de loi. Il est donc nécessaire, tout d'abord, d'avoir cet élément constitutif qu'est le conflit de loi, la notion même de conflit entre deux ordres juridiques distincts, entre deux lois éventuellement applicable en fonction des circonstances de l'espèce.

En effet, il y a une situation de conflit de loi lorsqu'au moins deux lois d'ordres juridiques distincts ont vocation à être appliquées à une même situation juridique. En matière de commerce international, et notamment de contrat commerciaux, un conflit de loi peut être caractérisé par l'exemple suivant : Un contrat international de distribution entre une société Belge établie à Quiévrain, qui est le distributeur, et un fournisseur établi à Valenciennes, dans lequel se présente un défaut d'exécution partielle à cause du fournisseur basé à Valenciennes qui n'a pas fourni l'ensemble des biens qu'il devait normalement fournir aux termes du contrat.

Cependant, la terminologie de conflit est trompeuse. Ici, le terme « *conflit* » ne veut en aucun cas signifier un antagonisme ou une contradiction des lois en présence, même si cela peut être possible dans les faits, ce n'est pas le cas dans la signification de manière générale. En effet, il n'y a pas d'antagonisme, d'opposition dans les relations de droit privé entre des systèmes juridiques nationaux distincts, dans leur application de l'une à la préférence de l'autre. Cette appréciation a été celle qui prédominait lors de l'institution des premières règles de conflits de lois, des premières règles permettant de déterminer quelle est la loi appliquée à une situation, à un contrat présentant une concurrence d'ordres juridiques distincts. Même si l'on a pu penser, à cette époque, que le conflit d'ordres juridiques différents avait pour conséquence un conflit de souveraineté étatique, cette considération est cependant révolue aujourd'hui, les Etats étant indifférents au choix de la loi applicable aux relations de droit privé et cela en vertu de leur qualification de sujets de droit international public.

Cependant, la doctrine contemporaine est venue opposer des configurations particulières, notamment en opposant « *faux conflits* » et « *vrais conflits* ». En effet, la question s'est posée concernant ce conflit de lois, et notamment l'hypothèse où deux lois de deux ordres juridiques distincts ont vocation à s'appliquer. Le problème

qui se pose ici, la question que l'on peut valablement se poser est celle des situations où les lois applicables, ayant vocation à s'appliquer, sont régies par des conventions internationales impliquant donc que les deux lois en question ont le même contenu, aboutissant donc à la même solution. Est-il nécessaire dans cette situation de rechercher la loi applicable dès lors que les deux ordres juridiques en concurrence apporteraient la même réponse juridique à la question qui leur serait posée ?

C'est ici qu'est intervenue la doctrine en opposant deux situations, celle des « *faux conflits* » et celle des « *vrais conflits* ». Pour la doctrine contemporaine, le « vrai conflit » serait celui qui met en présence des lois de contenus différents revendiquant un même champ d'application alors que le « *faux conflit* », quant à lui serait celui qui met en présence des lois au contenu similaire ou même distinct mais avec un champ d'application qui ne se recoupe pas. Pour cette même doctrine, ce serait donc les « *vrais conflits* » qui devraient donner lieu à l'effectivité d'un conflit de loi et de la mise en œuvre de la méthode conflictuelle afin de régir une situation juridique. Cette distinction montre bien que le droit international privé ne tranche pas des conflits de souveraineté mais des conflits d'intérêts privés, entre particuliers, et c'est notamment ce qui ressort de l'arrêt de la Cour de cassation réuni en sa première chambre civile du 13 avril 1999, « *Compagnie Royale Belge* »<sup>4</sup>. Dans cet arrêt était en cause un accident de la circulation entre un automobiliste français et un cheval appartenant à un ressortissant belge. La cour de cassation est intervenue suite à la décision du juge de première instance qui avait, pour juger responsable le propriétaire de l'animal, fondé sa décision sur les codes civils français et belges, refusant ainsi d'exercer son office quant à la détermination de la loi applicable et méconnaissant donc la convention de La Haye du 4 mai 1971. Les juges du quai de l'horloge ont considéré que du fait de l'équivalence entre la loi appliquée au litige et celle désignée par la règle de conflit, le choix de l'une ou l'autre des lois applicables aurait mené aux mêmes conséquences. Cette décision des juges du droit distingue ici bel et bien la différence faite entre les « *faux conflits* » de lois et les « *vrais conflits* » de lois qui quant à eux, feront l'objet de la méthode conflictuelle et des conventions internationales en matière de conflit de loi.

---

<sup>4</sup> Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> Chambre civile, 13 avril 1999, n° de pourvoi : 96-22487.

Cette solution illustre également le fait que « *l'équivalence des lois* » en concurrence peut, de façon ponctuelle et sous contrôle du juge, paralyser le jeu du conflit de loi. C'est notamment le cas, dans l'arrêt cité ci-dessus, lorsque la Cour de cassation décide de ne pas censurer les juges du fond qui auraient appliqué, dans le cadre des affaires se présentant à eux, la loi française à la place de la loi étrangère compétente car l'application de celle-ci aurait mené au même résultat que celui atteint par l'application de la loi française.

Toutefois, dans cette notion de concurrence de lois applicables, et notamment dans la distinction apportée par la doctrine et le juge étatique sur les « *vrais conflits* » et « *faux conflits* », il est nécessaire d'apporter quelques nuances.

Tout d'abord, la découverte et l'émergence de « *faux conflits* » de lois peuvent se faire dans un but purement correctif, notamment dans la défaillance du juge étatique dans la mise en application de la règle de conflit de lois. En effet, cette reconnaissance d'un « *faux conflit* » par le juge, notamment de la Cour de cassation, est souvent fait pour réhabiliter les solutions auxquelles les juges du fonds ont notamment abouties, et cela en malmenant les règles de conflits de lois, voir même dans le but d'éviter l'application de ces règles de conflits de lois. De plus, dans le raisonnement du juge face à un conflit de lois, le contenu de la loi étrangère et ou des lois étrangères susceptibles d'être applicables au litige ne sont connues du juge français qu'après des recherches approfondies, recherches qui sont le plus souvent réalisé postérieurement à la mise en application de la méthode conflictuelle.

De plus, il est intéressant de noter que dans le cadre d'une équivalence des lois, en présence d'un « *faux conflit* », certaines lois peuvent justement ne pas avoir d'équivalence. C'est notamment ce qu'est venu illustrer l'arrêt « *HOCKE* » de la Cour de cassation en date du 4 mars 1963<sup>5</sup>. En l'espèce, M. HOCKE avait tiré plusieurs lettres de change, en garantie desquelles M. SCHUBEL avait donné son aval, mais sans préciser l'identité du bénéficiaire de l'aval. L'aval profitait au tireur de la lettre de change ou au tiré ? C'est la question qui a été posée à la Cour de cassation dans cet arrêt. Cependant, dans le cas d'espèce, deux Etats, ordres juridiques étaient en concurrence, la France et l'Allemagne, parties à la convention de Genève du 7 juin 1980 sur les lettres de changes et les billets à ordre. De ce fait, les règles nationales

---

<sup>5</sup> Arrêt en rejet de la Cour de cassation, 4 mars 1963.

en matière de lettres de changes étaient en principe identiques, du fait de la signature et de la ratification de la convention de Genève, servant à unifier les réglementations européennes dans ce secteur. Toutefois, le problème résidait ici dans l'interprétation de la présomption, simple en Allemagne, irréfragable pour les juges français. La Cour de cassation a, de ce fait, mis en application les règles de conflits de lois touchant à la lettre de change, quand bien même une équivalence de lois devait exister en principe en vertu de la convention de Genève unifiant le régime de la lettre de change. La loi applicable à ce litige a été le droit allemand, en vertu des règles de conflits de lois, impliquant l'application de la loi unifiée par le traité, commune à la loi française, mais sous l'interprétation allemande quant à la nature de la présomption. Cet arrêt illustre parfaitement le fait que malgré l'unification des règles substantielles, que ce soit à un niveau européen ou international à plus forte mesure, ne supprime pas toujours l'hypothèse d'un conflit de lois.

Un autre point doit être abordé, et non des moindres, même s'il se révèle en réalité rare et peu probable, il reste envisageable. S'il est nécessaire, dans le cadre d'un conflit de lois, que divers ordres juridiques soient concernés par la question posée, il est nécessaire que ces ordres juridiques soient dans la capacité de résoudre la question posée. En effet, la capacité des Etats à répondre aux questions qui leur sont posées peut se révéler inexistante, même si cette hypothèse demeure rare. En effet, le droit international public qui régit les relations entre les sujets de ce système juridique que sont les Etats et les organisations internationales, peut priver un ou plusieurs de ses sujets de compétence relativement à une question prédéfinie et donc rendre l'Etat inapte à répondre à telle ou telle question. C'est notamment le cas lorsque la question de la nationalité française se pose pour un autre Etat que la France, la France étant le seul Etat pouvant se prononcer sur cette nationalité et sa façon de l'obtenir. Le droit international public a donc la possibilité de neutraliser les conflits de lois à la source, avec des compétences exclusives données aux Etats. Il ne peut donc y avoir de conflit de lois sur ces questions.

La concurrence de lois entre deux ordres juridiques distincts étant une caractéristique essentielle pour caractériser un conflit de loi, elle n'en est pas le critère essentiel. En effet, en plus de cette concurrence légale, il est nécessaire que la situation ait une dimension internationale.

## **2. L'internationalité de la situation juridique.**

Si la concurrence entre deux ordres juridiques distincts caractérise un conflit de lois, cette concurrence n'est possible que si la question concernée touche plusieurs Etats. L'internationalité de la situation juridique est un élément essentiel à l'intervention du droit international privé et des règles de conflits de lois qui en sont l'outil principal. Le droit international privé s'applique en présence d'une situation internationale entre personnes privées, les points de rattachements étant appelés des éléments d'extranéité. Il faut avoir recours à la notion d'éléments d'extranéités pour déterminer si l'on est face à une relation juridique internationale ou non.

Pour qu'une relation juridique soit considérée comme internationale, il faut qu'en son sein on puisse identifier des éléments étrangers par rapport à l'ordre juridique de référence (FOR). Il faut savoir si l'on peut trouver des éléments étrangers par rapport au FOR de référence, par rapport à l'ordre juridique français. Ce sont ces éléments d'extranéité qui vont permettre de déterminer si une situation a une dimension internationale ou purement nationale. Si l'on trouve ces éléments d'extranéité, il faudra appliquer le droit international privé et les mécanismes qui en découlent, notamment dans la détermination de la loi applicable. Pour expliciter cela, il est possible de prendre l'exemple d'un contrat de transport entre une entreprise de transport située en Belgique et un client basés en France pour le transport d'une marchandise en Italie. Un litige se pose touchant à l'inexécution partielle du contrat de transport par le transporteur lui-même. Dans cette situation, les éléments d'extranéité pertinents pour qualifier la situation d'internationale vont être ici les nationalités des parties, ainsi que le lieu de livraison des marchandises en Italie. En raison de ces éléments, le contrat de transport sera considéré comme international en raison des divers éléments d'extranéité présents en l'espèce.

Il est ici nécessaire d'évoquer un phénomène qui a son importance en l'espèce, celui de l'internationalisation croissante des relations d'affaires qui oblige les personnes privées à s'adapter à la mondialisation économique. Le développement du commerce international a transformé le rôle du droit international privé, dédié à l'origine principalement aux règlements des litiges conjugaux ou successoraux confrontés aux soucis posés par les frontières. Le commerce international pose ces soucis de détermination de la loi applicable, donnant alors au juge un rôle plus

important qu'auparavant. De plus, des contrats conclus de manière purement nationale peuvent se transformer en contrats internationaux du simple fait du changement de certaines circonstances comme une fusion internationale, l'exécution du contrat par un sous-traitant étranger.

L'internationalité de la situation juridique est donc un élément essentiel pour l'application des règles de conflits de lois. Cependant, cette situation d'internationalité et ses conséquences ne sont pas toujours perçues par les juges ou par les parties, que ce soit de façon volontaire ou involontaire. A défaut d'éléments d'extranéité, il n'y aura pas de conflit de lois possible et donc pas d'application possible des règles de conflits de lois. Cette exigence d'internationalité est dans la majorité des cas évidente car si tous les éléments de la situation sont localisés sur le territoire du FOR, elle conduira toujours à la désignation de la loi du FOR, tous les critères de rattachement y étant situés.

Il est important de noter que tous les éléments d'extranéité ne suffisent pas à caractériser une réelle situation internationale, ceux-ci doivent être pertinents au regard de la situation en cause<sup>6</sup>. Cela revient à une obligation plus importante qui est la justification d'un intérêt à agir. Les parties ont l'obligation d'alléguer des faits et des éléments pertinents au regard de l'effet juridique recherché. C'est notamment le rôle du juge que de contrôler la pertinence de ces éléments d'extranéité.

La condition d'internationalité de la situation en cause doit être spécialement recherchée et vérifiée si le mode de désignation de la loi applicable est défini par les parties elles-mêmes, notamment en matière contractuelle ou si le procédé utilisé est celui de l'élaboration d'une règle matérielle, spécialement adaptée aux situations internationales. En effet, permettre aux parties d'appliquer une loi étrangère alors même que tous les éléments de rattachements sont situés sur le territoire du FOR, de l'ordre juridique de référence, reviendrait à donner la possibilité aux parties d'échapper aux réglementations en vigueur et ainsi se voir appliquer une loi plus favorable alors même que celles-ci n'en sont pas assujetties. Cette pratique est celle

---

<sup>6</sup> Jean-Luc ELHOUËISS considère dans son ouvrage « *L'élément d'extranéité préalable en droit international privé* » (*JDI 2003, p39 et suivant*) que l'élément d'extranéité ne serait pas un préalable à l'application du droit international privé du FOR mais qu'il agirait comme une limite à l'application des règles du for lui-même.



du LAW SHOPPING<sup>7</sup> consistant à donner la possibilité à un demandeur de choisir la loi applicable au litige. Même si certaines normes internationales permettent cette méthode, notamment dans la constitution de la société européenne qui permet ce LAW SHOPPING, cette option pour les parties est de plus en plus combattue par le juge et les instances européennes.

De plus, il est opportun, dans le cadre du développement du droit européen depuis plus d'une trentaine d'années, et du développement d'un espace unique européen notamment, de distinguer l'internationalité touchant des espaces régionaux comme l'est devenue l'Union Européenne et les relations extérieures à cet espace régional. Compte tenu des constructions européennes, il est intéressant de remarquer que cette construction a créé une logique différente consistant à apprécier l'espace régional comme un ordre juridique interne élargi à l'ensemble des membres de l'Union Européenne dans la recherche de la loi applicable. Effectivement, le juge étatique, lorsqu'il est dans l'obligation de résoudre un conflit de loi, ne se résout plus seulement à déterminer si le litige est purement interne au FOR de référence comme cela pouvait être le cas aux prémices du droit international privé, mais doit désormais se poser la question de savoir si le litige concerne le droit du FOR de référence, et si ce n'est pas le cas, si celui touche au droit d'un Etat membre de l'Union Européenne ou au droit d'un Etat tiers à l'Union Européenne. Ce raisonnement est désormais une réflexion nécessaire et obligatoire, les instruments utilisés pour régler un conflit de lois étant distinct selon que l'on se situe dans une situation nationale, européenne (*régionale*) ou internationale. Ce même raisonnement peut être appliqué à plus grande échelle, notamment avec les relations touchant les pays tiers, des conventions bilatérales pouvant exister entre deux Etats, comme c'est notamment le cas entre la France et l'Egypte<sup>8</sup>. Il est donc du rôle du juge de n'avoir plus seulement un raisonnement purement interne à l'Etat comme FOR de référence, mais également un raisonnement régional et international dans l'appréciation de la loi applicable.

---

<sup>7</sup> Faculté offerte à un demandeur en raison de la diversité des règles de procédure de choisir la loi compétente pour connaître du litige en cause. Certaines règles nationales permettent de choisir son tribunal (FORUM SHOPPING) et par la même occasion sa loi (LAW SHOPPING).

<sup>8</sup> La France et l'Egypte sont liées par la convention de coopération judiciaire en matière civile, y compris le statut personnel, et en matière commerciale, sociale et administrative en date du 15 mars 1982.

## **B. La méthode de la règle de conflit de lois.**

Comme analysé précédemment, on parle de conflits de lois pour signifier que la loi du FOR, de l'ordre juridique de référence est potentiellement en concurrence avec des lois étrangères qui sont principalement les lois des ordres juridiques concernés par la situation internationale en cause. Le conflit de loi recouvre les hypothèses dans lesquelles le FOR peut appliquer à une situation juridique donnée une loi autre que sa propre loi, une loi étrangère.

Une règle de conflit de lois peut être définie comme une règle de choix entre plusieurs lois susceptibles de régir une même situation internationale, sans préjuger la question de savoir si le choix porte sur la règle applicable à la question posée ou sur les ordres juridiques dans lesquels cette règle doit être recherchée.

La règle de conflit de lois constitue l'archétype de la méthode indirecte de désignation de l'ordre juridique applicable. En effet, cette méthode a pour caractéristique de ne pas donner directement la solution au conflit de loi qui se pose au juge. En effet, la règle de conflit de loi ne fait que déterminer la loi qui sera applicable en l'espèce, elle n'indique en aucun cas la solution applicable au fond. Elle se limite à désigner un système juridique et c'est uniquement dans un second temps que l'on va trouver la solution de droit matériel. La solution du litige et la désignation du droit substantiel régissant le litige sont indirectes et passent par l'étape de la règle de conflit.

La désignation de la loi applicable par la règle de conflit se fait de façon neutre et s'énonce en principe sous forme abstraite. En effet, la règle de conflit désigne la loi applicable à un délit civil sans attacher la moindre importance aux circonstances de la commission dudit délit. Toutefois, cette neutralité de la règle de conflit s'est toujours révélée relative et nuancable car il est ardu de différencier les raisons qui fondent le choix du rattachement d'une situation donnée à une loi des valeurs qui sous-tendent les conséquences juridiques substantielles de cette situation. D'ailleurs, cette approche de la règle de conflit n'est pas partagée par toute la doctrine internationale, notamment par la doctrine américaine qui considère que la nature neutre et abstraite de la règle de conflit est « *une aberration* » en ce sens qu'elle constitue un « *mode de désignation aveugle, mécanique* ».

La méthode de la règle de conflit de lois est donc la méthode principale dans la détermination de la loi applicable, la méthode la plus utilisée par le juge et dont celui-ci a le plus recours dans le cadre de son office. Cette règle de conflit de loi possède des fonctions bien précises (1) et une structure spécifique lui permettant de déterminer quelle loi sera applicable (2).

### **1. La fonction de la règle de conflit de loi dans la détermination de la loi applicable.**

Il ressort de la doctrine que la règle de conflit de loi possède deux fonctions bien déterminées, une fonction régulatrice, notamment de l'ordre public (a) et sa fonction prioritaire qui est celle de la détermination de l'ordre juridique compétent (b).

#### ***a. La fonction régulatrice de la règle de conflit de loi.***

En matière de règle de conflit de loi, la doctrine s'est longtemps opposée sur la fonction de la règle de conflit, opposant une fonction politique à une fonction purement technique.

Effectivement, une partie de la doctrine a longtemps considéré que la règle de conflit revêtait une fonction purement politique notamment en ce qu'elle soulève un conflit de souveraineté étatique entre les Etats connaissant un conflit de loi, mais également une fonction régulatrice, au service d'une fonction de régulation publique.

Une autre partie de la doctrine, opposée à cette considération de la règle de conflit, voit davantage en celle-ci une fonction technique dans la détermination de la loi applicable à une situation de droit privé international.

Considéré que la règle de conflit de lois peut avoir une fonction régulatrice revient à convenir que la règle de conflit de loi peut être utilisée au service de fonction de régulations publiques. En effet, il convient d'admettre que l'Etat, dans son rôle de régulateur social fixe des objectifs à travers ses règles de droit public mais également via les règles de droit privé, où se trouvent les règles de conflit de loi. Celles-ci peuvent donc jouer un rôle, ce que pense notamment le professeur Horatia Muir Watt. Cette fonction régulatrice est aussi valable dans le droit européen, vivier principal dans la création de règle de conflit, notamment à notre époque.

Le professeur Muir Watt<sup>9</sup>, notamment, a démontré le fait que la règle de droit institué au sein du règlement du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles en matière d'atteinte à l'environnement est de nature à prolonger l'action publique en matière environnementale.

Cette idée que la règle de conflit peut servir d'outil dans la régulation publique n'est pas incompatible avec le modèle de la règle de conflit savinienne qui peut fournir les instruments propices à la poursuite d'objectifs de politique publique. Cependant, la fonction principale de la règle de conflit reste la détermination de la loi applicable.

***b. La fonction de détermination de la loi applicable.***

La fonction principale de la règle de conflit reste la détermination de la loi applicable à un litige, à une situation donnée dont le juge a à connaître lors de son office. La doctrine européenne, et notamment française considère que le choix du droit applicable est la recherche d'un système juridique dans lequel on identifie une norme matérielle apte à régir la situation juridique en cause. Il convient donc de dire que la règle de conflit de loi ne détermine pas une loi précise comme applicable, mais un ordre juridique dans son ensemble, dans lequel on va ensuite rechercher la règle applicable à une situation donnée. Cependant, la règle de conflit est de moins en moins générale et se spécialise dans des matières précises telles que le droit commercial, le statut des biens, la capacité des personnes etc. La règle de conflit elle-même ne sert plus à l'harmonisation des systèmes juridiques mais au rassemblement de situations particulières.

Il convient donc de considérer que la règle de conflit de loi possède le rôle, la mission de trancher un litige touchant à la détermination de la loi applicable à une situation donnée, et cela avant tout autre rôle. Le juge, lors de son office, va se servir de ces règles de conflits pour déterminer quel sera l'ordre juridique compétent pour régir une question, une situation.

Toutefois, outre la détermination du rôle de la règle de conflit de loi, il est intéressant de s'attacher à la structure même de cette règle de conflit dans la désignation de

---

<sup>9</sup> Horatia Muir Watt, « Rome II et les intérêts gouvernementaux : pour une lecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle », LGDJ 2008, p195.

l'ordre juridique compétent, de l'articulation de celle-ci dans son utilisation par le juge.

## **2. La structure de la règle de conflit de loi dans la désignation de l'ordre juridique compétent.**

Dans la composition d'une règle de conflit de loi, il existe une diversification méthodologique touchant à la structure même de cette règle, avec une structure classique comme celle développée par Friedrich Carl Von Savigny, juriste prussien, devenue la règle de conflit classique (a). Cependant, ces règles de conflits de lois peuvent avoir une structure différente et des composantes particulières (b).

### ***a. La règle de conflit de lois classique d'inspiration savinienne.***

Dans l'esprit de Savigny et dans ses œuvres doctrinales, l'existence d'un conflit de loi ne doit pas être appréhendée comme un conflit de souveraineté entre les Etats mais comme un conflit de solution. La règle de conflit permet de choisir entre une solution offerte par la loi du FOR, de l'ordre juridique de référence et la solution offerte par la loi étrangère.

Pour cela, Savigny, dans ses œuvres et recherches, a proposé de choisir la loi avec laquelle la situation juridique présente les liens les plus étroits, ce qui nécessite de localiser le rapport de droit en cause, on parlera alors de siège du rapport de droit. Une fois identifié, cela permet d'affirmer que la loi applicable, l'ordre juridique compétent est la loi du siège du rapport de droit. Cette méthode est donc construite en raison de la localisation de la situation juridique et non pas sur une rivalité entre les Etats au nom d'une souveraineté étatique comme cela pouvait l'être à l'origine du droit international privé et des premières constructions de règle conflictuelle.

Cette règle de conflit savinienne, classique, présente une construction particulière et des caractères qui font de cette méthode la méthode la plus adaptée pour effectuer le travail de recherche de loi applicable.

Tout d'abord, comme la plupart des méthodes de résolution de conflit, la règle de conflit « *savinienne* » est une méthode indirecte de résolution du litige en ce qu'elle ne donne pas directement la solution au litige relatif à la détermination de la loi applicable. Cette règle de conflit se contente uniquement de déterminer la loi

applicable, l'ordre juridique compétent pour traiter la question qui se pose au juge, ordre juridique dans lequel il sera ensuite nécessaire de rechercher la règle matérielle adéquate.

De plus, la règle de conflit classique « *savinienne* » a un caractère bilatéral en ce qu'elle désigne à égalité la loi du FOR, de l'ordre juridique de référence ou la loi étrangère. La plupart des règles de conflit obéissent aujourd'hui à cette bilatéralité. C'est notamment la méthode employée par le règlement Rome 1<sup>10</sup> sur la loi applicable aux obligations contractuelles, notamment en matière de contrat de prestation de service avec la loi de la résidence habituelle du prestataire.

Il est intéressant ici d'évoquer le rôle du juge dans le caractère bilatéral de certaines règles de conflit, tant en droit des affaires qu'en droit de la personne. En effet, le juge se révèle avoir un rôle dans la détermination des règles de conflit, notamment dans la mise en place de leur structure. Effectivement, le juge, de par son rôle et de par sa mission, a le pouvoir de déterminer si une règle de conflit aura un caractère bilatéral ou unilatéral. Le juge influe donc sur la nature même d'une règle de conflit et sur son fonctionnement. C'est notamment le cas avec l'article 3<sup>11</sup> du code civil qui avait auparavant, dans sa construction, une nature unilatérale dans la détermination de la loi applicable concernant les immeubles et l'état et la capacité des personnes.

La jurisprudence a transformée cette structure de par son intervention pour que celle-ci devienne une règle de conflit bilatérale. Cette règle de conflit qui était auparavant entendue comme un critère de rattachement en fonction de la nationalité française est devenue une règle de conflit bilatérale en ce qu'il faut désormais l'entendre dans le sens où l'état et la capacité des personnes sont régis par la loi nationale, non plus seulement française, mais également étrangère en présence d'un ressortissant n'ayant pas la nationalité française. On voit donc que cette règle de conflit désigne désormais deux lois à égalité, que ce soit la loi du FOR ou la loi étrangère en fonction des circonstances de l'espèce, alors même qu'à l'origine, cet

---

<sup>10</sup> Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome 1).

<sup>11</sup> Article 3 du code civil : « *Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résident en pays étrangers* ».

article n'avait vocation à s'appliquer uniquement aux ressortissants ayant la nationalité française.

La règle de conflit classique est de nature abstraite car elle est indépendante de la teneur des lois potentiellement applicables, elle se borne à désigner un ordre juridique compétent, et non une disposition de façon précise. De plus, celle-ci est neutre. La règle de conflit étant élaborée par le législateur ou par le juge, la désignation de la loi applicable se fait sans attacher d'importance au contenu substantiel du droit désigné. Lorsque le législateur ou le juge déterminent un rattachement à un ordre juridique, ce choix est objectif et ne prend pas en compte les règles matérielles qui s'appliqueront par la suite. Cela est fait dans le but de ne pas favoriser un droit plutôt qu'un autre dans la détermination de la loi applicable.

#### ***b. La diversification des méthodes de résolution de conflits de lois.***

Les méthodes de conflit de lois ont fait l'objet d'une diversification notamment du fait de la remise en question de la règle de conflit de loi dans les années 60, notamment du fait de sa rigidité et de son caractère abstrait jugé parfois trop prononcé pour une bonne détermination de la loi applicable, notamment par le biais d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 30 mai 1967<sup>12</sup> où deux français se sont rendus en Allemagne, ont connu un accident et dont le juge français a dû connaître pour la réparation des préjudices. Le juge, dans son office, avait déterminé que la loi applicable en matière délictuelle était le lieu de commission du délit, ici l'Allemagne, rendant donc la loi Allemande compétente. Le problème soulevé par cet arrêt et notamment par la doctrine a été que l'on a appliqué à des ressortissants français une loi moins favorable que leur loi nationale, la loi allemande ne reconnaissant pas le préjudice moral, empêchant donc toute indemnisation de ce dit préjudice. Cette méthode classique s'est vu reprocher une application trop mécanique, ne prenant pas en compte les spécificités du droit international. D'autres méthodes ont alors émergé afin de déterminer une loi applicable et résoudre des litiges qui pouvaient se poser au juge durant son office.

---

<sup>12</sup> Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, audience publique du mardi 30 mai 1967, publié au bulletin.

Tout d'abord, la règle de conflit unilatérale a connu un certain intérêt. Cette méthode a pour particularité de résoudre de façon arbitraire un conflit de loi en faveur d'une seule et unique loi qui est la loi du FOR, de l'ordre juridique de référence. Dans l'affaire judiciaire précédemment citée, cela aurait entraîné l'application de la loi française, plus favorable dans la réparation du préjudice, ce que préconisait notamment la doctrine. Cette méthode s'oppose à la méthode classique savinienne en ce qu'elle part de la loi pour définir les situations internationales auxquelles elle s'applique alors que la règle bilatérale va s'intéresser aux situations juridiques internationales pour rechercher et définir la loi applicable. Cette règle de conflit unilatérale reste cependant moins fréquente que la règle de conflit classique.

La seconde méthode est une méthode indirecte, bilatérale, proche de la règle de conflit classique précédemment énumérée mais ne possède pas le caractère neutre. La règle de conflit à coloration matérielle est orientée vers la recherche d'une solution matérielle, avec une méthode conflictuelle comme la règle de conflit classique mais avec une composante matérielle prononcée. C'est notamment le cas lorsque les parties obtiennent la possibilité, par une règle de conflit, de choisir entre plusieurs lois applicables, par le biais de rattachement alternatif donnant aux parties la possibilité d'un choix, ce qui n'est pas le cas en matière de règle de conflit classique savinienne. Il existe le même fonctionnement mais à un niveau différent. En effet, il existe des directives conflictuelles à caractère substantiel qui vont permettre aux juges, et non plus aux parties, de faire le choix entre différentes lois applicables à un litige.

La structure de la règle de conflit joue un rôle dans la détermination de la loi applicable en ce qu'elle permet au juge de déterminer une loi applicable en fonction de différents critères, différentes méthodes pouvant varier et apporter des solutions différentes au juge durant son office. Cependant, le point essentiel de ces règles de conflit, outre leur constitution et les solutions offertes par celle-ci, réside dans l'application de ces règles de conflit et leur effectivité, leur impérativité au juge ainsi qu'aux parties. En effet, une règle de conflit n'aurait d'impact si celle-ci n'était pas impérative, si celle-ci ne s'imposait pas aux juges étatiques ainsi qu'aux parties.



## **Section 2 : L'application d'office de la règle de conflit de lois par le juge étatique.**

La question de la force obligatoire de la règle de conflit de loi se pose au stade de la détermination de la loi applicable par le juge. *Le juge est-il dans l'obligation d'appliquer le système de conflit de loi dès lors qu'une situation présente un caractère international ?* La force obligatoire des règles de conflits se pose, à deux stades différents. Tout d'abord, la règle de conflit possède une force obligatoire en fonction du droit qu'elle concerne, que ce soit un droit disponible ou indisponible. Nous allons ici nous intéresser aux droits disponibles, étant dans le cadre de la résolution d'un conflit de loi en matière de contrats commerciaux. Mais la force obligatoire varie également en fonction des sources dont la règle de conflit de lois dépend. En effet, la force obligatoire de la règle de conflit sera distincte selon que l'on se trouve face à une règle de conflit de loi d'origine interne ou d'origine régionale, européenne dans le cadre de la France et de son intégration à l'Union Européenne (A). Il existe cependant des exceptions à l'impérativité de la règle de conflit de loi qui permettent de déroger à l'application de la règle de conflit (B).

### **A. L'obligation relative d'appliquer la règle de conflit pour le juge.**

L'impérativité des règles de conflits de lois a trouvé sa source dans la jurisprudence et dans l'application qu'on put faire les juges des règles légales prévues dans l'ordre juridique français. En effet, même si les règles de conflits se trouvent et sont instituées dans les textes légaux tel que le code civil, leur impérativité, leur effectivité et surtout leur application ont longtemps dépendu des juges étatiques et notamment des juges du quai de l'horloge qui ont, par le biais de leur jurisprudence, fait évoluer le régime de la règle de conflit de loi. Les solutions jurisprudentielles sont divergentes mais l'évolution complexe de la jurisprudence tend néanmoins aujourd'hui vers une application d'office de la règle de conflit de loi.

Selon le célèbre arrêt BISBAL<sup>13</sup> « *les règles françaises de conflits de loi, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application, et qu'on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère et de faire, en ce cas, appel à la loi interne française laquelle a vocation à*

---

<sup>13</sup> Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 12 mai 1959, *rev. Crit.* 1960. 62, note Battifol, *Clunet* 1960.810, note Siatelli, *D.* 1960. 610, note Malaurie, *JCP* 1960. II. 11733, note Motulsky.

*régir tous les rapports de droit privé* ». Cet arrêt a été pendant longtemps une source de critique à l'égard de la Cour de cassation, notamment concernant son appréciation du caractère obligatoire de la règle de conflit, la Cour de cassation considérant que les règles de conflits de loi n'avaient aucune valeur impérative en ce sens qu'elles n'étaient pas d'ordre public, n'obligeant en aucun cas le juge étatique à relever la règle de conflit de loi pour rechercher la loi applicable.

Les critiques se sont intensifiées suite à l'arrêt « *Compagnie Algérienne de crédit et des banques c/ Chemouny* »<sup>14</sup> où la Cour de cassation a estimé « *qu'il était loisible à la Cour d'appel de rechercher le contenu de la règle de conflit et d'appliquer d'office la loi étrangère compétente* ». Il ressort de cet arrêt plusieurs éléments alimentant les critiques au sujet des règles de conflit de loi et de leur impérativité. En effet, cet arrêt a fait des règles de conflits françaises une sorte de sous-droit, le juge n'étant pas dans l'obligation de l'appliquer, la Cour de cassation rappelant que les règles de conflit de loi françaises n'étaient considérées comme d'ordre public.

Cependant, malgré le fait qu'une règle ne soit pas d'ordre public, elle s'impose aux parties au litige, celles-ci ne peuvent y déroger. De plus, le juge se doit d'appliquer une norme dès lors que les conditions sont remplies, que cette règle de droit soit d'ordre public ou non.

Ces précédents jurisprudentiels ont suscité de nombreuses critiques de la part de la doctrine, notamment vis-à-vis de l'appréciation faite sur l'impérativité des règles de conflits de loi dans la résolution de litiges internationaux. Ces arrêts montrent cependant le rôle du juge dans l'appréciation de celui-ci concernant les règles de conflits de loi et la possibilité pour celui-ci de faire varier le degré d'importance, d'impérativité de telles règles. Le rôle du juge a donc été primordial dans l'élaboration des règles de conflits et dans leur effectivité. Le juge, en plus de son rôle habituel consistant à trancher les litiges qui se présentent à lui, dispose d'une réelle force normative, ou du moins une réelle force de décision dans l'application et le plein effet de normes telles que celles-ci. Ce rôle va s'illustrer davantage par la suite avec les évolutions et les révolutions jurisprudentielles qui vont suivre en donnant une pleine effectivité aux règles de conflits de lois.

---

<sup>14</sup> Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 2 mars 1960, *Rev. crit.* 1960. 97, note Battifol, *Clunet* 1961, 408, note Goldman, *JCP* 1960. II. 11734, note Motulsky.

La première évolution vers une impérativité, sur la fixation d'un régime d'application de la règle de conflit est intervenu avec l'arrêt « *Société THINET* »<sup>15</sup> qui est notamment venu répondre à une critique récurrente sur l'arrêt « *BISBAL* » de 1959. Dans cette affaire, aucune des deux parties n'avaient invoqué la règle de conflit alors qu'une loi étrangère était normalement compétente, les juges du fond ont alors appliqué le droit français. Toutefois, lors du pourvoi en cassation, une des parties va finalement invoquer la règle de conflit. La cour de cassation a tranché et a considéré que « *les juges du fonds n'avaient pas à appliquer la règle de conflit dans une matière où les parties avaient la libre disposition de leurs droits* ». La Cour de cassation a donc, pour la première fois, posée des conditions quant à l'impérativité des règles de conflit. Selon elle, le juge n'a pas à appliquer d'office la règle de conflit de lois lorsque les parties ont la libre disposition de leur droit, comme en matière contractuelle, ce qui implique que lorsque les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits, comme en matière de droit à la personne, état et capacité des personnes, le juge se doit d'appliquer la règle de conflit d'office.

Ce régime a été accentué par deux avancées jurisprudentielles consécutives via deux arrêts de la cour de cassation avec un impact conséquent sur la règle de conflit de loi, les arrêts « *REBOUH* »<sup>16</sup> et « *SCHULE* »<sup>17</sup>. Dans les affaires, la règle de conflit de lois mis en application désigne la loi étrangère mais le juge du fond ne l'applique pas, or dans les deux affaires, les parties vont invoquer la règle de conflit de loi lors du pourvoi en cassation. La cour de cassation, dans les deux pourvois, énonce deux arguments identiques. La Cour de cassation considère tout d'abord qu'en vertu de l'article 12 du code de procédure civile, « le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». De plus, la cour de cassation considère que les juges du fonds auraient dû, au besoin d'office, relever la règle de conflit française et appliquer la loi étrangère. Ces deux jurisprudences considérées comme fondatrices du régime de la règle de conflit de lois sont particulièrement importants car elles avaient imposé aux juges du fond d'appliquer d'office la règle de conflit de loi, que la matière en cause soit indisponible avec la

---

<sup>15</sup> Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 24 janvier 1984, n° pourvoi : 82-16767.

<sup>16</sup> Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 11 octobre 1988, *Rev, crit.* 1989. 368 et chr. Y. Lequette, p277, *Clunet* 1989, 349, note D. Alexandre et chr. D. Bureau, 1990, p.317, *Rép. Defrénois* 1989. 310, obs. Massip.

<sup>17</sup> Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 18 octobre 1988, *Rev, crit.* 1989. 368 et chr. Y. Lequette, p277, *Clunet* 1989, 349, note D. Alexandre et chr. D. Bureau, 1990, p.317, *Rép. Defrénois* 1989. 21259, note Prévault.

recherche de paternité dans l'arrêt « *REBOUH* », ou disponible avec une succession internationale comme cela peut être le cas dans l'arrêt « *SCHULE* ».

Cependant, la Cour de cassation reviendra sur cette position dans l'arrêt « *société Coveco et autres c/Soc. Vesoul transports et autre* »<sup>18</sup> en déclarant que le juge du fond n'a pas l'obligation d'appliquer la règle de conflit, sauf dans deux cas, en présence d'une convention internationale et en présence d'un droit indisponible.

La cour de cassation appuiera cette position dans un arrêt deux arrêts successifs, l'arrêt « *Soc. Mutuelle du Mans IARD c/ M. Boedec et autres* »<sup>19</sup> ainsi que dans un arrêt « *M. Belaid A. c/Mme E* »<sup>20</sup>. Dans ces affaires, la cour de cassation est venue ériger le critère unique de libre disponibilité des droits. Dans l'arrêt « *Mutuelle du Mans* », le litige concerne un silo à grains qui s'est effondré en causant plusieurs dommages. La société Française propriétaire du silo a agi contre le vendeur du silo, assuré chez la Mutuelle du Mans, qui va rembourser le préjudice et se retourner contre le fabricant allemand, l'importateur étant quant à lui Suisse. C'est là que s'est situé le litige relatif à la loi applicable. Lors de l'affaire, aucune des parties n'a invoqué de règle de conflit de loi pour la détermination de la loi applicable à la responsabilité contractuelle, droit disponible, avant le pourvoi en cassation, où la Mutuelle du Mans a invoqué la règle de conflit de loi se trouvant dans la Convention de la Haye du 15 juin 1955 régissant la loi applicable à la vente internationale des marchandises. Toutefois, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif « *qu'en présence de droit dont les parties ont la libre disposition, la Cour d'appel avait légalement justifié sa décision sur le fondement de la loi française* ».

Dans l'arrêt « *M. Belaid A. c/Mme E* », il s'agissait d'une recherche en paternité exercée au nom de l'enfant par la mère, de nationalité marocaine. Celle-ci a obtenu gain de cause devant les juges du fond sur le fondement de la loi française alors même que la loi marocaine était applicable. La Cour de cassation a considéré « *qu'il incombait aux juges français, pour les droits indisponibles, de mettre en application la règle de conflit de loi et de rechercher le droit étranger applicable* ».

---

<sup>18</sup> Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 4 décembre 1990, *Rev. crit.* 1991. 558, note M.-L. Niboyet-Heogy, *Clunet* 1991. 371, note D. Bureau.

<sup>19</sup> Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 26 mai 1999, *Rev. Crit.* 1999. 707, 1<sup>ère</sup> esp., note H. Muir Watt, *Gaz. Pal.* 2000, n°61 et 62, p39, obs. M.-L Niboyet.

<sup>20</sup> Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 26 mai 1999, *Rev. Crit.* 1999. 707, 2<sup>ème</sup> esp., note H. Muir Watt, *JCP* 1999. II. 10192, note F. Mélin, *Defrénois* 1999, 1261, obs. Massip.

Ces arrêts ont été fondateurs dans l'élaboration de l'effectivité de la règle de conflit de loi. Les juges du droit ont estimé que la règle de conflit de loi n'était d'application impérative que lorsqu'il s'agissait de droit indisponible, que dans le cas contraire, le juge était libre d'appliquer ou non cette règle de conflit si les parties n'en invoquaient pas l'application. On voit donc ici le rôle du juge dans la détermination d'un régime et dans l'application d'une norme légalement prévue. Même si le raisonnement est discutable en ce qu'il permet au juge français d'appliquer selon son bon vouloir des règles légalement fixées, ces jurisprudences illustrent le rôle du juge étatique dans l'élaboration de normes impératives et dans leur application. Le rôle du juge dans la détermination de la loi applicable amène celui-ci à fixer le régime des instruments à sa disposition pour la détermination de la loi applicable, notamment en matière de droit disponible dont le droit des contrats est une des principales composantes. Cependant il existe des exceptions à ces principes jurisprudentiels et à l'application de la règle de conflit par le juge.

## **B. L'exception à l'impérativité de la règle de conflit de loi.**

Il existe deux exceptions à l'impérativité de la règle de conflit de loi. En effet, il existe des principes qui vont à l'encontre de la force obligatoire des règles de conflit de loi, que ce soit dans le cadre des droits disponibles avec la pratique de l'accord procédural, touchant donc la matière du droit des contrats, ou que ce soit en matière de droit indisponibles avec l'hypothèse de l'équivalence des lois. Ces deux méthodes, hypothèses court-circuitent l'office du juge dans la recherche de la loi applicable.

### **1. La situation de l'accord procédural en matière de droit disponible.**

La technique de l'accord procédural trouve son origine dans l'article 12 du code de procédure civile qui dispose que « *Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat* ». Cette technique est appuyée par la jurisprudence de la cour de cassation et notamment son arrêt du 6 mai 1997 où la cour de cassation déclare que « *pour les droits dont les parties ont la libre disposition, les parties peuvent s'accorder sur l'application de la loi française, malgré l'existence d'une règle de conflit désignant un droit étranger* ». Cet accord procédural

prive donc le juge étatique de sa faculté d'appliquer la règle de conflit, ce qui modifie donc son rôle dans la recherche de la loi applicable aux contrats commerciaux, cette hypothèse touchant les droits disponibles, et donc la matière contractuelle. L'accord procédural permet donc de respecter la volonté des parties, notamment dans la loi applicable à la question posée, et se révèle commode pour le juge qui n'a plus à appliquer une loi étrangère ou à en rechercher la teneur.

Cependant, cette théorie pose des questions. En effet, la jurisprudence se montre de moins en moins exigeante sur la forme de l'accord procédural, le seul critère étant que « *les parties ont l'obligation d'opérer un choix de loi en toute connaissance de cause* ». La cour de cassation a notamment considéré que l'on peut déduire cette volonté par le biais des conclusions juridiques se fondant sur le droit français alors même que les parties n'avaient aucune conscience de l'existence d'une règle de conflit touchant la matière en question.

De plus, cette théorie, méthode ne serait valable uniquement pour l'application du droit français, la possibilité d'un choix d'une loi étrangère reviendrait à alourdir la tâche du juge étatique dans le cadre de son office, celui-ci étant dans l'obligation d'appliquer une loi étrangère et d'en analyser le contenu, alors même que la règle de conflit de loi n'en aurait pas demandé l'application.

En plus de cette méthode, il existe une théorie d'équivalence des lois qui remet en cause l'application des règles de conflit et leur impérativité.

## **2. La théorie de l'équivalence des lois réduisant l'impérativité de la règle de conflit de lois.**

Le principe de l'équivalence des lois connaît son origine dans l'arrêt « *Compagnie Royale Belge* »<sup>21</sup>, qui a fait renaître ce principe et qui en a fixé le régime. Dans cette affaire concernant un accident de la route entre une voiture immatriculée en France et un cheval appartenant à un ressortissant belge, le code civil belge et le code civil français se révélaient presque identiques. La cour de cassation a donc admis que les juges du fond auraient dû appliquer la loi belge mais relève qu'en l'espèce, au vue de l'équivalence entre la loi appliquée (*loi de l'ordre juridique du For, la France*) et la loi

---

<sup>21</sup> Cf. Note de bas de page n°1.

désignée par la règle de conflit (*la loi belge étrangère*) et que les conséquences juridiques tirées de ces lois auraient donc été identiques.

Cette théorie de l'équivalence réduit de façon conséquente l'impérativité de la règle de conflit de loi vis-à-vis du juge durant son office. Cependant, cette méthode se révèle anecdotique dans le fait que le juge, pour connaître de l'équivalence des lois, doit procéder à la recherche du contenu de la loi étrangère. Le côté pratique de cette méthode est donc limité dans le sens où cela oblige le juge à faire une recherche sur le contenu de la loi étrangère, ce qui revient donc à l'application de la règle de conflit pour déterminer la loi applicable en concurrence avec la règle française. La méthode ne fait donc que modifier le cheminement intellectuel du juge dans la recherche de la loi applicable au litige qui lui est soumis en l'espèce.

La règle de conflit de loi possède donc un effet obligatoire relatif qui s'impose aux parties ainsi qu'aux juges étatiques en fonction du droit mis en cause par la situation juridique. On voit donc qu'en matière de contrats commerciaux, faisant partie de la catégorie des droits disponibles pour les justiciables, les règles de conflits se révèlent non impératives, permettant notamment aux parties, pour les usages du droit commercial international, de choisir eux-mêmes la loi applicable à leur litige, notamment au sein des clauses de choix de loi, réduisant le rôle du juge dans un simple rôle de contrôle de la légalité de la clause législative, mais également du contenu de la loi étrangère. Cependant, le juge, dans la recherche de la loi applicable, dans la résolution de la question qui lui est posée, peut se retrouver confronter à une situation qui se révèle parfois problématique, qui est l'hypothèse d'un conflit de système qui rend l'office du juge plus délicat, notamment dans la détermination de la loi applicable au contrat.

## Chapitre 2 : La question posée par les conflits de système lors de la détermination de la loi applicable au contrat.

Lors de la détermination de la loi applicable par le juge durant son office, celui-ci peut se trouver confronter à une situation qui est celle d'un conflit de système, un conflit entre deux systèmes de conflits de lois distincts et qui empêche le juge d'effectuer de façon convenable la recherche de l'ordre juridique compétent pour traiter du litige. Il est donc intéressant de s'intéresser à la notion même du conflit de système (Section

1) et aux méthodes de résolutions qui s'offrent au juge pour la résolution de ce conflit permettant ainsi de déterminer l'ordre juridique compétent (Section 2).

### **Section 1 : La définition et l'apparition du phénomène du conflit de système.**

La question des conflits de système se révèle être une question épineuse, notamment pour le juge dans son rôle de recherche de la loi applicable, cette hypothèse empêchant le juge de déterminer de façon précise la règle de conflit permettant de fixer l'ordre juridique applicable.

Dans la construction internationale des règles de conflits de loi, la logique prédominante n'a pas été une uniformisation des règles de conflits, bien au contraire. En effet, chaque Etat possède son propre droit international privé avec ses propres règles de conflit de loi, avec en leur sein des catégories juridiques distinctes. Pour exemple, il est tout à fait envisageable que dans un Etat, pour une catégorie juridique donnée, un critère de rattachement soit identifié et que dans un autre Etat voisin, pour une même catégorie juridique, le critère de rattachement soit totalement différent. De ce fait, deux ordres juridiques nationaux vont avoir des systèmes de conflits de loi distincts avec des règles de conflits de lois différentes selon les sujets. La loi désignée par l'un ou l'autre des Etats ne sera pas la même et c'est là que se pose le problème pour le juge étatique.

Ce conflit de système s'exprime donc au moment de la mise en œuvre de la règle de conflit de loi et oppose la règle de conflit du FOR et la règle de conflit de loi étrangère. En principe, le juge étatique français se réfère exclusivement à ses propres règles de conflits de loi, et non aux règles de conflit étrangères. Le juge étatique appliquera par la suite la loi étrangère si celle-ci est désignée comme compétente par la règle de conflit française, mais il n'a pas à connaître du contenu de la règle de conflit étrangère, celle-ci n'ayant pas de valeur législative pour celui-ci au sein de son ordre juridique de référence.

Toutefois, il est des cas où la loi de conflit de loi du FOR va s'effacer devant la règle de conflit étrangère, et cela de par la volonté du législateur ou du juge étatique dans le but de résoudre le litige qui se pose à eux.



Pour résoudre ces conflits de système, la doctrine a donné naissance à deux méthodes, dont la reconnaissance par le législateur et le juge étatique a été différentes.

## **Section 2 : Les méthodes de résolution des conflits de système à la disposition du juge étatique.**

La doctrine a donné naissance à deux théories, deux pratiques dans le but de résoudre les conflits de système se posant au juge, mais ces deux théories ont connu une reconnaissance différente par le juge et le législateur, il s'agit de la technique du renvoi et de la question préalable.

### **A. La technique du renvoi.**

La théorie du renvoi repose sur l'idée qu'il ne devrait pas être possible d'appliquer une loi étrangère si cette loi ne veut pas s'appliquer à la situation en cause. Il convient donc, selon cette théorie, d'appliquer la règle de conflit de l'ordre juridique désigné par la règle de conflit de l'ordre juridique de référence.

Nous sommes ici dans le cas d'un conflit négatif, existant principalement dans deux domaines que sont le statut personnel et le domaine des successions. Cela s'explique par la méthode, la considération faite par le droit français dans son approche touchant au statut personnel ainsi qu'aux successions.

Dans le cadre d'un conflit négatif, chaque règle de conflit de loi va attribuer la compétence à la loi étrangère.

L'arrêt de référence pour cette technique du renvoi est le double arrêt « *Forgo* »<sup>22</sup>. Était en cause un Allemand résidant en France. Le droit français considérait qu'au vu de sa nationalité, son domicile de droit se situait en Allemagne. Suite à son décès, le juge a à connaître d'un litige relatif à sa succession et la question de la loi applicable s'est posée. Le litige était relatif aux mobiliers régis par la loi du domicile selon le droit français, en l'espèce l'Allemagne, le droit français considérant que son domicile de droit se situait en Allemagne du fait de sa nationalité. Le conflit de système est intervenu du fait de la loi allemande, qui quant à elle, que la loi applicable aux mobiliers dans le cadre d'une succession était le domicile de fait, et non de droit, et

---

<sup>22</sup> Civ. 24 juin 1878, S. 1878, 1. 429, D. 1879. 1. 56, *Clunet* 1879. 285 & Req. 22 février 1882, S. 1882. 1. 393, note Labbé, D. 1882. 1. 301.

donc rendait le droit applicable à la succession le droit français. Les deux règles de conflits de lois des deux systèmes juridiques considéraient donc comme incompétents ces Etats pour régler la question de la succession, renvoyant la compétence à l'une et l'autre des juridictions. La cour de cassation a ici accepté le renvoi du juge allemand et donc l'application de la loi française à la succession.

Cette arrêt illustre donc l'acceptation par le juge français de la théorie du renvoi en cas de conflit de système et notamment en cas de conflit négatif dans le but d'une bonne administration de la justice, cela pour permettre la résolution d'un litige selon une loi unique et non plusieurs droits pour une même question. Cependant, la cour de cassation a précisé que la technique du renvoi est exclue en matière contractuelle, du fait de la possibilité donnée aux parties de choisir la loi applicable.

Il était tout de même intéressant de s'intéresser à cette question dans la compréhension du rôle du juge dans la détermination de la loi applicable, dans la mission que représente son office dans la recherche de la loi applicable.

### **B. Le principe de la question préalable.**

Dans cette hypothèse, le conflit de système est effectif mais le juge ne tient pas de cela et applique normalement le droit international privé national.

La question préalable consiste à résoudre le problème de droit en passant par la résolution d'un autre problème connexe. L'exemple type de cette méthode peut être le cas d'une succession internationale, où une part de l'héritage revient à l'héritier, mais il faut tout d'abord déterminer la qualité de cet héritier. C'est le principe de la question préalable.

Dans ce cas, soit on utilise la règle de conflit du système étranger qui est désignée par la règle de conflit de l'ordre juridique de référence, soit le juge ne prend pas en compte la règle de conflit et applique d'office la règle française.

Cependant, la doctrine a estimé qu'il était préférable lorsqu'une question est soumise à la loi étrangère, d'appliquer la loi étrangère. La doctrine a donc préconisé que la question préalable soit traitée en application des règles de conflits de l'ordre juridique étranger dont la loi a été déclarée applicable à la question principale.

Si on considère qu'il y a une interdépendance dans le traitement juridique de ces questions préalables et des questions principales, il est logique d'accepter le conflit de système et de faire jouer la règle de conflit de loi étrangère. En droit français, les juges du droit, ainsi que le droit positif n'ont pas reconnu ce conflit de système, et donc refusé le traitement connexe des questions préalables et des questions principales.

En effet, la cour de cassation a rejeté cette théorie dans un arrêt « *Djenangi* »<sup>23</sup> concernant une demande touchant à appliquer à une question préalable de validité d'un mariage la loi applicable à la question principale touchant une succession. La cour de cassation a décidé que « *s'il appartient à la loi successorale de désigner les personnes appelées à la succession et de dire notamment si le conjoint figure parmi elles et pour quelle part, il ne lui appartient pas de dire si une personne a la qualité de conjoint* ». Elle a ensuite considéré que c'était la loi désignée par la règle de conflit du FOR qui devait régir cette question préalable.

Cette théorie, pratique de la question préalable n'est donc pas considérée par le juge français ainsi que par le droit positif comme une solution viable afin de régler un conflit de système. Il est donc établi que le juge privilégiera la technique du renvoi comme réelle solution aux conflits de systèmes pouvant se poser à lui.

Même si les conflits de système ne concernent pas directement la matière contractuelle du fait de la possibilité donnée aux parties de choisir eux-mêmes la loi applicable à leur contrat, ces méthodes permettent d'illustrer le rôle du juge dans la détermination de la loi applicable aux questions qui lui sont posées au cours d'une instance, et notamment sa capacité de créer, déterminer de nouvelles normes, méthodes afin de régler les questions qui se posent à lui. La cour de cassation et les juges qui la composent possèdent donc un réel pouvoir dans la détermination de la loi applicable. Même si ceux-ci possèdent des mécanismes tels que les règles de conflit de loi nationales, ils gardent le pouvoir d'en aménager leur application et leur régime.

---

<sup>23</sup> Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 22 avril 1986, *Rev. Crit. DIP* 1988.

## Titre 2 : Le rôle du juge dans l'élaboration et l'application des normes internationalement impératives.

Le juge possède, dans son office et sa mission de détermination de la loi applicable aux contrats commerciaux, supplémentaires des règles de conflit de loi classique contenues par son droit international privé national, des instruments directs pour résoudre ces questions. Des normes internationalement impératives vont primer sur les règles de conflit de loi, qu'elles soient de source étatique ou internationale, et vont offrir au juge de nouvelles possibilités pour régler les litiges dont il a connaissance durant son office.

Les lois de police représentent une méthode directe de résolution des litiges en ce sens qu'elles vont permettre d'outrepasser les règles de conflit de loi et donner une solution directe à la question de la détermination de la loi applicable, lois de police qui vont notamment être déterminées et appliquées par le juge étatique durant sa mission (*Chapitre 1*). Le juge va également avoir la possibilité d'utiliser pour résoudre les questions de droit applicable des normes, règles matérielles d'origine étatique, internationale par le biais d'organisation régionale ou internationale, mais également d'origine a-nationales spécifiques au domaine du commerce international (*Chapitre 2*).

### Chapitre 1 : La détermination et l'application des lois d'applications immédiates par le juge.

Les lois d'applications immédiates, et plus particulièrement les lois de police s'appliquent directement à des litiges privés internationaux et vont primer sur les règles de conflit de lois. Toutefois, il est du rôle du juge de déterminer les règles, lois qui vont être considérées comme des lois de police (*Section 1*) et de les appliquer en priorité face aux règles de conflit de lois classiques (*Section 2*).

#### **Section 1 : La détermination d'une loi de police par le juge.**

La loi de police fait partie de la catégorie des lois d'applications immédiates, qui sont des règles de droit substantiel appartenant à un système juridique donné et qui s'applique de façon prioritaire en droit interne et qui de par sa finalité, qui est de préserver l'organisation juridique, politique, économique d'un Etat, va s'appliquer à une situation juridique internationale, en écartant l'application de la règle de conflit de

loi. La loi de police va donner, avec son application, une réponse directe au fond aux litiges privés internationaux en court-circuitant le mécanisme de conflit de loi.

A l'origine, les lois de police sont des dispositions de droit interne qui s'appliquent uniquement dans les rapports juridiques internes de droit privé, liant des ressortissants d'un même État. De par leur importance et le développement des relations internationales, notamment en matière commerciale, le législateur et le juge vont décider qu'elles doivent avoir plein effet en ce qui concerne les rapports internationaux de droit privé afin de régler directement le litige sans passer par la méthode classique des conflits de lois. La loi de police ayant pour but de « *sauvegarder l'organisation politique, économique et sociale du pays* », il est compréhensible que le juge ainsi que le législateur veuillent étendre son applicabilité aux litiges internationaux.

La qualification de la loi de police se fait donc au niveau législatif par le biais de l'intervention du législateur qui va fixer lui-même, au sein des textes qu'il édicte et met en application, les lois de polices, les lois d'applications immédiates primant sur les règles de conflits de loi. Toutefois, le législateur n'est pas le seul ayant l'initiative de la création de ces lois de police. En effet, il appartient au juge étatique, lors de son office, de déterminer les règles qui constituent ou non des lois de polices. Le juge peut, lors des affaires que celui-ci a à connaître, décider qu'une règle normative, en fonction de son importance, revêt le caractère d'une loi de police et est susceptible de primer sur les règles de conflits de loi et s'appliquer directement au litige.

On peut citer pour illustrer cette initiative de création des lois de police par le juge l'article 3, et notamment son 1<sup>er</sup> alinéa, du code civil français, car même si les rédacteurs du code civil n'avaient pas entendu faire de cet article une loi de police, la jurisprudence de la cour de cassation et les juges qui la composent, l'ont transformée en norme d'application immédiate. Celui-ci dispose en effet que « *les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire* », ce qui fixe une impérativité du droit français sur les situations transfrontières.

Un arrêt de la Cour de cassation<sup>24</sup>, réunie en sa chambre commerciale, illustre parfaitement ce rôle que le juge possède dans la détermination d'une norme étatique en loi de police, ici dans le cadre d'un contrat de transport. En l'espèce, l'arrêt concernait une société de droit espagnol (*Tranzimaz*) qui a effectué des transports de jus de fruits d'Espagne vers la France, transports pour lesquels la société espagnole n'a pas été payée par l'expéditeur (*Société Dream Fruit*), et a assigné la société destinataire de ces transports, une société française (*ID Logistic*), sur le fondement de l'article L132-8 du code de commerce<sup>25</sup>. Le pourvoi formé par la société espagnole (*Tranzimaz*) a pour motif le refus de la condamnation de la société ID Logistic et soutient le fait que l'article L132-8 du code de commerce prévoyant une action directe du transporteur en paiement de ses prestations à l'encontre du destinataire est une disposition impérative ayant le caractère de loi de police, s'appliquant d'office, en priorité par rapport à toutes règles de conflits existantes en la matière, à tous contrats de transport exécuté sur le territoire français sur lequel réside au moins l'une des parties. Il est donc reproché aux juges du fond d'avoir jugé que la société de droit espagnol (*Tranzimaz*) ne pouvait exercer une action directe en paiement comme le prévoit l'article L132-8 du code de commerce à l'encontre du destinataire français.

L'article L132-8 du code de commerce précédemment cité est une transcription de l'article 10 de la loi Gayssot tendant à améliorer les conditions d'exercice de la profession de transporteur routier et met à la charge de l'expéditeur et du destinataire l'obligation de garantir le transporteur routier contre les défauts de paiement de ses prestations.

Cette situation illustre la problématique de l'internationalité des échanges, il est en effet naturel et courant que les transports routiers comportent des éléments d'internationalité, notamment au vu du développement croissant de la part du transport dans la part du commerce international. Il existe donc des règles de conflits de lois internationales au sein de la convention de Genève du 19 mai 1956 relative

---

<sup>24</sup> Cass, Com, 13 juillet 2010.

<sup>25</sup> L132- 8 du code de commerce : « *La lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur, le voiturier et le destinataire ou entre l'expéditeur, le destinataire, le commissionnaire et le voiturier. Le voiturier a ainsi une action directe en paiement de ses prestations à l'encontre de l'expéditeur et du destinataire, lesquels sont garants du paiement du prix du transport. Toute clause contraire est réputée non écrite* ».

au transport international de marchandises par route, ou « *CMR* »<sup>26</sup>, dont l'article 1 dispose que « *La présente Convention s'applique à tout contrat de transport de marchandises par route à titre onéreux au moyen de véhicules, lorsque le lieu de la prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat, sont situés dans deux pays différents dont l'un au moins est un pays contractant. Il en est ainsi quels que soient le domicile et la nationalité des parties* ». Cette convention internationale a donc vocation à s'appliquer au cas d'espèce, mais la société de transport espagnol a invoqué une norme interne française, plus favorable, qu'elle revendique comme ayant le caractère de loi de police. Il faut également noter qu'au sein de contrat de transport conclu entre les différents protagonistes, aucun choix de loi n'a été effectué, menant donc à la recherche de la loi applicable à un tel contrat par le juge.

Cependant, dans cette affaire, les juges du fond avaient privilégié la solution contractuelle avec l'application de la convention de Rome<sup>27</sup> et des critères de rattachement issu de cette convention en matière de contrat de transport, notamment en raison du mutisme de la convention « *CMR* » sur la question de l'action directe en paiement. Les juges du fonds avaient donc retenu l'application de la loi espagnole, sans doute car l'Espagne était le pays dans lequel le transporteur avait son établissement principal et celui dans lequel était situé le lieu de chargement, mais également l'établissement principal de l'expéditeur. La société espagnole, dans son pourvoi a donc invoqué cette disposition de l'article L132-8 du code de commerce en soutenant que celle-ci était une loi de police pour pouvoir en bénéficier.

Le raisonnement de la cour de cassation et les débats doctrinaux entraînés par cet arrêt démontrent bien le rôle prépondérant du juge dans la détermination d'une loi de police pour l'appliquer à des faits dont ils peuvent avoir connaissance dans le cadre de leur office.

La décision finale de la Cour de cassation sur cette question a été de ne pas qualifier l'article L132-8 du code de commerce comme une loi de police impérative. En effet, la Cour de cassation, et les juges du droit qui la composent, ont considéré que

---

<sup>26</sup> *Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route, dites « CMR » du 19 mai 1956.*

<sup>27</sup> Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

« l'article L132-8 du code conférant au transporteur routier une action en paiement de ses prestations à l'encontre de l'expéditeur et du destinataire institués garants du paiement du prix du transport n'est pas une loi dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation quelle que soit la loi applicable et de constituer une loi de police ».

L'identification des lois de police est donc une étape essentielle dans le processus de détermination de la loi applicable. Il est cependant rare dans les textes légaux que le terme « *loi de police* » soit utilisé pour signifier qu'une norme légale possède ce caractère. Il est donc clairement ici du rôle du juge, et notamment des juges de la Cour de cassation, juge suprême dans l'ordre juridique français en matière privée, de déterminer quelles sont les normes qui font partie des normes impératives que sont les lois de polices et qui s'imposent aux parties. Les discussions doctrinales entourant ces lois de police et notamment cet arrêt démontrent parfaitement la difficulté que représente une telle opération pour le juge, aussi importante puisse-t-elle être.

En plus de ce rôle de détermination d'une loi de police, le juge étatique est garant de l'application des lois de police et de leur primauté sur les règles de conflit de lois dans l'ordre juridique français, et notamment vis-à-vis des règles de conflits de loi interne, mais également vis-à-vis des règles de conflit de loi internationales.

## **Section 2 : L'application de la loi de police et leur primauté sur les règles de conflit de lois.**

Le professeur Phocion Francescakis, qui a étudié le premier en France les lois de polices, a donné une définition fondée sur leur contenu. Pour lui, les lois de polices étaient les lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays. Cette définition de la loi de police a été reprise en droit positif pour donner la définition de la loi de police. Cette définition démontre la nature et le régime de ces normes impératives. Les termes « *police* » et « *application immédiate* » utilisés pour définir ces normes spéciales démontrent la volonté d'une application prioritaire par rapport à toutes autres normes juridiques.

La particularité des lois de police est donc de régir en priorité les situations internationales auxquelles elles ont vocation à s'appliquer. En effet, elle a pour



finalité de rendre sans objet les règles de conflits de loi en intervenant en amont, avant même leur mise en application.

En droit interne, cette primauté est illustrée par l'article 3 du code civil précédemment cité et dont la portée a été fixée par la jurisprudence de la cour de cassation. En matière de droit international, et notamment en matière contractuelle, le règlement « Rome 1 » et son article 7, paragraphe 2, dispose que « *les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable au contrat* ».

Les règles de conflits de lois ne sont pas les seules règles qui se plient à l'application des lois de police. En effet, les lois de police s'imposent aux règles de conflits de loi interne et internationale, mais elles s'imposent également aux règles matérielles internationales qui permettent de donner une solution directe à un conflit, notamment de loi. Elles obligent également les normes a-nationales comme les coutumes commerciales, telle que la LEX MERCATORIA, les principes UNIDROIT, ou encore les clauses compromissoires établies par les parties au sein des contrats afin de déterminer la loi applicable aux litiges pouvant naître de l'exécution de celui-ci.

Les lois de police sont donc des règles, qui en vertu de leur objectif, priment sur l'ensemble des règles de conflits ou sur l'ensemble des méthodes de résolution d'un litige relatif à une situation de droit privé international. Dès lors qu'une loi de police va régir une matière, celle-ci va s'imposer et le juge l'appliquera avant toutes autres règles légales.

Cependant, il existe d'autres règles permettant de déterminer la loi applicable à un contrat commercial, des règles matérielles nationales, mais également a-nationales, souvent choisies par les parties au sein de leur contrat et qui vont régir le contrat, et que le juge va devoir appliquer afin de régler le litige qui se pose à lui. Ces règles vont notamment contrecarrer l'application des règles de conflits de loi et régir le contrat, règles que le juge a le pouvoir de reconnaître et d'appliquer ou non.

## Chapitre 2 : Le contrôle et l'utilisation des normes internationales impératives dans la résolution du litige relatif à la recherche du droit applicable.

Le développement du commerce international et l'internationalisation des échanges ont eu pour conséquence la création de normes matérielles nationales, internationales afin de régir les contrats commerciaux dont l'application implique divers États (*Section 1*). Cette internationalisation a également eu pour conséquence la création de normes, de règles matérielles développées par les commerçants eux-mêmes et qui vont s'appliquer aux contrats commerciaux internationaux, reconnus et être mises en action par le juge étatique (*Section 2*).

### **Section 1 : Les règles matérielles : Le rôle du juge dans leur détermination et application.**

Les règles matérielles sont des règles qui sont conçues dans le but de régler au fond les situations privées internationales en prenant en compte leur spécificité. Ce sont des règles substantielles qui ont vocation à s'appliquer dès lors qu'une situation de droit international privé se présente à elles et possède les caractéristiques nécessaires à leur application.

Ces règles matérielles diffèrent de la pratique des règles de conflits de loi en ce qu'elles ont pour objectif de donner directement une solution au litige. En effet, la méthode conflictuelle est écartée en présence d'une règle matérielle existante sur une matière donnée. Il n'est plus nécessaire pour le juge étatique qui doit connaître d'une situation de droit privé transfrontière de rechercher la loi applicable à cette situation, la règle matérielle venant donner une solution directe à celle-ci.

Ces règles matérielles ont pour la plupart une origine internationale par le biais des traités internationaux leur donnant une valeur supplémentaire dans la hiérarchie des normes. Il existe comme exemple la Convention sur la Vente Internationale de Marchandises (CVIM)<sup>28</sup> qui a pour objet de fournir un régime moderne, uniforme et juste pour les contrats de vente internationale de marchandises, contribuant ainsi à la sécurisation des échanges commerciaux et à la réduction du coût des opérations, le contrat de vente étant un des fondement du commerce international. Cette convention internationale est considérée comme un traité fondamental du droit commercial international et constitue des normes matérielles qui vont s'appliquer

---

<sup>28</sup> Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) signée à Vienne le 11 avril 1980.

directement aux litiges commerciaux relatifs à un contrat de vente ayant une dimension internationale. Dans le cadre de cette convention internationale, si un juge doit statuer sur un contrat de vente entre un Français et un Allemand, celui-ci n'aura pas à déterminer la loi application pour trancher le litige mais il appliquera les règles incluses dans cette convention qui donneront une solution directe au litige.

Mais ces règles matérielles peuvent également avoir une origine jurisprudentielle. Effectivement, le juge étatique, lors de son office touchant à la résolution des conflits de droit international privé peut être amené à créer des règles matérielles, c'est le cas dans le célèbre arrêt « GALAKIS » de la cour de cassation de 1966<sup>29</sup>. Était en cause dans cette affaire un litige en matière de contrat international mettant en cause une personne publique et un armateur grec. Au sein du contrat conclu entre l'entité publique et l'opérateur était inclus une clause d'arbitrage posant le fait que tout litige naissant de l'application dudit contrat international aurait vocation à être réglé par la voie de l'arbitrage international. Suite à la dénonciation du contrat par l'Etat français, l'armateur s'est donc prévalu de cette clause afin d'obtenir réparation.

La question qui s'est posée ici au juge du droit français était celle de savoir si un litige pouvait être résolu par le biais d'un arbitre dans le cadre d'un contentieux commercial international. A l'époque des faits, les articles 83 et 1004 du code de procédure civile, aujourd'hui l'article 2060 du code civil<sup>30</sup> ne permettait pas à l'État et à ses émanations de régler un litige les concernant par le biais de l'arbitrage. La cour de cassation est donc intervenue et a considéré que « *la prohibition de ces articles ne soulevaient pas une question de capacité au sens de l'article 3 du code civil (...) et que l'arrêt attaqué avait justement décidé que la prohibition susvisée n'était pas applicable à un tel contrat et qu'en déclarant la clause compromissoire liant une personne morale de droit public et une personne privée valide, celle-ci avait légalement justifié sa décision* ».

La cour de cassation est donc venue ici créer une règle substantielle de droit international privé qui s'écarte de façon notable des dispositions de droit interne. Celle-ci, par le biais de sa décision, a formulé une règle matérielle de droit

---

<sup>29</sup> Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 2 mai 1966.

<sup>30</sup> Article 2060 du code civil : « *On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public* ».

international privé qui autorise l'Etat à conclure des clauses compromissoires relatif à l'arbitrage international.

La méthode des règles matérielles est une méthode de résolution des litiges internationaux moins rependue que les règles de conflit de loi incluses dans les traités tel que « Rome 1 » ou « Rome 2 » en ce sens que les règles matérielles nécessitent davantage de coopération de la part des Etats sur des éléments complexes qui nécessitent de longues réflexions, travaux que les Etats ne sont pas toujours enclin à produire. Toutefois, dans le domaine du commerce international, ces méthodes directes de résolution des litiges ont vocation à se multiplier en ce sens qu'elles prennent en compte de façon plus large les spécificités du commerce international, parfois complexes à appréhender pour le juge étatique dans la recherche de la loi applicable à une situation privée transfrontière. De plus, ces émanations juridiques a-nationales ont créé des règles matérielles qui viennent régir les contrats commerciaux internationaux que le juge a pour rôle de reconnaître et d'appliquer ou non.

## **Section 2 : Les règles matérielles transnationales : reconnaissance et mise en action par le juge.**

Les règles régissant la loi applicable aux contrats commerciaux ne font pas uniquement l'objet d'une création purement étatique, elles peuvent également être à l'initiative d'institutions ou d'organismes internationaux, privés ou public. Ces règles vont régir les contrats et donc remplacer la loi normalement applicable, notamment en matière contractuelle. Ces règles vont notamment rendre les règles de conflits de loi inutilisables pour le juge et vont s'imposer de par la volonté des parties. Le juge va donc appliquer ces règles mais doit avant tout les reconnaître comme applicables pour les mettre en action. C'est notamment le cas des « *INCOTERMS* », création de la Chambre de Commerce Internationale (A) mais également le cas avec les principes « *UNIDROIT* » ou la « *LEX MERCATORIA* » (B).

### **A. Le développement et l'application des INCOTERMS par le juge.**

Les « *INCOTERMS* » sont des clauses standards créées par la Chambre de Commerce et d'Industrie Internationale et qui constituent des règles matérielles communes aux opérateurs économiques touchant à la vente internationale de marchandises. Ces « *INCOTERMS* » prennent la forme de clauses contractuelles

universelles à destination des parties, prenant la forme de lettre, incluent au sein des contrats commerciaux. Chaque clause, chaque terme fixent la répartition du rôle des parties dans le contrat et permettent ainsi aux opérateurs d'éviter une insécurité juridique importante en matière de commerce international, ces clauses ayant pour but d'interpréter les dispositions du contrat selon la volonté des parties afin de guider le juge qui va connaître d'un différend contractuel au sein duquel se trouve ces « *INCOTERMS* ».

Comme toute source en matière de droit international privé, la question essentielle est celle de la force obligatoire des INCOTERMS pour le juge dans son rôle de détermination de la loi applicable à un contrat commercial. Cette force obligatoire des INCOTERMS a été fixée par un arrêt célèbre rendu par la Cour de justice de l'Union Européenne qui est l'arrêt « *ELECTROSTEEL* » du 9 juin 2011. Dans cet arrêt s'est posée la question de la détermination du lieu de livraison de marchandises au sein d'un contrat de transport. La CJUE a considéré que dans la lecture et l'application par les juges nationaux de l'article 5 du règlement (CE) n°44/2001 du Conseil<sup>31</sup>, le lieu de livraison des marchandises doit être apprécié sur la base des dispositions du contrat, en prenant en compte tous les termes et toutes les clauses pertinents de ce contrat, y compris les clauses reconnues et consacrées par les usages du commerce tel que les Incoterms.

On voit donc ici une consécration de l'impérativité des INCOTERMS dans la détermination de la loi applicable à un contrat. Les INCOTERMS doivent être pris en compte comme un élément déterminant afin de déterminer l'ordre juridique compétent pour traiter le litige, né de l'application du contrat commercial international.

---

<sup>31</sup> Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

## **B. La reconnaissance et l'application des principes « UNIDROIT » et de la « LEX MERCATORIA » par le juge étatique.**

Les deux sources de règles transnationales prioritaires sont les principes « UNIDROIT » et la « LEX MERCATORIA ».

Les principes « *Unidroit* » constitue un socle de règles mis en place par l'Institution Internationale pour l'Unification du droit privé, une organisation intergouvernementale indépendante. Ces principes sont des règles qui n'ont pas l'aspect contraignant comme peuvent l'avoir les règles matérielles internationales ou les règles de conflit de loi mais ont pour but d'inspirer les Etats dans le développement de normes d'harmonisation en matière de commerce international.

Pour être applicables, ces règles nécessitent une référence au sein du contrat commercial par les parties elles-mêmes. Cependant, cette référence ne suffit pas pour que ces principes soient appliqués par le juge. En effet, le juge étatique va appliquer en priorité les lois de polices ainsi que les règles de conflits de loi qui vont prévaloir sur ces principes.

Ces principes « UNIDROIT » ne font pas l'objet d'une forte application par le juge français et d'une importante jurisprudence. Même si ces principes n'ont pas pour le moment de force obligatoire, ceux-ci ont vocation à le devenir.

Concernant la « LEX MERCATORIA », c'est une théorie doctrinale développée par le professeur GOLDMAN dans les années 60 et qui revient à penser que le droit du commerce international se compose de règles de droit spontanés, d'usages. Ce professeur estimait également que ces normes constituaient un ordre juridique autonome qui avait vocation à devenir applicable aux matières du commerce international. Cette « LEX MERCATORIA » a été intégrée dans l'ordre juridique et considérée comme applicable par l'intermédiaire de la Cour de cassation dans son célèbre arrêt « VALENCIANA » de 1991<sup>32</sup> qui a consacré la juridicité de ces usages et règles transnationales.

La LEX MERCATORIA a donc été définie ici par le juge étatique comme un ensemble de règle du commerce international en limitant son applicabilité à la sanction que celle-ci reçoit dans un ordre juridique étatique.

---

<sup>32</sup> Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 22 octobre 1991, n° de pourvoi : 89-21528.

## Partie 2 : Le contrôle et la surveillance du juge dans la détermination de la loi applicable aux contrats commerciaux.

Le rôle du juge dans la détermination de la loi applicable ne se limite pas à la mise en application des règles de conflits de loi étatiques et internationales ou des règles matérielles déterminant l'ordre juridique compétent pour régir le litige né de l'application des contrats commerciaux. En effet, une étape succède à celle de la détermination de la loi applicable qui est l'application de la loi désignée comme compétente par les règles de conflits de loi, mais également par les éventuelles clauses de choix de loi présentes dans un contrat commercial international. Les parties ayant la possibilité d'insérer une clause de choix de loi au sein de leur contrat, déterminant ainsi de façon préalable la loi applicable à celui-ci dans son application ou pour tout litige pouvant naître de cette application, la tentation de choisir une loi fantaisiste plus favorable existe. Le juge a donc également un rôle à jouer dans l'application de la loi déterminée comme compétente par les parties. En effet celui-ci a le devoir d'exercer un contrôle dans l'application de la loi applicable à un contrat commercial, tout d'abord dans un objectif de sécurité juridique mais également dans un objectif de bonne administration de la justice. Il est notamment du rôle du juge de contrôler et d'appliquer la clause de choix de loi pouvant exister au sein d'un contrat commercial, notamment dans l'optique d'un choix de loi applicable différente de celle normalement compétente au titre des règles conflictuelles (*Titre 1*). De plus, le juge possède un devoir de contrôle dans l'application de la loi étrangère désignée comme compétente par la règle de conflit de loi, notamment vis-à-vis d'un ordre public international (*Titre 2*).

### Titre 1 : Le contrôle et l'application de la loi choisie par les parties au contrat par le juge.

Le juge étatique, lorsqu'il a à connaître d'un litige relatif à un contrat commercial international, peut se trouver confronté à l'existence d'une clause de choix de loi au sein dudit contrat. Cette clause ayant pour rôle de déterminer par avance la loi applicable au contrat, le juge n'a pas à mettre en œuvre les règles de conflit de loi. Cependant, celui-ci doit exercer un contrôle de la validité de la clause de choix de loi, notamment en ce qui concerne la loi applicable désignée par les parties (*Chapitre 1*) mais également sur le contenu et la charge de la preuve du contenu de la loi désignée par les parties au contrat (*Chapitre 2*).

## Chapitre 1 : Le contrôle de la validité de la clause de choix de loi.

Dans la mission du juge étatique qu'est la détermination de la loi applicable, il est nécessaire d'évoquer la situation que représente la clause de choix de loi qui permet aux parties de déterminer le droit applicable à leur contrat préalablement à tout litige (*Section 1*) et le devoir du juge de contrôler le contenu de cette clause et notamment le contrôle de la loi déterminée comme applicable par les parties au sein même de leur contrat (*Section 2*).

### **Section 1 : L'option offerte par la clause de choix de loi aux parties dans la détermination de la loi applicable par le juge.**

Dans le cadre d'un contrat commercial international, possédant des liens d'extranéité avec différents États, la question de la loi applicable à l'application de ce contrat se pose. Outre la méthode conflictuelle étudiée précédemment et le rôle du juge dans leur application, il existe une possibilité pour les parties de déterminer de façon préalable la loi qui va régir le contrat et son application, et notamment les litiges qui pourraient naître de cette application.

La détermination de la loi applicable à un contrat sans tenir compte de la volonté des parties peut mener à une insécurité juridique pour les parties, notamment en raison de la multitude de droits et de solutions qui pourraient possiblement s'appliquer à ce contrat, une pléiade de droits que les parties elles-mêmes ne peuvent appréhender.

Cette possibilité offerte aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat est une émanation du principe de l'autonomie de la volonté, qui s'est développé dans la pratique et est devenu un élément incontournable dans la pratique commerciale internationale. Cette autonomie de la volonté s'entend donc ici comme la faculté pour les parties à un contrat de choisir la loi qui régir leur contrat. Cette pratique a fait l'objet d'une consécration par la Conférence de La Haye à travers « *les principes de La Haye* », donnant plein effet à ce choix de loi applicable.

Cette clause de choix de loi doit être distinguée des clauses de juridiction, « *d'élection de FOR* », qui désignent quant à elles la juridiction compétente pour traiter des litiges pouvant naître de l'application du contrat commercial, moyen supplémentaire donné aux parties réduisant l'imprévisibilité pour les parties pour l'application du contrat les liant.



En principe, cette possibilité de choisir la loi applicable au contrat permet aux parties d'appréhender le droit qui leur sera applicable durant l'exécution du contrat, mais également en cas de litige pouvant résulter de cette application. Selon le principe de l'autonomie, il serait donc logique que les parties puissent choisir l'ensemble des droits internationaux pour les rendre applicables à leur contrat, sans considération de lieu, de critère de rattachement. C'est ce qui serait possible dans le cas d'une liberté totale pour les parties. Cependant, cette possibilité donnée aux parties aurait pour conséquence de permettre de se sortir, d'échapper à des obligations qui seraient considérées comme trop lourdes pour les parties, et donc conduire au phénomène du « *LAW SHOPPING* ».

Cette liberté pour les parties a été reconnue, en droit positif français, par la Cour de cassation dans un arrêt ancien datant de 1910, l'arrêt « *American trading company* »<sup>33</sup>. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de transport conclu entre une société américaine et canadienne pour un transport de farine vers la Guadeloupe. Était incluse au contrat une clause de choix de loi régissant le contrat et son application, qu'une des parties a contredit lors du litige. Dans sa décision, la cour de cassation a reconnu la validité de cette clause de choix de loi afin de régir le litige et notamment la responsabilité du transport pour le transporteur et le régime d'exonération invoqué par l'une des parties. Le juge français a donc ici reconnu la possibilité pour les parties à un contrat international de convenir préalablement à tout litige de la loi qui serait appliquée à leur contrat. Ceci illustre une nouvelle fois l'impact du juge dans la détermination de la loi applicable, et des aménagements possibles pour faciliter cette recherche et la détermination de celle-ci.

En matière contractuelle, cette possibilité de choisir la loi applicable au contrat pour les parties est fixée dans le règlement Rome I<sup>34</sup>, et notamment au sein de son article 3 qui pose la liberté de choix et dispose que « *Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat* ».

---

<sup>33</sup> Civ, 5 décembre 1910, *American trading company*.

<sup>34</sup> Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

Cependant, cette possibilité offerte aux parties de déterminer la loi applicable préalablement à tout litige, libérant le juge de l'obligation de détermination de la loi applicable possède des limites en ce qu'elle ne constitue pas une liberté pleine et entière pour les parties. En effet, il existe des limites à cette liberté de choix ne permettant pas aux parties de choisir une loi totalement abstraite par rapport aux circonstances de l'espèce.

## **Section 2 : Le contrôle de la loi applicable déterminée par la clause de choix de loi.**

Malgré l'autonomie de la volonté laissée aux parties dans la détermination préalable de la loi applicable, au sein même de leur contrat, celle-ci comporte des limites en ce qu'elle ne permet pas totalement d'écarter la loi normalement applicable, ni de court-circuiter l'office du juge dans le contrôle de cette loi.

L'article 3 du règlement Rome I posant le principe de liberté de choix pour les parties, pose également les limites de ce choix. Malgré la possibilité qu'ont les parties de choisir la loi applicable au contrat, ce choix de loi ne prive en aucun cas d'effet les lois de polices étatiques ainsi que les règles du droit communautaire. En effet, ce règlement dispose que « *Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord* ». De plus, l'alinéa 4 pose le même principe, mais en ce qui concerne les dispositions du droit communautaire mises en œuvre par l'Etat membre du for.

Il existe également une limite relative à la situation de droit, et notamment à son internationalité. En effet, il est défini à l'article 3 du règlement Rome 1 qu'en cas de situation purement interne, les parties ayant choisi une loi étrangère à celle du FOR de référence ne peuvent limiter ce choix à certaines dispositions, notamment les lois de police.

Une illustration de ces limites est donnée par la Cour de cassation du 23 septembre 2015<sup>35</sup>. Était en cause ici deux connaissements liant une société camerounaise et une société congolaise pour un transport effectué par un navire appartenant à un armateur allemand. Durant le transport, la marchandise a été perdue lors d'un

---

<sup>35</sup> Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 23 septembre 2015, n° de pourvoi : 14-17.542,981.

nauffrage et les assureurs de la marchandise ainsi que la société camerounaise ont assigné le transporteur allemand devant les juges français. Au sein de ces connaissements était incluse une clause paramount soumettant ceux-ci à la convention de Bruxelles de 1924. Toutefois, la cour de cassation est intervenue au motif que la convention de Bruxelles ne pouvait s'appliquer en l'espèce, le Cameroun et le Congo étant membres de la Convention de Hambourg, ayant donc dénoncé la convention de Bruxelles, et que les règles contenues dans cette convention représentaient des lois de police, applicables de façon prioritaire sur toutes autres règles, notamment sur la loi désignée comme applicable par les parties préalablement à tout litige.

Ce même arrêt pose la question d'une clause de choix de loi incluse dans un contrat sans acceptation expresse de l'une de parties. En l'espèce, le chargeur n'avait pas accepté de façon expresse la clause de choix de loi. La cour d'appel avait considéré dans un premier temps qu'au vu de la relation économique de longue date entre les sociétés, celle-ci avait tout de même vocation à s'appliquer. La cour de cassation est intervenue et a rappelé le principe selon lequel la clause de choix de loi n'est opposable aux parties que si elles en ont eu connaissance et qu'en l'absence de signature du connaisseur par le chargeur à qui la clause était opposée, celle-ci ne pouvait valablement pas s'appliquer. Le juge est donc venu rappeler ici une disposition contenue notamment dans le règlement Rome 1 qui oblige les parties à signer et à accepter une clause de choix de loi, cela de façon expresse, sans quoi celle-ci ne pourra valablement pas s'appliquer.

Il y a donc ici une première limite posée par le règlement en ce qui concerne la liberté de choix de loi donnée aux parties dans le cadre de l'exécution d'un contrat commercial international. Le juge étatique va donc devoir procéder, lors de son office, à la recherche de lois de police qui pourraient éventuellement s'appliquer à la situation donnée, sans tenir compte du fait que la loi du FOR n'a pas été choisie par les parties pour régir ledit contrat. Il est donc ici établi que les parties ne peuvent totalement échapper à l'application de la loi normalement applicable en vertu des lois de police et des règles communautaires obligatoires.

De plus, il existe des limites spéciales à certains types de contrats commerciaux comme le contrat de transport ou encore le contrat de consommation.

En matière de contrat de transport, et plus particulièrement en matière de contrat de transport de passagers, le règlement Rome 1 fixe une limite quant à la fixation préalable de la loi compétente au sein du contrat. En effet, l'article 5 dudit règlement dispose que les parties peuvent choisir comme loi applicable au contrat de transport de passagers, comme convenu à l'article 3 du même règlement, uniquement 5 possibilités de lois qui sont les suivantes : La loi du pays dans lequel le passager a sa résidence habituelle, dans lequel le transporteur a sa résidence habituelle, dans lequel le transporteur a son lieu d'administration centrale, dans lequel se situe le lieu de départ ou dans lequel se situe le lieu de destination. En dehors de ces 5 cas, les parties ne pourront pas convenir d'une loi applicable différente.

En matière de transport, la liberté de choix des parties peut aussi connaître une limite dans le cas d'une « *clause paramount* » qui est la clause par laquelle les parties soumettent volontairement leur contrat de transport à une loi autre que celle normalement compétente pour le régir. En effet, le droit français, par l'intermédiaire du juge de la Cour de cassation, est intervenu sur cette question, et notamment sur la question de la réglementation choisie par ces parties au sein de cette clause. Dans un premier arrêt du 4 février 1992<sup>36</sup>, la cour de cassation a fixé le régime de ce type de clause. En effet, les juges du quai de l'horloge ont déterminé le champ d'action d'une telle clause, notamment lorsque les parties choisissent d'appliquer à leur contrat une convention qui ne leur ait pas applicable en principe. La cour de cassation a considéré que les parties ne pouvaient pas choisir au compte-goutte les dispositions qu'ils voulaient se voir appliquer, mais devaient au contraire se voir appliquer l'ensemble du texte, ce qui limite en quelque sorte la possibilité de « *Law shopping* ».

En matière de contrat de consommation, le règlement Rome 1 fixe également une limite, limite qui reste moins précise et moins stricte que celle en vigueur pour le contrat de transport de passagers. En effet, celui-ci prévoit que les parties au contrat peuvent convenir de la loi applicable à leur contrat comme le dispose l'article 3 précédemment cité, mais ce choix ne doit pas avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut

---

<sup>36</sup> Cass, Com, 4 février 1992.

être dérogées par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable en l'absence de choix.

A travers ces exemples, on voit donc qu'il existe une forte autonomie de la volonté pour les parties dans la fixation de la loi applicable à leurs contrats. En effet, ceux-ci possèdent une grande liberté dans le choix de la loi qui leur sera appliqué lors de l'exécution de leur contrat mais également en cas de litige conséquent à cette application. Le juge devra toutefois opérer un contrôle sur la loi désignée par la clause législative en fonction des contrats qui lui seront soumis, notamment en matière de contrat de transport de passagers et de consommation, cela dans le but de protéger la partie faible que peut être le consommateur dans les rapports commerciaux.

Le juge conserve donc, en présence d'une clause de choix de loi, un rôle important dans la détermination de la loi applicable, notamment dans la surveillance de la loi déterminée par les parties. Le juge doit donc s'attarder sur les circonstances de la situation à laquelle il est confronté lors de son office. Il a également eu, dans l'histoire du droit privé, un rôle prépondérant dans la reconnaissance de ce principe d'autonomie.

## Chapitre 2 : Le contrôle et la preuve de la loi désignée par les parties au contrat.

Dans le cadre de l'office du juge et de la détermination de la loi applicable, le juge peut être amené à appliquer une loi différente à celle de l'ordre juridique de référence, en l'occurrence une loi étrangère, que ce soit en raison d'une règle de conflit de loi mais également en cas de choix d'une loi étrangère par les parties au sein même de leur contrat. Cependant, il est opportun de s'intéresser, dans le cadre de la mission du juge, à la répartition de la preuve de la loi invoquée par les parties.

### **Section unique : La preuve de la loi invoquée par les parties.**

Dans le cadre de la détermination de la loi applicable, et notamment en présence d'une clause de choix de loi incluse dans un contrat commercial, la question de la preuve du contenu de la loi étrangère se pose. En effet, il est nécessaire de connaître le rôle du juge et des parties dans la détermination du contenu de la loi invoquée, choisie par les parties.

Le régime de cette preuve de la loi invoquée par les parties provient d'un célèbre arrêt qui est l'arrêt « LAUTOUR »<sup>37</sup>. Dans cet arrêt, les faits concernaient la responsabilité délictuelle. A la suite d'une collision survenue en Espagne avec un train, un camion appartenant à un citoyen français, conduit par son préposé, a explosé et causé la mort d'un ressortissant français. Suite à cet accident, la veuve du ressortissant décédé obtient réparation du dommage causé par le préposé mais décide d'assigner celui-ci devant la justice considérant la réparation trop faible. Les juges du fond donnent raison à la veuve du ressortissant français mais le propriétaire du camion ayant causé le dommage se pourvoit en cassation, invoquant la loi espagnole comme loi compétente pour régir le litige. La cour de cassation, lors du pourvoi, a considéré « *qu'il n'appartenait pas aux juges du fond de déplacer le fardeau de la preuve et de soustraire à son contrôle leur décision relative à la règle de conflit, en reprochant au défendeur à l'instance l'ignorance des dispositions précises du droit espagnol capables de justifier ses allégations alors que la demanderesse en réparation à laquelle incombait la charge de prouver que la loi applicable lui accordait les dommages intérêts réclamés ne contestait pas l'interprétation du droit espagnol affirmé par son adversaire* ».

Dans cette espèce, la demanderesse à l'action s'était en effet gardée d'invoquer la loi espagnole car celle-ci lui était défavorable dans son contenu et celle-ci souhaitait se voir appliquer le droit français, lui offrant une meilleure réparation du préjudice subi. Cependant, le défendeur souhaitait quant à lui se faire appliquer le droit espagnol, compétent pour traiter du litige selon lui. Cependant, le défendeur n'ayant apporté aucune preuve du contenu de la loi étrangère, la Cour d'appel s'est limitée à déclarer la loi étrangère inapplicable en raison de ce défaut de preuve. Les juges du fond ont donc ici placé la charge de la preuve de la loi applicable sur les épaules de la partie qui l'invoque, refusant donc l'application de toute loi étrangère si la preuve de son contenu n'était pas établie. La cour de cassation est donc venue poser ici le principe selon lequel il revient à la partie qui émet en justice une prétention d'établir le contenu de la loi étrangère applicable à celle-ci, ici la demanderesse. La cour de cassation opère ici une distinction entre le contenu de la loi étrangère dans son application où la preuve repose sur les parties invoquant cette loi étrangère, et la

---

<sup>37</sup> Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 25 mai 1948, Lautour c/ Veuve Guiraud.

vocation de la loi à s'appliquer au cas d'espèce, là où aucune preuve n'est demandée de la part de la partie qui l'invoque.

Si l'on peut faire un parallèle avec le contenu de l'actuel article 9 du code de procédure civile<sup>38</sup>, la solution de cet arrêt est clairement celle-ci : La charge de la preuve de la loi étrangère pèse sur la partie dont la prétention est soumise à cette loi, et non sur celle qui l'invoque.

Cependant, cette conception a été peu à peu remise en cause par la jurisprudence de la Cour de cassation, et notamment par un arrêt récent, l'arrêt « *Itraco* »<sup>39</sup>. Dans cet arrêt était en cause un contrat de vente entre deux sociétés étrangères comprenant le transport de la marchandise. Lors du transport, des manquants ont été décelés et la société Itraco s'est retournée contre l'armateur et le capitaine du navire pour obtenir réparation du préjudice subi. La société Itraco a invoqué pour régir le litige l'« *Australian Carriage of Goods by Sea Act 1991* » sans en invoquer le contenu et la teneur, ne permettant pas d'analyser les connaissements établis pour le transport. Dans cet arrêt, la Cour de cassation est venue régir la charge de la preuve de loi étrangère de façon différente à celle déjà posée par l'arrêt « *Lautour* ».

Cet arrêt est fondateur dans le sens où il donne au juge la maîtrise de la question de la connaissance de la loi étrangère applicable pour ne confier aux parties qu'une fonction utile.

Avant cet arrêt, La cour de cassation n'avait admis qu'un rôle d'arbitre au juge, un rôle passif dans la question de la preuve de la loi étrangère. En effet, les juges du quai de l'horloge s'étaient posés dans un rôle purement passif, en limitant le rôle du juge à la simple répartition entre les parties de la charge de la preuve.

Il ressort donc de cet arrêt et de la jurisprudence de la cour de cassation qu'il incombe au juge français qui reconnaît l'application d'un droit étranger d'en rechercher la teneur, soit d'office, soit à la demande des parties qui l'invoquent, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger. Le juge doit procéder à la recherche de la teneur de la loi étrangère désignée et donner une solution conforme au droit positif étranger compétent. En pratique, cette mission va

---

<sup>38</sup> Article 9 du Code de procédure civile : « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ».

<sup>39</sup> Cass, Com, 28 juin 2005, Soc. Itraco c/ Fenwick Shipping Services Ltd et autre.

revenir aux parties sous le contrôle du juge et sous ses propres instructions, permettant aux parties de connaître le champ d'action de leur recherche et l'application correcte de la loi invoquée.

Il est donc du rôle du juge, avec la complicité des parties, de procéder à la recherche de la teneur de la loi étrangère dans le cadre d'un litige international. En effet, il n'est plus du simple rôle des parties de procéder à ces recherches qui, à défaut, les priveraient de l'application de la loi étrangère pourtant compétente. On voit donc ici que le juge ne possède plus simplement un rôle de détermination au regard des règles de conflit de loi, mais un réel pouvoir d'appréciation et de recherche de la loi applicable. Le juge ne doit pas simplement se borner à appliquer la loi étrangère, il doit en rechercher la teneur afin de pouvoir l'appliquer de façon correcte à la situation internationale à laquelle il est confronté.

## Titre 2 : La mise en application de la loi applicable et le contrôle de son contenu par le juge.

Le juge étatique joue un rôle important dans la mise en application de la loi déterminée comme applicable au litige, notamment lorsque celle-ci est une loi étrangère. Il est donc important de s'intéresser au rôle du juge, à son office dans l'application du droit étranger désigné comme applicable par les instruments de droit international privé (*Chapitre 1*) mais également de connaître les mécanismes, à sa disposition, lui permettant d'écarter une loi applicable pour des raisons d'ordre public, mais également pour éviter tout cas de fraude à la loi (*Chapitre 2*).

### Chapitre 1 : Le rôle du juge dans l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de loi.

Il est intéressant de s'attacher à la manière donc le juge va appliquer le droit étranger déterminé comme applicable par les règles de droit international privé, à la façon dont celui-ci va appliquer la loi étrangère pour aboutir à une solution.

#### **Section unique : L'office du juge dans l'application du droit étranger.**

Durant son office, le juge possède plusieurs prérogatives, notamment lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit étranger rendu compétent par les différentes méthodes de droit international privé.



Tout d'abord, le juge étatique possède un pouvoir d'interprétation de la loi étrangère appliquée au cas d'espèce. Cette interprétation de la loi étrangère sert à rendre la loi applicable, claire pour les parties, ainsi que pour le juge lui-même afin de régler le litige dont celui-ci a connaissance. Elle intervient à deux niveaux, concernant la norme juridique dont l'interprétation relève des juges du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, et concernant la norme contractuelle confiée uniquement aux juges du fond, qui possèdent une appréciation souveraine de celle-ci.

Cependant, cette interprétation n'intervient que lorsque la règle de droit étrangère est ambiguë. Par exemple, si la teneur de la loi étrangère a déjà été fixée par la jurisprudence étrangère, l'interprétation du juge n'est plus nécessaire, celui-ci doit s'aligner sur cette jurisprudence pour appliquer la loi compétente.

Ce pouvoir d'interprétation n'interviendra donc que, lorsque le juge ne possède qu'un texte législatif étranger brut, sans explicitation par le biais de la jurisprudence étrangère ou de la doctrine étrangère, ce qui est une hypothèse rare en l'espèce.

Ce pouvoir d'interprétation de la cour de cassation est illustré dans l'arrêt « *Coucke* »<sup>40</sup>. En l'espèce, se posait la question d'une demande en nullité d'une donation portant sur un meuble incorporel et l'interprétation de la loi belge en la matière. Ici la cour de cassation est venue dire que le moyen de défense ne venait que remettre en cause l'interprétation et l'application souveraine de la loi étrangère par les juges du fond, non-soumis à un contrôle de la cour de cassation. La Cour de cassation est venue poser le régime de l'interprétation de la loi étrangère par les juges du fond qui se fait de façon souveraine, sans contrôle nécessaire de la part des juges du droit. Le juge est donc souverain dans son interprétation de la loi étrangère.

De plus, les juges du quai de l'horloge possèdent un pouvoir de contrôle en dénaturation de la loi étrangère. En effet, le juge de la Cour de cassation a pour rôle de contrôler l'application faite par les juges du fond de la loi étrangère afin d'éviter toute dénaturation dans l'application de la loi compétente. Ce pouvoir est issu du principe, selon lequel, le juge doit connaître le contenu de la règle de droit étrangères, le constater par le biais de son devoir de recherche de la loi applicable.

---

<sup>40</sup> Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 13 janvier 1993.

Celui-ci doit pouvoir appliquer au litige, une règle légale, claire et précise permettant à la situation d'échapper à toute ambiguïté.

## Chapitre 2 : Les mécanismes dérogatoires aux règles de coordination.

Il existe en droit international privé des mécanismes dérogatoires aux règles de coordination qui permettent aux juges de ne pas appliquer une règle de conflit de loi à une situation juridique donnée en vertu de principes impérieux. De plus, en dépit du fait qu'il existe, une équivalence entre le droit étranger et le droit de l'ordre juridique de référence, le droit étranger n'est jamais véritablement placé sur un pied d'égalité par rapport à la loi nationale. En effet, la loi du for possède un avantage de fait sur cette loi étrangère, durant tout le mécanisme de détermination de la loi applicable, que ce soit dans la mise en action de la règle de conflit de loi ou que ce soit au moment de l'application de la loi étrangère déterminée comme applicable par la règle de conflit, ce qui est notamment ressorti des points étudiés précédemment. L'application d'une loi étrangère peut être remise en cause du fait de son contenu qui peut se révéler contraire à l'ordre public du for (*Section 1*), mais également au regard des faits laissant présager une fraude à la loi par les parties (*Section 2*).

### **Section 1 : L'exception d'ordre public international.**

L'ordre public international est représenté dans la pratique sous différentes formes mais s'illustre le plus fréquemment par les règles impératives auxquelles il n'est pas possible de déroger par convention comme le dispose l'article 6 du code civil. Nous allons désormais parler d'exception d'ordre public permettant au juge de déroger aux règles de conflits de loi, mais également à l'application de la loi étrangère notamment.

En droit interne, cette notion d'ordre public a inspiré les lois de police et leur impérativité sur toutes formes de coordination, sur toutes règles de droit étrangères à l'ordre juridique de référence.

Cette exception d'ordre public est donc une notion mise au service du juge étatique, permettant d'écarter l'application d'une loi étrangère qui serait considérée comme contraire aux valeurs et aux normes d'un Etat, d'un ordre juridique.

Le contenu de cet ordre public international ne peut être défini de façon précise, celui-ci ayant un contenu variable en fonction de l'ordre juridique dans lequel on se

situe. Sa définition se rapproche de celle donnée aux lois de police, l'ordre public international étant décrit comme l'ensemble des règles, valeurs attachées à un Etat touchant les intérêts politiques, économiques et sociaux de celui-ci. En droit français, cet ordre public international est illustré par ce qu'appelle la Cour de cassation les « *principes essentiels du droit français* ».

Celui-ci va donc intervenir à l'encontre de loi étrangère qui, par son application à un litige, mettrait en péril le modèle politique, économique et social de la France. En matière de droit des contrats, cette notion intervient notamment par le biais des lois de police et les exemples cités pour l'explicitation du rôle de ces lois de police est transposable ici-même pour définir la notion même d'ordre public international.

L'appréciation de cet ordre public international se fait de façon concrète par le juge lors des litiges dont il a à connaître. Le juge, dans son office, applique cet ordre public pour éviter que ne soit consacré, par le biais de l'application d'une loi étrangère, des situations qui ne sont pas reconnues en France, par l'ordre juridique français.

Cet ordre public répond à des conditions de déclenchement spécifique et produit des effets limités dans les faits.

L'ordre public international représentant le modèle politique, économique et social d'un Etat, celui-ci est de nature évolutive. Celui-ci va en effet varier selon la volonté du juge étatique et selon ses décisions relatives au contenu de cet ordre public international. Le juge doit donc se référer, pour comparer la loi étrangère à son ordre public international, aux conceptions actuelles de son droit national.

Il est également nécessaire de parler de la notion « *d'ordre public de proximité* », qui permet à un juge d'appliquer l'ordre public international de son ordre juridique, alors même, que la situation n'est pas née dans cet ordre juridique, mais concerne un ressortissant de cet ordre juridique. En effet, même si la situation se situe à l'étranger, il peut y avoir un retour vers un ordre public international si la situation juridique se rattache à la France. La situation étrangère va tellement se rattacher à la France que le juge va décider de faire jouer l'ordre public international.

Il est donc ici nécessaire pour le juge d'analyser la situation née à l'étranger et de rechercher les éléments qui prouveraient que la situation a présenté, au moment de

sa création ou au moment de la production des effets de cette situation, un rattachement avec l'ordre juridique du FOR. On est donc ici dans une approche contraire à la logique des règles de conflit de loi où le juge part de son ordre juridique de référence pour rechercher des éléments d'extranéité étrangers. Ici, le juge va se baser sur une situation juridique basée à l'étranger et va rechercher des éléments de rattachement à son propre ordre juridique afin d'appliquer ou non l'ordre public international.

Cette méthode de l'ordre public permet aux juges de concilier les normes impératives de son ordre juridique de référence, mais également celles du droit européen, et le besoin de coordination internationale dans une matière imprégnées d'une forte internationalité.

Concernant les effets de cet ordre public international en matière commerciale, celui-ci a tout d'abord pour conséquence de permettre au juge national d'écarter l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de loi appliquée au cas d'espèce. Le juge va pouvoir, par le biais de cet ordre public international substituer sa propre loi à la loi étrangère normalement applicable, en vertu des règles de conflit de loi.

Cependant, en matière commerciale, l'exception la plus fréquemment utilisée par le juge est celle de l'exception de fraude à la loi, notamment dans le choix de la loi par les parties faites dans un but de fraude, c'est-à-dire pour éviter l'application de normes contraignantes à leurs situations.

## **Section 2 : L'exception de fraude à la loi.**

En matière de droit international privé, la fraude à la loi est définie par la mise en œuvre de manœuvres visant à éluder l'application d'une loi qui aurait normalement été applicable. La fraude à la loi se caractérise par l'utilisation artificielle d'une règle de conflit de loi pour échapper à l'application d'une disposition nationale défavorable.

Il est tentant, pour les parties à un contrat commercial international, de rechercher la loi qui leur serait la plus favorable parmi les différentes lois présentant un lien de rattachement avec la situation. En principe, les liens de rattachement sont soumis aux règles de conflit de loi, mais il est possible pour les parties de modifier les

éléments de rattachement de leur situation afin de ne pas se voir appliquer une règle de conflit de loi, et donc une loi qui leur serait défavorable.

Cette notion de fraude à la loi a fait son apparition dans un arrêt de principe de 1878 qui est l'arrêt « *Princesse de Beaufremont* »<sup>41</sup>. Cet arrêt touchait une décision judiciaire de séparation de corps entre un époux français et une épouse belge, devenu française par le mariage. Suite à cette séparation de corps, l'épouse s'installe dans le duché de Sax-Haltenburg et en obtient la nationalité. Selon le droit de cet État, les personnes de confession catholique étaient considérées comme divorcées après une décision de séparation de corps. Celle-ci décide donc de se remarier sans avoir préalablement demandé le divorce. Le premier époux demande devant la cassation l'annulation du mariage. Dans cet arrêt, la cour de cassation a considéré que les circonstances de fait caractérisaient une fraude à la loi française, l'épouse ayant obtenu la nationalité étrangère, uniquement, dans le but d'échapper aux prohibitions posées par la loi française.

Suite à cette jurisprudence fondatrice du régime de la fraude à la loi, la Cour de cassation est venue fixer le régime de celle-ci en posant trois éléments nécessaires à sa caractérisation, un élément matériel, un élément moral et un élément légal.

Concernant l'élément matériel nécessaire à la caractérisation d'une fraude à la loi, celui-ci consiste en une modification de l'élément de rattachement, ce qui a été pendant longtemps représenté par un changement de nationalité. Cependant, les règles de conflit de loi ont notamment été modifiées pour prendre en compte, des éléments supplémentaires à la simple nationalité, le changement de domicile au sein de l'Union Européenne étant simple.

La Cour de cassation est venue illustrer cet élément matériel dans son arrêt « *Caron* »<sup>42</sup>. En l'espèce était en cause un litige relatif à une succession internationale. Un ressortissant français, domicilié aux Etats-Unis possède une fortune qui concerne plusieurs immeubles situés sur le territoire français. Lors de la succession, deux règles de conflits s'opposent. En matière mobilière, le critère de rattachement est le domicile du défunt alors qu'en matière immobilière, on retient le lieu de situation de l'immeuble, appliquant donc ici deux droits, pour les deux types

---

<sup>41</sup> Cass, civ, 18 mars 1878, Beaufremont.

<sup>42</sup> Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 25 mars 1985.

de biens. De plus, le droit français prévoyant une réserve héréditaire obligatoire, le ressortissant a décidé de créer une société civile immobilière dans laquelle il décide de transférer les immeubles. De plus, en matière société, les parts d'une société civile immobilière sont considérées comme des biens mobiliers, rentrant donc, dans le champ d'application de la loi américaine, comme le lieu de domiciliation du ressortissant. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a constaté une fraude à la loi constituée par la manipulation opérée dans le but de modifier le critère de rattachement, et donc l'application d'une loi étrangère différente de celle normalement applicable.

Concernant l'élément moral, celui-ci représente la volonté de fraude à la loi. En effet, celui-ci nécessite de caractériser la volonté de la part du justiciable de fausser la règle de conflit. Il faut donc que le juge caractérise un élément moral des faits qui lui sont opposés. Il est nécessaire de prouver la volonté du justiciable dans la fraude à la loi.

Le dernier élément nécessaire pour caractériser la fraude à la loi est l'élément légal. Dans le mécanisme que représente la fraude à la loi, le justiciable coupable de cela a pour volonté de ne pas se voir appliquer une loi qui lui serait défavorable, ou en tout cas moins favorables qu'une autre loi étatique, qu'elle soit d'origine étrangère ou d'origine nationale, c'est-à-dire provenant de son propre ordre juridique.

Cette fraude à la loi a pendant longtemps été limitée à la seule fraude à la loi française par la Cour de cassation, et non pas étendue à la loi étrangère. Les juges de la Cour de cassation se sont longtemps limités à apprécier une fraude à la loi uniquement au regard de leur ordre juridique de référence, alors même, que certains justiciables souhaitent se voir appliquer la loi française par rapport à une loi étrangère qui pourrait leur être défavorable, dans le cadre de leur rapport de droit. Cependant, cette conception a été abandonnée et la Cour de cassation a considéré qu'une fraude à la loi pouvait valablement toucher le droit français autant que le droit étranger, et cela à travers l'arrêt « *Société Lafarge* »<sup>43</sup>. Dans cet arrêt, la Cour de cassation est venue poser le principe selon lequel la fraude à la loi est caractérisée lorsque les parties ont volontairement modifié un rapport de droit, dans le seul but de

---

<sup>43</sup> Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 17 mai 1983.

soustraire ce rapport de droit à la loi normalement compétente, sans distinction entre la loi étrangère ou française.

Cette notion de fraude à la loi permet donc d'éviter une pratique répandue, notamment en matière commerciale qui est celle du « *LAW SHOPPING* ». En matière commerciale, l'importance des normes légales, singulièrement dans la régulation économique, est très forte. Les parties à un contrat commercial vont, en effet, chercher à se faire appliquer les normes plus favorables à leur situation, en particulier en matière fiscale ou encore en matière de responsabilité contractuelle. Cette notion développée par la Cour de cassation permet donc au juge de contrer cette pratique et permettre d'éviter un choix de loi basé sur des considérations purement pratiques pour les parties. Elle permet également au juge, lorsque les éléments sont caractérisés, d'écarter l'application d'une loi étrangère qui serait considérée comme trop favorable aux parties, notamment au vu du contenu du droit français.

## Conclusion.

Il ressort de tous ces éléments légaux et factuels que le juge possède un large panel d'instruments, d'obligations mais aussi de devoir afin de déterminer la loi applicable à un contrat commercial. L'existence et le développement de situations internationales a considérablement changé le rôle du juge dans la détermination de la loi applicable aux contrats. Le juge, qui, à la genèse, ne se contentait que d'appliquer les règles de droit français, puis de droit international privé interne, se retrouve désormais avec un rôle beaucoup plus lourd et plus divers. Le juge a la tâche de déterminer la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, du début de la procédure consistant à la recherche de la loi applicable à l'espèce à laquelle il est confronté, jusqu'à la teneur de la loi applicable, autre que celle de son propre ordre juridique, et notamment dans un but de conformité avec son ordre public. Les exigences ne sont plus les mêmes et donnent aux juges étatiques des prérogatives et des obligations beaucoup plus fortes. Il y a eu une, durant l'évolution du droit international privé et du commerce international, une évolution dans les mécanismes employés par le juge et les rôles que celui-ci devait tenir. De plus, celui-ci a eu un rôle important dans la reconnaissance de mécanisme ayant permis le développement du droit international privé et de la coordination entre les Etats, notamment au sein de l'Union Européenne. C'est notamment au juge qu'est revenu le rôle de reconnaissance et de fixation des régimes de certains mécanismes comme la loi de police, la notion d'ordre public international ou encore la preuve de la loi étrangère appliquée.

Le juge possède donc un simple rôle d'application des normes déjà existantes comme les règles de conflit de loi, où son intervention reste limité quant au contenu et au régime de ces normes, mais possède également un réel rôle d'organisateur et de régulateur des instruments appliqués en matière internationale, notamment dans le contrôle des clauses de choix de loi, mais également dans le contrôle et l'application des lois étrangères appliquées à une situation internationale dont il a connaissance lors de son office, mais également dans l'application même des règles de conflit de loi.

Le droit international privé interne, mais également européen, possédant un régime spécifique fixé par les règles internes mais également par les traités européens et internationaux, ne prive pas le juge d'un rôle prépondérant dans la recherche de la



loi applicable. Celui-ci sert à appliquer ces normes, mais également à les définir, tant dans leur contenu que dans leur application aux cas d'espèce.

## **Bibliographie.**

### **Traités et ouvrages généraux.**

Kessedjan Catherine, *Droit du commerce international*, PUF, Paris, édition 2013,

Bon-Garcin Isabelle, Bernadet Maurice, Reinhard Yves, *Droit des transports*, Dalloz, Paris, édition 2010.

Cachard Olivier, *Droit international privé*, Larcier, Bruxelles, édition 2015.

Clavel Sandrine, *Droit international privé*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> édition, 2012.

Jacquet Jean-Michel, Delebecque Philippe, Corneloup Sabine, *Droit du commerce international*, Précis, Dalloz, 3<sup>ème</sup> édition, 2015.

Ancel Bertrand, Lequette Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> édition, 2006.

Niboyet Marie-Laure, De Geouffre de la Pradelle Géraud, *Droit international privé*, LGDJ, Lextenso édition, 5<sup>ème</sup> édition, 2015.

### **Convention internationale.**

Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (version consolidée).

Règlement (CE) n°583/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome 1).

Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I Bis).

Convention pour l'unification des certaines règles relatives au transport aérien international, signé à Varsovie, le 12 octobre 1929.

Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandise du 11 avril 1980 (Convention de Vienne).

### **Jurisprudence.**

Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 23 septembre 2015, n°14-17.542,981.

Cass, Com, 1<sup>er</sup> mars 2016, n°14-22.608.

CJUE, 17 octobre 2013, aff. C-184 :12, UNAMAR.

### **Article de doctrine.**

Bourdeaux Gautier, Menjucq Michel, Nourissat Cyril, Droit du commerce international, *la semaine juridique édition générale*, n°39 – 21 septembre 2015, page 1693.

Bon-Garcin Isabelle, les transports : activités, contrat et responsabilités, *la semaine juridique – entreprise et affaires*, n°42 – 15 octobre 2015, page 27.

Muir Watt Horatia, *Preuve de la loi étrangère et application par défaut de la loi française*, *Revue critique de droit international privé*, 1992, p314.

Ancel Bertrand, Muir Watt Horatia, *Application de la règle de conflits en cas d'équivalence des lois applicables et appliquées*, *Revue critique de droit international privé*, 1999, p698.

Mayer Pierre, *Office du juge dans la recherche de la teneur de la loi étrangère et régime de l'accord procédural*, *Revue critique de droit international privé*, 1998, p60.

Muir Watt Horatia, *Des pouvoirs du juge d'interpréter la loi étrangère, hors dénaturation*, *Revue critique de droit international privé*, 2009, p53.

Ancel Bertrand, *Du rôle du juge dans l'application de la loi étrangère*, *Revue critique de droit international privé*, 1999, p88.

Muir Watt Horatia, *Des devoirs du juge dans l'application de la loi étrangère*, *Revue critique de droit international privé*, 2003, p87.

Ancel Bertrand, *De l'office du juge dans l'application de la loi étrangère et de l'intérêt à critiquer l'application erronée de la loi française*, *Revue critique de droit international privé*, 2004, p95.

Ponsard André, *L'office du juge et l'application du droit étranger*, *Revue critique de droit international privé*, 1990, p607.

Muir Watt Horatia, *En présence de deux droits équivalents sur le point en litige, il ne peut être fait grief au juge de ne pas choisir la loi applicable*, *Revue critique de droit international privé*, 2001, p513.

Lagarde Paul, *La partie qui réclame l'application d'une loi étrangère doit démontrer qu'elle aboutirait à un résultat différent de celui obtenu par l'application de la loi française*, *Revue critique de droit international privé*, 1994, p332.

Lagarde Paul, *Office du juge dans la recherche et l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit*, *Revue critique de droit international privé*, 1997, p65.

Muir Watt Horatia, *Loi applicable au connaissance et détermination du créancier de l'obligation du transporteur de livrer la marchandise*, *Revue critique de droit international privé*, 1993, p632.

Bauerreis Jochen, *Le rôle de l'action directe conflictuelle dans les chaînes internationales de contrats*, *Revue critique de droit international privé*, 2000, p331.

Potocki André, *Définition de la loi de police en matière de transport*, *Revue critique de droit international privé*, 2010, p720.

Jault-Seseke, *L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail*, *Revue critique de droit international privé*, 2005, p253.

Ancel Bertrand, Muir Watt Horatia, *Application de la règle de conflits en cas d'équivalence des lois applicables et appliquées*, *Revue critique de droit international privé*, 1999, p698.

Bureau Dominique, *De loi applicable à une chaîne de contrats*, *Revue critique de droit international privé*, 2013, p620.

Ponsard André, *L'office du juge et l'application du droit étranger*, *Revue critique de droit international privé*, 1990, p607.

Legros Cécile, *Loi applicable au contrat de commission de transport*, *Revue critique de droit international privé*, 2015, p221.

Lahlou Yasmine, Matousekova Marina, *Émergence d'un droit international*, *Chronique de droit international privé appliqué aux affaires*. RDAI/IBLJ, N°6, 2007.

Rémery Jean-Pierre, *Application d'office de la Convention de Genève du 19 mai 1956 (CMR) à un transport international de marchandises par route entre le Portugal et la France*, *Revue critique de droit international privé*, 1993, p461.

Muir Watt Horatia, *A défaut de preuve de la loi étrangère, la loi française s'applique à titre subsidiaire*, *Revue critique de droit international privé*, 2007, p575.

Ferrari Franco, *Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties*, *Revue critique de droit international privé*, 2009, p549.

Jacquet Jean-Michel, *Choix exprès de la loi applicable à une garantie autonome*, *Revue critique de droit international privé*, 2000, p737.

Lagarde Paul, *Le juge doit appliquer d'office la convention de Rome du 19 juin 1990*, *Revue critique du droit international privé*, 2005, p465.

Niboyet-Hoegy Marie-Laure, *De la loi applicable à l'intérêt à agir*, *Revue critique de droit international privé*, 1991, p558.

Gaudemet-Tallon Hélène, Jault-Seseke Fabienne, *Droit international privé*, *Recueil Dalloz*, 2015, p1056.