

DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN DES CONTRATS D'AFFAIRES

Sous la direction scientifique de Cyril NOURISSAT, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à la Faculté de droit de l'Université Jean Moulin - Lyon 3, Directeur du Master II Droit international privé et comparé

Les décisions commentées dans cette livraison sont à la fois placées sous le signe de la nouveauté et de la continuité.

La nouveauté, c'est l'arrêt de la chambre commerciale du 16 mars 2010 qui décide qu'en présence d'un contrat international, lors de l'application de la loi d'un pays déterminé (loi désignée subjectivement ou objectivement), il peut être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. En d'autres termes, la Haute Juridiction offre enfin (serait-on tenté d'écrire) un exemple concret du cas de figure souvent présenté comme éminemment théorique des lois de police étrangères en matière contractuelle.

La continuité, ce sont les arrêts de la Cour de justice qui, chacun à leur manière, tentent de dessiner les contours désespérément flous du tristement célèbre article 5, paragraphe 1, du règlement « Bruxelles I » ayant succédé à celui de la Convention de Bruxelles. Vente de marchandises et fournitures de services sont à l'honneur avec ce qui apparaîtra comme une petite fenêtre d'espoir : que cessent les questions, interrogations, hésitations et autres supputations présidant à la détermination de cet obscur for contractuel ! Même si le programme de révision du règlement n'en parle pas, ne devrait-on pas souhaiter que la question vienne sur le devant de la scène et que soient dénoncés à nouveau les effets pervers de ce for opportuniste dont, après d'autres, on doutera en définitive de l'utilité ?

Cyril NOURISSAT



Par Cyril
NOURISSAT

Agrégé des Facultés
de Droit

Vice-Président
de l'Université
Jean Moulin - Lyon 3

Lois de police étrangères devant le juge français du contrat international : une première sous l'empire de la Convention de Rome et peut-être pas une dernière sous l'empire du règlement « Rome I »...

La décision à l'origine du présent repère est sans nul doute appelée à entrer dans la liste des mythiques grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé.

R.D.A.
2970

Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-21.511, P+B

En mettant en lumière le cas et le sort des lois de police étrangères devant le juge français saisi d'un litige intéressant le contrat international, et même si elle éclaire davantage le sort que le cas de cette catégorie toujours discutée de lois de police, la chambre commerciale a suscité immédiatement des commentaires savants (Bureau D. et d'Avout L., Lois de police étrangères devant le juge français du contrat international, JCP E 2010, 1438) et oblige à la remise à jour des cours, manuels et traités de droit international privé qui dans leur très grande majorité avaient déjà rédigé la chronique d'une mort annoncée de la loi de police étrangère, incité en cela - il est vrai - par l'évolution des textes applicables sur ce point. On pense, ici, au règlement « Rome I » et à son article 9, paragraphe 3, ayant profondément modifié la donne telle qu'elle procédait du jeu de l'article 7, paragraphe 1, de la Convention de Rome de 1980.

Une brève mention des faits de cet arrêt de cassation partiel intervenu sur le moyen relevé d'office de la violation par refus d'application de l'article 7, paragraphe 1, de la Convention de Rome. Un exportateur de viande bovine a attrait devant les juridictions françaises le transporteur en raison de ce que l'importateur ghanéen n'avait pu être livré suite à l'embargo décrété par le Ghana sur ce type de denrées périssables. Le transporteur avait alors rapatrié la viande et l'avait vendue en urgence. Dans le cadre du litige, le transporteur avait soutenu la nullité du contrat en raison du caractère rendu illicite de sa cause par le fait de la violation de l'embargo. Les juges du fond n'ont pas suivi ce raisonnement et ont condamné le transporteur à payer une certaine somme au producteur.

En décidant « qu'il appartenait [au juge du fond] de déterminer par application de la Convention de Rome l'effet pouvant >

être donné à la loi ghanéenne invoquée devant [lui] », l'arrêt du 16 mars explicite donc le sort réservé aux lois de police étrangères dans la Convention de Rome (I). Mais, comme l'ont justement relevé les premiers commentateurs, il anticipe le régime de ces mêmes lois de police étrangères dans le règlement « Rome I » (II).

I.- AU PRÉSENT (LOIS DE POLICE ÉTRANGÈRES DANS LA CONVENTION DE ROME)

Le contentieux du contrat international va demeurer encore longtemps tributaire du maniement de la Convention de Rome. Les conditions d'application dans le temps du règlement « Rome I » l'expliquent, qui ne concerne que les contrats conclus après le 17 décembre 2009. Ces derniers n'arriveront, on peut le présager et l'espérer pour les contractants qui ont besoin d'une certaine stabilité dans leur relation, sur la scène judiciaire que dans quelques années... Et même si demeure la question de savoir quel est l'effet d'entraînement d'une décision de justice dans l'inconscient des plaideurs, il est fort à parier que certains n'hésiteront pas à invoquer – désormais – l'existence d'une loi de police étrangère devant le juge français. Les enseignements de l'arrêt du 16 mars doivent dès lors être soigneusement tirés. Ceux-ci sont de divers ordres et, donc, d'inégale importance.

En premier lieu, même si sur ce point l'apport de l'arrêt est limité et suppose une très grande prudence en raison du non-dit qui le caractérise par essence, la décision permet d'offrir une illustration potentielle de la loi de police étrangère. Chacun sait bien qu'il n'est rien de plus difficile en droit international privé (euphémisme ?) que de cerner une loi de police. Et il suffit, ici, de renvoyer aux principaux manuels et traités pour souligner que les critères les plus variés, qu'ils soient formels ou substantiels, sont proposés. Lorsque l'extranéité apparaît, l'exercice d'identification n'en est que plus délicat : vu de l'extérieur, si l'on peut dire, une loi de police d'un for est-elle toujours une loi de police étrangère ?

Pour autant, la décision analysée sera probablement vue comme de nature à donner une consistance à l'hypothèse des lois de police étrangères. Au cas précis, et répétons-le, sans que la chambre commerciale ne se prononce explicitement (ce qu'il ne lui revenait pas de faire), une loi d'embargo paraît bien susceptible d'entrer dans la catégorie des lois de police étrangères. Il sera simplement observé que certains auteurs avaient émis auparavant l'hypothèse, illustrant le cas de figure des lois de police étrangères précisément par la loi d'embargo (cf., par exemple, Niboyet M.-L. et Geoffroy de la Pradelle G., *Droit international privé*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n° 200).

En second lieu, et là la fermeté est au rendez-vous, la chambre commerciale précise l'office du juge confronté à l'invocation d'une loi étrangère susceptible d'entrer dans le champ des lois de police étrangères : il appartient à la juridiction du fond, par application de l'article 7, paragraphe 1, de la Convention de Rome, « de déterminer (...) l'effet pouvant être donné à la loi [étrangère] invoquée devant elle ». Deux séries d'observations s'imposent alors. D'une part, mérite éclaircissement la question de l'invocation de la loi étrangère. D'autre part, suppose

clarification l'expression de « donner effet » tirée des termes mêmes de l'article 7, paragraphe 1, de la Convention de Rome.

En paraissant exiger que la loi étrangère soit invoquée (peu importe *a priori* à quel titre) devant le juge, la chambre commerciale semble bien rejeter l'idée d'un relevé d'office de la loi étrangère aux fins de sa qualification éventuelle au titre des lois de police étrangères. Au cas précis, la loi d'embargo ghanéenne était entrée dans le débat judiciaire sous couvert de cause illicite du contrat au sens de l'article 1133 du Code civil. Il a, par ailleurs, été suggéré de déplacer la question non plus sous l'angle de la formation mais sous l'angle de l'exécution du contrat de transport et, plus particulièrement, du cas fortuit et/ou de la force majeure (en ce sens, Bureau D. et d'Avout L., préc.). Que l'une ou l'autre de ces voies soient explorées à la faveur du débat judiciaire n'avait d'autre conséquence que de faire entrer la loi étrangère, à savoir la loi ghanéenne, dans le débat porté par la loi contractuelle, à savoir au cas particulier, la loi française.

En invitant le juge à « donner effet » à la loi ghanéenne en tant que loi de police étrangère, la chambre commerciale ne se dépare pas d'une lecture littérale de l'article 7, paragraphe 1, de la Convention de Rome. Par là, elle n'éclaire pas d'une lumière nouvelle une des questions théoriques suscitées par les lois de police étrangères et dont la doctrine s'était emparée de longue date. Donner effet signifie-t-il appliquer la loi étrangère ou prendre en considération la loi étrangère, ce qui revient en dernière analyse à s'interroger sur le statut de la loi étrangère devant le juge français ? Les deux écoles ont leurs auteurs et l'on renverra aux écrits consacrés à cette question (en faveur de l'application de la loi de police étrangère, Mayer P., *Les lois de police étrangères*, JDI 1961, p. 277 ; en faveur de la prise en considération de la loi de police étrangère, Kinsch P., *Le fait du prince étranger*, LGDJ, 1994 ; et Fohrer-Dedeurwaerder E., *La prise en considération des normes étrangères*, LGDJ, 2008). Le rapport explicatif de la Convention de Rome n'est pas de grand secours sur ce point puisqu'il prend un soin tout particulier à esquiver la question en se bornant à évoquer « l'application des dispositions impératives », sans distinguer si ces dernières relèvent du for ou non (JOCE 31 oct. 1980, n° C 282). Le Livre vert présenté au moment de la révision de la Convention semble, lui, davantage appréhender la situation (COM (2002) 654 final, 14 janv. 2003). En effet, et même s'il faut faire preuve d'une extrême prudence à l'égard des textes préparatoires de la Commission européenne, cette dernière retient expressément l'idée d'application des lois de police étrangères et souligne ensuite que, dans le cas des États parties ayant formulé une réserve sur cet article 7, paragraphe 1 (Royaume-Uni, Luxembourg, Allemagne), « ceci n'interdit pas pour autant aux juges de ces États de tenir compte éventuellement d'une loi de police étrangère ». Si les juges des États « parties » appliquent, les juges des États « réservataires » tiennent compte ! Au-delà d'autres arguments tirés de l'efficacité (cf. Bureau D. et d'Avout L., préc.), il paraît possible de soutenir que « donner effet » est bien synonyme d'appliquer.

Le juge français peut donc appliquer la loi de police étrangère pour autant qu'il considère que la loi étrangère invoquée devant lui est susceptible d'entrer dans la catégorie considérée. Il peut l'appliquer signifie que différentes considérations sont de nature à le conduire à ne pas le faire quand bien même il retient qu'il s'agit bien là d'une loi de police. Le rapport

La décision permet d'offrir une illustration potentielle de la loi de police étrangère.

explicatif l'exprime qui indique que « *les mots "donner effet" confèrent au juge la tâche très délicate de combiner les dispositions impératives avec la loi normalement applicable au contrat dans la situation concrète* ». L'appréciation *in concreto* est décisive. Mais, comme l'ont parfaitement synthétisé des auteurs, l'enjeu est plus général car ne se limitant pas à la seule loi contractuelle : « *dans certains cas, les finalités de la loi de police étrangère peuvent heurter d'autres intérêts légitimes (...) si la loi de police étrangère vient contredire une loi de police du for, cette dernière doit l'emporter. Le juge du for pourrait aussi refuser d'appliquer la loi étrangère en raison du défaut d'étroitesse du rattachement retenu par la loi étrangère, laquelle se présenterait alors comme une loi de police exorbitante* » (Niboyet M.-L. et Geouffre de la Pradelle G., préc.).

C'est la tâche qui incombe désormais à la Cour de Poitiers. C'est aussi ce dernier aspect qui retient l'attention si l'on tente de projeter l'arrêt ici analysé dans le contexte nouveau du Règlement « Rome I ».

II. – À L'AVENIR (LOIS DE POLICE ÉTRANGÈRES DANS LE RÈGLEMENT « ROMÉ I »)

Nul n'ignore plus que l'article 9 du règlement « Rome I » relatif aux lois de police est le siège d'une double nouveauté non négligeable. D'une part, pour la première fois, il est possible de lire une définition textuelle des lois de police : « *une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement* ». D'autre part, le sort des lois de police étrangères est apparemment réglé dans une formule alambiquée qui a donc pu apparaître, on l'a dit, comme la chronique (prématurée ?) d'une mort annoncée.

Les rédacteurs du règlement « Rome I » ont affronté l'exercice délicat de la définition des lois de police. Cette définition n'appelle pas d'observation particulière en ce qu'elle est la reprise de celle bien connue proposée par Francescakis il y a 40 ans (Francescakis Ph., Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois, Rev. crit. DIP 1966, p. 1). On relèvera aussi que, et l'exposé des motifs de la proposition de la Commission 2005 le confirme, cette définition s'inspire *mutatis mutandis* de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, notamment de son célèbre arrêt *Arblade* (CJCE, 23 nov. 1999, *Arblade*, C-369/96, Rec. CJCE, I, p. 8453). Forcée par la doctrine, relayée par le juge – y compris par le juge national (CA Rennes, 5 sept. 2006 ; sur cet arrêt, cf. Nourissat C., Retour sur les lois de police en matière de contrats internationaux, RLDA 2006/10, n° 586), la définition est donc finalement adoptée par le « législateur » européen.

Une précision et une observation s'imposent au-delà d'une analyse plus détaillée (sur laquelle, cf., notamment, d'Avout L., Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I, D. 2008, p. 2165). La précision tient au fait que par loi de police au sens du règlement « Rome I », on entend les seules lois de police internes et non d'éventuelles lois de police d'origine européenne comme cela avait pu, un temps, être suggéré. L'observation réside, comme cela a été souligné par différents auteurs pour être ensuite discuté (d'Avout L., préc., spéc. n° 11 ; Deumier P. et Racine J.-B., Règlement Rome I : le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle, RDC 2008, pp. 1309 et s., spéc. p. 1334), dans le constat que la notion de loi de police se

publicise (la définition se réfère aux « *intérêts publics* »). Les intérêts privés, notamment ceux d'une partie réputée faible dans la relation contractuelle, ne seront-ils désormais plus pris en compte au titre de la loi de police ainsi que certains arrêts de la Haute Juridiction civile ont pu le laisser penser ? Si l'on repart, selon une proposition souvent développée par la Cour de cassation (cf. par exemple, Cass. com., 28 nov. 2000, n° 98-11.335, Bull. civ. IV, n° 183, JCP E 2001, p. 997, note Bernardeau L. ; Nourissat C., La loi nationale de transposition d'une directive communautaire peut-elle être qualifiée de loi de police dans l'ordre international ?, note sous CJCE, 9 nov. 2000, Ingmar et Cass. com., 28 nov. 2000, LPA 2001, n° 124, p. 10), de la prise en compte du caractère d'ordre public interne de la disposition candidate à la qualification de loi de police dans l'ordre international, doit-on donc comprendre que seules des dispositions d'ordre public interne de direction et non des dispositions d'ordre public interne de protection pourront être qualifiées de loi de police au sens de l'article 9, paragraphe 1, de la Convention de Rome ? On peut le penser, et dans une perspective tant de sécurité juridique pour les contractants que de fluidité des contrats dans l'espace européen et international s'en féliciter. Il n'en reste pas moins qu'en définitive si le juge a bien l'obligation de mettre en œuvre ses propres lois de police ainsi qu'en dispose l'article 9, paragraphe 2 « *les lois de police ne se découvrent pas par la mise en œuvre d'un critère synthétique et elles ne s'appliquent pas en fonction de critères généraux et prédéterminés (...) leur application dans un cas donné est fonction des rattachements de l'espèce* » (Audit B., Droit international privé, 4^e éd., Economica, 2006, n° 120).

L'article 9, paragraphe 3, du règlement « Rome I » retient donc qu'il peut être donné effet aux « *lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale* ». On l'a dit précédemment, il est un fait établi, repris d'ailleurs par le Livre vert, par la proposition de règlement de 2005 et confirmé par les meilleurs auteurs, que l'article 7, paragraphe 1, n'a pas connu grands échos devant les juridictions des États membres. Mais ces lois de police étrangères ont cependant engendré de nombreuses crispations au moment de l'élaboration du règlement « Rome I ». Celles-ci ont été d'autant plus réelles que les réserves ne sont plus possibles dans le cadre d'un règlement de l'Union européenne. Une solution minimaliste a émergé des débats. Elle conduit à ce que les lois de police étrangères ne pourront recevoir effet que si elles relèvent du pays d'exécution du contrat. Ce cantonnement assumé des lois de police étrangères est diversement analysé, étant justement avancé que « *l'argument selon lequel l'article 7 § 1 de la convention n'était guère appliqué aurait dû convaincre les auteurs du règlement de sa non nocivité et de l'opportunité de le conserver comme soupape de sûreté* » (Lagarde P., Tenenbaum A., De la convention de Rome au règlement Rome I, Rev. crit. DIP 2008, p. 727, spéc. n° 47 et les auteurs cités). L'arrêt du 16 mars 2010 rejoint pleinement l'hypothèse désormais gouvernée par l'article 9, paragraphe 3, du règlement « Rome I ». C'est bien à la question des effets à donner à une loi de police du pays du lieu d'exécution du contrat de transport que le juge français est confronté. La conjonction de l'arrêt du 16 mars et du nouvel article 9, paragraphe 3, du règlement « Rome I » doit être vue comme un signe donné aux plaideurs et, par la suite, au juge : quelle que soit la loi applicable aux obligations contractuelles, il importe désormais d'avoir égard non seulement à l'ordre juridique du juge saisi – afin de vérifier s'il abrite ou non des lois de police appelées à s'appliquer – mais encore à l'ordre juridique du pays où le >

contrat a été ou doit s'exécuter – afin de vérifier s'il abrite ou non des lois de police susceptibles de s'appliquer – !

C'est, en dernière analyse, confirmer que dans une sorte de retournement de perspectives les lois de police étrangères

sont désormais une question pratique et non plus strictement théorique et qu'à la faveur de ces multiples petits détails qui émaillent le règlement « Rome I », « *de nouvelles habitudes de raisonnement* [sont] à acquérir » (Deumier P. et Racine J.-B., préc., spéc. p. 1321). ♦

DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN DES CONTRATS D'AFFAIRES

RDCA 2971

Clause attributive de juridiction et application du règlement « Bruxelles I » : les prérogatives de puissance publique face au trou noir intégrationniste du droit de l'Union européenne

Où la Cour de cassation se prononce sur l'opposabilité d'une clause attributive de juridiction stipulée dans un contrat d'adhésion conclu dans le cadre de relations d'affaires internationales...

Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 2010, n^{os} 08-12.749 et 08-15.024, P+B+I

Telle une étoile dans le système solaire, le droit international privé français semble faire l'objet d'une attraction toujours plus grandissante vers le trou noir intégrationniste du droit de l'Union européenne. Imaginez la surprise des astrophysiciens qui observeraient une étoile qui se déplacerait volontairement vers un trou noir qui n'exercerait aucune force d'attraction sur elle. Cette analogie peut être appliquée à l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 17 février 2010 (Delpech X., Validité de la clause attributive de juridiction stipulée dans un contrat d'adhésion international, D. 2010, p. 89 ; C.L.G., Clause attributive de juridiction : les factures sont admises, RLDC 2010/70, n^o 3766 ; Nourissat C., Opposabilité d'une clause attributive de juridiction en application du règlement « Bruxelles I », Procédures 2010, n^o 4, comm. 117 ; Brunneau C., Forme d'une clause attributive de juridiction dans un contrat d'adhésion international, JCP G 2010, n^o 16, n^o 440).

Le litige en cause concernait l'Agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et Madagascar (ASECNA) qui assure le contrôle aérien sur le continent africain et facture ses services aux compagnies aériennes dont les avions survolent le territoire dont elle a la charge. L'ASECNA est un établissement de droit public dont le siège social est en Afrique et qui dispose d'un siège administratif à Paris. À la suite d'un litige avec la compagnie Hewa Bora Airways, l'ASECNA a assigné celle-ci et la société belge Demavia en

tant qu'agent de la compagnie aérienne devant le Tribunal de commerce de Paris en raison d'une clause attributive de juridiction. Chacune des sociétés a formé un contredit. La Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 14 novembre 2007, a rejeté les contredits des sociétés qui contestent la clause attributive de juridiction et a reconnu la compétence du Tribunal de commerce de Paris.

La compagnie aérienne se pourvoit en cassation en se fondant sur l'article 48 du Code de procédure civile et l'article 23 du règlement (CE) n^o 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (règlement « Bruxelles I »). Elle estime qu'une clause attributive de juridiction n'est opposable à une partie que si elle est stipulée dans un document contractuel ou dans des conditions générales auxquels ce document se réfère. La société ajoute dans son pourvoi que l'opposabilité d'une clause n'est possible que si elle a été spécifiée de façon apparente dans son engagement. La société estime également que la clause ne pouvait lui être opposée que si la personne l'a acceptée par écrit, ou verbalement avec confirmation par écrit ou sous une forme répondant aux exigences de l'article 23 du règlement « Bruxelles I ». À défaut, cette clause doit avoir été conclue sous une forme conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles ou, à défaut, conforme à un usage du commerce international connu et régulièrement observé dans le type de commerce en cause.

La question posée à la Cour de cassation était de savoir si une clause attributive de juridiction était opposable à une compagnie aérienne qui a conclu un contrat d'adhésion dont les conditions générales étaient disponibles dans tous les aéroports de la zone et qui ne pouvait pas être ignorée en raison de l'ancienneté des relations d'affaires.

La Cour de cassation rejette l'argumentation proposée par la compagnie aérienne. Elle estime que les compagnies aériennes qui utilisent les services de l'ASECNA doivent prendre connaissance des conditions écrites de la convention – dont la clause attributive de juridiction – qui sont disponibles dans tous les aéroports de la zone et qui sont adressées aux sociétés qui utilisent ces services. La Cour de cassation estime également que la compagnie aérienne ne pouvait pas ignorer la clause attributive de juridiction compte tenu de l'ancienneté des relations d'affaires qu'elle entretenait avec l'ASECNA, mais également compte tenu de la mention de cette clause dans sur les factures qui avaient pour certaines été payées. Se fondant sur l'article 48 du Code de procédure civile et sur l'article 23 du règlement « Bruxelles I », la Cour de cassation estime que le Tribunal de commerce de Paris est compétent puisque la clause est opposable à la compagnie aérienne et à son agent. En reconnaissant l'opposabilité de la clause à la compagnie aérienne sur le fondement de l'article 23 du règlement de « Bruxelles I », la Cour de cassation semble avoir commis une