

# LES LOIS DE POLICE DES ETATS TIERS : METHODE CONFLICTUELLE ET METHODE MATERIELLE A L'AUNE DE L'ARRET NIKIFORIDIS

Andrea BONOMI

Professeur à l'Université de Lausanne

1. Dans l'arrêt *Nikiforidis*<sup>1</sup>, la Cour de justice a donné des indications importantes au sujet de l'application des lois de police étrangères dans le cadre du Règlement Rome I. Si cet arrêt prend parti pour une interprétation stricte de l'article 9 (3) du Règlement, il laisse la porte ouverte à la prise en considération des lois de police étrangères par le biais d'une méthode matérielle, fondée sur la loi applicable au contrat. Afin de bien saisir la portée de l'arrêt de la Cour, il n'est pas inutile de revenir sur les différents arguments et théories qui ont été avancées, au cours du XX<sup>e</sup> siècle, pour fonder l'application ou la prise en considération des règles impératives étrangères (I). Ensuite, nous examinerons plus en détail les textes européens et les conclusions de la Cour (II).

## I. LES FONDEMENTS HISTORIQUES ET THEORIQUES

2. Dans cette partie rétrospective, nous allons tout d'abord brièvement évoquer les principaux arguments qui militent en faveur ou contre l'application ou la prise en considération des lois de police d'un État tiers (A). Nous reviendrons ensuite sur les différentes approches méthodologiques proposées dans la doctrine et la jurisprudence de quelques pays européens (B).

### A. - Les arguments en faveur ou contre les lois de police étrangères

3. Selon un courant que l'on pourrait qualifier de « libéral », la sécurité du droit devrait s'opposer à ce que l'on donne un quelconque effet aux lois de police étrangères ne faisant pas partie de la *lex contractus*. De fait, une situation juridique est significativement plus prévisible dans les cas où les règles de droit international privé ne renvoient qu'à une seule loi<sup>2</sup>. En outre, selon les partisans de cette position, les parties à un contrat international devraient pouvoir librement désigner la loi applicable, sous la seule réserve des valeurs fondamentales et universelles qui relèvent de l'ordre public. En revanche, les lois de police – visant à protéger des intérêts étatiques

---

<sup>1</sup> CJUE, 18 octobre 2016, C-135/15, *Republik Griechenland c. Grigorios Nikiforidis*, ECLI:EU:C:2016:774. V. le commentaire de M. LEHMANN / J. UNGERER, *Applying or Taking Account of Foreign Overriding Mandatory Provisions – Sophism under the Rome I Regulation*, YPIL 2017/2018, p. 53 ss; *JCP G* 2016.62 note S. Lemaire & L. Perreau-Saussine; *JDI* 2017.197, note E. Forher-Dedeuwaerder; *D.* 2017.1011, obs. H. Gaudemet-Tallon.

<sup>2</sup> L'objectif de la sécurité du droit est également mis en avant par la Cour de justice dans l'arrêt *Nikiforidis*, dans lequel elle affirme, au point 46, que « permettre au juge du *for* de faire application des lois de police appartenant à l'ordre juridique d'États membres autres que ceux qui sont expressément visés à l'article 9, paragraphes 2 et 3, du règlement Rome I serait susceptible de compromettre la pleine réalisation de l'objectif général de celui-ci qu'est, aux termes du considérant 16 de ce règlement, la sécurité juridique dans l'espace de justice européen ».

de nature politique, économique ou sociale de l'État qui les a adoptées – ne devraient pas pouvoir l'emporter sur la loi choisie par les parties.

Tout en admettant que les lois de police du for puissent, à titre exceptionnel, interférer avec la loi applicable, les partisans de cette approche s'opposent à l'application et à la prise en considération de celles adoptées dans un État « tiers », dont la loi n'est pas applicable au contrat.

Un tel refus de principe irait sans doute trop loin, plusieurs circonstances pouvant inciter à appliquer ou à considérer, dans certains cas, les lois de police étrangères ne faisant pas partie de la loi applicable au contrat<sup>3</sup>.

Tout d'abord, en prenant en compte des règles de police « tierces », un tribunal peut protéger une partie des « conflits de devoirs » qui sont susceptibles de résulter du choc entre les obligations contractuelles, d'une part, et les lois prohibitives d'un ou plusieurs pays, d'autre part. Ce souci est particulièrement présent dans les cas où un État étranger est en mesure d'imposer ses lois et/ou de sanctionner leur violation de manière effective (*Machttheorie*)<sup>4</sup>. Ignorer de tels dilemmes peut heurter, dans certaines circonstances, le sentiment de justice et mettre les individus concernés dans des situations fort inconfortables.

Dans d'autres hypothèses, les autorités d'un État peuvent souhaiter soutenir les objectifs d'un gouvernement étranger ou, à tout le moins, empêcher la violation de ses lois. Le désir de collaborer à un but commun, de protéger certains intérêts partagés, ou, plus généralement, la « *courtoisie internationale* » et l'idée de réciprocité qui souvent la sous-tend peuvent expliquer une telle attitude<sup>5</sup>.

La recherche de l'harmonie (ou au moins de la compatibilité) internationale des décisions peut également justifier que l'on donne effet à des règles d'ordre public étrangères à la *lex causae* et à la *lex fori*. Il est en effet indiscutablement préférable que le jugement d'un tribunal soit en phase avec ceux que pourraient rendre les autorités d'un autre État<sup>6</sup>, en particulier lorsque celles-ci auraient également pu être saisies ou qu'elles devront être sollicitées au stade de l'exécution. Dans de telles circonstances, l'uniformité internationale prévient le *forum shopping* et favorise la libre-circulation de décisions qui ne contrarient pas les intérêts fondamentaux des États concernés.

Si l'on admet que, pour l'une ou l'autre de ces raisons, l'application ou la prise en considération des lois impératives d'un État tiers peut se justifier, reste encore à en déterminer les conditions et la méthode.

## B. - Les approches méthodologiques

### 1. La méthode matérielle

4. Dans certains États, membres ou non membres de l'Union européenne, la jurisprudence suit traditionnellement la méthode « matérielle » qui est au cœur de l'arrêt *Nikiforidis*. Cette approche (connue également, dans les pays germanophones, sous le nom de « *Datumtheorie* »<sup>7</sup>) consiste à ne regarder l'existence d'une loi de police étrangère – ainsi que son non-respect éventuel – uniquement comme une question de fait spécifique, régie par la loi applicable au contrat.

Ainsi, l'existence d'une règle étrangère interdisant un acte que le débiteur devrait accomplir pour exécuter son obligation contractuelle est appréhendée, dans plusieurs systèmes juridiques, comme un cas d'impossibilité ou d'imprévision justifiant la résolution ou l'adaptation du contrat, ou encore comme un motif d'exclusion de responsabilité<sup>8</sup>. Tel est notamment le cas lorsque la loi prohibitive a été adoptée après la conclusion du contrat.

<sup>3</sup> V. aussi les conclusions de l'Avocat général M. SZPUNAR dans l'affaire C-135/15, précitée, point 80.

<sup>4</sup> Au sujet de la *Machttheorie*, v. D. MARTINY, Art. 9 Rom I-VO, in *Münchener Kommentar*, München 2010, point 39.

<sup>5</sup> De fait, dans l'affaire *Ralli* – laquelle a directement influencé la formulation de l'art. 9 (3) – les tribunaux anglais ont considéré qu'ils ne devaient pas aider les parties à violer les lois d'un État « ami » : v. *infra*, note 23 ; v. aussi A. CHONG, The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts, JPIL 2006, p. 23.

<sup>6</sup> A. BONOMI, « Mandatory Rules in Private International Law – The Quest for Uniformity of Decision in a Global Environment », YPIL, 1999, p. 239 ss ; A. CHONG, *op. cit.*, p. 38 ss ; M. HELLNER, « Third Country Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation, old wine in new bottles ? », JPIL 2009, p. 449 ; v. aussi le Livre vert de la Commission, sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, COM (2002) 654.

<sup>7</sup> Cette *Datumtheorie* remonte à A. A. EHRENZWEIG, « Local and Moral Data in the Conflicts of Laws », *Buffalo Law Rev.* 1966, p. 55 ss. V. aussi E. JAYME, Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen, in: *Gedächtnisschrift für Albert Ehrenzweig* 1976, p. 35 ss.

<sup>8</sup> Les tribunaux allemands ont ainsi affirmé en plusieurs occasions que l'adoption d'une norme prohibitive étrangère après la conclusion du contrat pouvait s'assimiler aussi bien à un obstacle à l'exécution de la prestation contractuelle (§ 275 BGB) qu'à un trouble au fondement du contrat (« *Wegfall des Geschäftsgrundlage* », § 313 BGB). V. les décisions du *Bundesgerichtshof* du 30.11.1972 (60 BGHZ 14), du 11.3.1982 (83 BGHZ 197) et du 8.2.1984 (in *IPRax* 1986, p. 154).

Cela étant, pour un tel résultat, il faut généralement que la disposition étrangère soit effective, c'est-à-dire, qu'elle soit munie de sanctions pouvant être concrètement mises en œuvre dans l'État qui l'a adoptée<sup>9</sup>.

5. Les tribunaux de certains pays, tels l'Allemagne et la Suisse, sont parfois allés plus loin en estimant que, dans certains cas au moins, le contrat conclu au mépris d'une règle impérative édictée par un État étranger devait être considéré, dans certaines circonstances, comme contraire aux mœurs (« *sittenwidrig* ») et, en tant que tel, nul et non avenu. Il peut s'agir, par exemple, d'un contrat qui vise à contourner un embargo commercial ou l'interdiction d'exporter des biens culturels<sup>10</sup>. De même, la jurisprudence anglaise a également refusé, en invoquant l'ordre public, de donner effet à des contrats que les parties avaient conclus dans le but de se soustraire à des normes impératives étrangères<sup>11</sup>. Comme dans les cas mentionnés plus haut, la règle impérative étrangère n'est pas directement appliquée, mais sa violation est sanctionnée par la loi applicable au contrat. Ici, toutefois, son effectivité n'est pas essentielle : bien au contraire, c'est sa prise en considération dans l'État du for qui permettra, souvent, de lui rétablir son autorité et efficacité.

Au-delà de leurs différences, ces deux catégories de cas sont l'expression d'une méthode unitaire, présentant deux caractéristiques qui vont de pair. D'une part, elles ne reposent pas sur des règles de conflit de lois, mais sur des règles matérielles, faisant partie de la *lex causae*. D'autre part, elles n'aboutissent pas à une application directe de la règle impérative étrangère, se bornant à la prendre en considération comme un fait, auquel la règle matérielle appliquée rattache des conséquences juridiques.

Née par voie prétorienne, cette méthode a parfois été reprise dans des dispositions expresses, y compris dans le droit international privé européen. Ainsi, s'agissant des « modalités d'exécution » et des « mesures à prendre par le créancier en cas de défaut dans l'exécution », l'art. 12 (2) du Règlement Rome I impose la prise en considération des dispositions de « la loi du pays où l'exécution a lieu ». Encore plus évidente est l'influence de cette approche sur l'art. 17 du Règlement Rome II aux termes duquel « [p]our évaluer le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée, il est tenu compte, *en tant qu'élément de fait* [...] des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité » (nous soulignons).

## 2. La méthode conflictuelle

6. Défendue par certains auteurs, la méthode matérielle a fait l'objet des vives critiques de la part des partisans d'une autre approche, celle dénommée du « rattachement spécial » (« *Sonderanknüpfung* »). En application de celle-ci, la décision de donner effet aux lois de police étrangères (*Eingriffsnormen*) ne peut pas être délaissée aux règles matérielles de la *lex causae*, mais doit être prise dans l'État du for en application de règles spéciales de droit international privé qui reposent sur des critères indépendants de ceux qui président d'habitude à la détermination de la loi applicable au contrat<sup>12</sup>.

Cette méthode conflictuelle a deux principaux mérites : d'une part, elle permet, dans un État donné, d'appréhender de manière unitaire et cohérente la problématique des lois de police « tierces », sans que les solutions varient en fonction de la loi applicable au contrat ; d'autre part, la décision d'appliquer ou de prendre en considération de telles lois pourra reposer sur une appréciation des objectifs et des intérêts de l'État du for. Ces avantages sont en même temps ses limites : dans la mesure où elle dépend largement de la juridiction saisie, elle peut inciter au *forum shopping*.

7. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, la méthode conflictuelle n'a guère reçu de concrétisation en dehors du fameux cas *Alnati* de 1966<sup>13</sup>. Dans cet arrêt et ceux qui l'ont suivi<sup>14</sup>, les tribunaux néerlandais ont admis – sur le principe au moins<sup>15</sup> –, qu'on puisse donner effet à une loi de police étrangère, indépendamment du

<sup>9</sup> Cette approche est aussi une expression de la *Machttheorie* que nous avons évoquée *supra*.

<sup>10</sup> V. les arrêts du *Bundesgerichtshof* allemand du 22.12.1960 (*Borax*, 34 BGHZ 169), du 24.5.1962 (*Borsäure*, in *NJW* 1972, p. 1436) et du 22.6.1972 (« Masques nigériens », in *NJW* 1972, p. 1572). Pour la Suisse, cf. *Handelsgericht Saint-Gall*, 20 juin 1956, *Revue suisse de jurisprudence*, 1958, p. 218. Le Tribunal fédéral suisse a admis le recours à la notion de contrariété aux bonnes mœurs, mais l'a interprétée de manière restrictive, exigeant la preuve d'une intention des parties d'éviter les règles impératives étrangères : cf. ATF 76 II 33 ; 80 II 49 ; 81 II 227.

<sup>11</sup> Court of Appeal, 13.12.1924, *Foster v. Driscoll*, *Law Journal, King's Bench* 1929, p. 282; House of Lords, 21.10.1957, *Regazzoni v. Sethia*, 2 All ER 1957; ICLQ (1958), p. 164, note MANN; High Court of Justice, Chancery Div., 27.2.1959, *In re Emery's Investment Trust*, 1 Ch. 1959, p. 410. V. en ce qui concerne ces cas, A. CHANG, *op. cit.* p. 33 ss.

<sup>12</sup> W. WENGLER, Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie, *ZyglRW* 1941, p. 168 ss ; W. WENGLER, Sonderanknüpfung, positive und negative ordre public, *JZ* 1979, p. 175 ss ; K. ZWEIGERT, Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote, *RabelsZ* 1942, p. 283 ss . V. aussi W.-H. ROTH, Eingriffsnormen und die Rom I-Verordnung, in : *Festschrift Gunther Kühne* 2009, p. 860 ss.

<sup>13</sup> *Hoge Raad*, 13.5.1966, *RCDIP* 1967, p. 522, commentaire de T. STRUYCKEN.

<sup>14</sup> *Hoge Raad*, 12.1.1979, *Sewrajsingh* *RCDIP* 1980, commentaire de VAN ROOIJ ; *Rechtbank s'Gravenhage*, 17.9.1982, *CEP v. Sensor*, *RabelsZ*, 1983, p. 141, commentaire de BASEDOW, p. 147.

<sup>15</sup> Dans les cas cités *supra*, il n'a pas été donné effet aux lois de police étrangères dès lors que les conditions requises n'étaient pas réunies.

droit applicable au contrat, pourvu qu'existe un lien significatif entre le litige et l'État dont les règles sont appliquées.

L'art. 7 (1) de la Convention de Rome était directement inspiré par la doctrine de la *Sonderanknüpfung* et par la jurisprudence *Alnati*. Comme on le sait, cette disposition permettait discrétionnairement à un tribunal de donner effet à des règles impératives étrangères pour peu que celles-ci présentent un lien étroit avec la situation en cause. Une telle décision devait cependant reposer sur un examen, non seulement de la nature de ces règles et de leur but, mais également des conséquences possibles de leur application, respectivement, de leur non-application.

Toute innovante qu'elle fût, cette règle ouverte n'en suscita pas moins des réactions contrastées. Certains en firent l'éloge, la considérant comme un progrès, une perspective nouvelle dans le développement du droit international privé, d'autres, à l'inverse, relevèrent les incertitudes qu'elle ferait peser et dénoncèrent le rôle quasiment politique qu'elle pouvait donner au juge<sup>16</sup>. Du fait des objections de certains États contractants, la Convention de Rome, à son art. 22, dut donc permettre une réserve à l'art. 7 (1), dont pas moins de sept États contractants firent usage<sup>17</sup>.

En dépit de cette réserve (ou en raison de celle-ci ?), il était admis, dans certains de ces États, que la prise en considération des lois de police d'États tiers demeurait possible sur le fondement de la méthode matérielle<sup>18</sup>.

## II. LE REGLEMENT ROME I ET SON INTERPRETATION

### A. - L'article 9 (3) du Règlement Rome I

**8.** Lors de l'élaboration du Règlement Rome I, puisqu'une réserve ne pouvait être incluse dans ce type d'acte, il était, partant, nécessaire de trouver un compromis entre les États favorables à la règle de l'art. 7 (1) et ceux qui s'y opposaient. La Commission ainsi que certains États membres préconisaient de reprendre telle quelle la disposition contestée<sup>19</sup> ; d'autres, à l'inverse, recommandaient sa disparition pure et simple, s'appuyant à cet égard sur le précédent du Règlement Rome II<sup>20</sup>. Le Royaume-Uni, en particulier, suspendait son adhésion à la suppression ou, à tout le moins, à une modification substantielle de l'art. 7 (1)<sup>21</sup>.

**9.** Dans ce contexte tendu, l'actuel art. 9 (3) est issu d'un compromis. Cette nouvelle disposition préserve la possibilité d'appliquer les lois de police d'un État étranger mais la restreint en la soumettant à deux nouvelles conditions. La première se porte à l'objet des règles en cause. Alors que la Convention de Rome ne comprenait aucune précision quant à l'objet des lois de police étrangère, l'art. 9 (3) dispose que seules sont pertinentes celles « [rendant] l'exécution du contrat illégale ». La seconde condition touche aux rapports qu'entretiennent la cause et l'État dont on prétend appliquer les normes. Là où la Convention de Rome n'exigeait qu'un « lien étroit », le Règlement adopte une approche nettement plus restrictive : seules peuvent trouver à s'appliquer les « lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées ».

**10.** La nouvelle norme est directement issue d'un texte proposé par les délégations néerlandaises et danoises<sup>22</sup>. On devine dans sa formulation la réaffirmation d'une règle provenant originellement de la doctrine anglaise et adoptée par la *Court of Appeal* dans le bien connu arrêt *Ralli* de 1920<sup>23</sup>. Cette règle veut qu'un contrat, quoique valable

<sup>16</sup> V. A. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato – Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile ai contratti nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, p. 294, note 229, et p. 368 ss. Le caractère excessif de ces critiques est justement souligné par N. BOSCHIERO, « Norme inderogabili, « disposizioni imperative del diritto comunitario » e « leggi di polizia » nella proposta di regolamento « Roma I », in *Il nuovo diritto europeo dei contratti della convenzione di Roma al regolamento « Roma I », Atti del Convegno, Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato* Milano 2007, p. 110.

<sup>17</sup> L'Estonie, l'Allemagne, l'Irlande, le Luxembourg, le Portugal, la Slovaquie et le Royaume-Uni.

<sup>18</sup> Pour l'Allemagne, cf. D. MARTINY, « Der deutsche Vorbehalt gegen Art. 7 Abs. 1 der EG-Schuldvertragsübereinkommens vom 19.6.1980 – seine Folgen für die Anwendung ausländischen zwingenden Rechts » *IPRax*, 1987, p. 227.

<sup>19</sup> V. art. 8 (3) de la proposition de la Commission.

<sup>20</sup> L'art. 16 du Règlement Rome II ne se rapporte en effet qu'aux règles d'ordre public du for.

<sup>21</sup> Cette position était influencée par les réactions de certains acteurs dont en particulier la City qui redoutaient les incertitudes que pouvait engendrer l'art. 8 (3) de la proposition de la Commission et les conséquences de celles-ci pour la confiance des entreprises au Royaume-Uni. Pour un approfondissement à ce sujet, v. A. CHANG, *op. cit.*, pp. 27 ss ; A. DICKINSON, « Third-Country Mandatory Rules in the Law Applicable to Contractual Obligations : So Long, Farewell, auf Wiedersehen, Adieu ? », *JPIL* 2007), p. 53 ss ; J. HARRIS, « Mandatory Rules and Public Policy Under the Rome I Regulation », in F. FERRARI/ S. LEIBLE (eds), *Rome I Regulation – The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München 2009, p. 272 ss.

<sup>22</sup> Pour davantage de détails, v. M. HELLNER, *op. cit.*, p. 453.

<sup>23</sup> [1920] 1 K.B. 287, *Ralli Bros v. Compania Naviera Sota y Aznar* (26 mars 1920). La société anglaise *Ralli Brothers* avait affrété un navire appartenant à l'entreprise espagnole *Sota y Aznar* pour le transport de jute de Calcutta à Barcelone. L'accord des parties prévoyait que la première moitié du paiement devait être effectuée au départ du navire et la seconde à son arrivée en Espagne. Après l'arrivée des marchandises

selon le droit qui le régit, doit demeurer sans effet si son exécution implique un acte illégal dans l'État où celui-ci est accompli (*lex loci solutionis*). La parenté de cette jurisprudence et de l'art. 9 (3) est sans doute pour beaucoup dans l'adhésion du Royaume-Uni au Règlement<sup>24</sup>.

11. On ne peut pas nier que l'art. 9 (3) du Règlement a certains mérites. En premier lieu, dans la mesure où il n'exclut pas totalement la prise en compte de lois de police d'un État tiers<sup>25</sup>, il est préférable à l'art. 16 du Règlement Rome II. En effet, quoique nous n'ayons pas connaissance de jurisprudences faisant usage de l'art. 7 (1) de la Convention de Rome, le principe d'une prise en compte des lois de police d'États tiers contribue à promouvoir l'harmonie internationale des décisions ainsi que la coopération entre États. Il faut aussi relever que cette disposition a influencé certaines codifications nationales de droit international privé<sup>26</sup> et qu'elle est de même parfois invoquée par les arbitres confrontés à l'application de lois de police étrangères à la *lex causae*. Il faut dès lors se réjouir que l'art. 7 (1) n'ait pas simplement été supprimé, quand bien même sa survie a impliqué de sérieuses concessions.

12. Au surplus, l'art. 9 (3) est applicable à tous les États membres, y compris ceux qui avaient formulé une réserve à l'endroit de l'art. 7 (1) de la Convention. Les tribunaux de ces États peuvent donc désormais donner effet à des lois de police étrangères en application de la disposition du Règlement. On reconnaîtra, par ailleurs, volontiers que, dans de nombreuses circonstances, l'art. 9 (3) permettra d'aboutir à des solutions judicieuses. Dans le cas, par exemple, d'un contrat violant les règles antitrust en vigueur à son lieu d'exécution, il est plutôt pertinent qu'un tribunal étranger puisse appliquer les règles de ce lieu et invalider ledit contrat<sup>27</sup>.

13. Ce nonobstant, les conditions nouvelles qu'incorpore le Règlement constituent à bien des égards un retour en arrière par rapport à la Convention de Rome<sup>28</sup>. Premièrement, elles ne sont vraisemblablement pas de nature à réduire significativement les incertitudes liées à l'application des lois de police étrangères. La question, il est vrai, ne se pose plus désormais qu'à l'endroit des normes du lieu d'exécution qui rendent cette dernière illicite, ce qui, jusqu'à un certain point, contribue effectivement à la sécurité du droit<sup>29</sup>, mais il n'en reste pas moins que différentes variables demeurent difficilement prévisibles : déterminer si une norme nationale est effectivement une loi de police dans son ordre juridique d'origine reste problématique ; en outre, l'art. 9 (3) continue de renvoyer au pouvoir discrétionnaire du juge. Qui plus est, les deux conditions qu'incorpore désormais l'art. 9 (3) sont d'une clarté douteuse. Ainsi, la référence au « pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées » ne va pas sans poser certains problèmes d'interprétation ; on sait, en effet, que la détermination du lieu d'exécution se révèle facilement problématique, comme l'a montré l'art. 7(1) du Règlement Bruxelles I (l'ancien article 5(1) de la Convention de Bruxelles). De même, dans un contexte transnational, la notion d'illégalité de l'exécution ne sera pas toujours facile à cerner.

14. Si l'incertitude paraît inhérente à l'application de règles de police étrangères, l'on peut regretter que les nouvelles restrictions imposées par le Règlement apparaissent fort peu convaincantes. La référence au seul lieu d'exécution, en particulier, est trop restrictive. Donner effet aux règles de police de la *lex loci solutionis* est sans nul doute approprié dans les cas où celles-ci rendent illégale l'exécution du contrat, mais pourquoi se limiter à elles seules ? Comme nous l'avons indiqué, l'observation des lois de police étrangères à la *lex contractus* ou à la *lex fori* peut répondre, dans certains cas, au souhait de favoriser la concordance internationale et de lutter contre le *forum shopping* : pourquoi faudrait-il dès lors s'interdire *a priori* de donner effet aux lois des États dont les juridictions ont été ou pourraient également être saisies ? Lorsque l'objectif est celui de préserver une des parties d'éventuels « conflits de devoirs », ne serait-il pas judicieux de pouvoir tenir compte des lois de police en vigueur dans l'État de son domicile, de sa résidence habituelle, de son siège ou de son principal établissement ?<sup>30</sup> Par ailleurs, un tribunal devrait également pouvoir considérer, s'il l'estime opportun, des lois de police du ou des pays dans lesquels il sera vraisemblablement nécessaire de faire reconnaître et exécuter sa décision, de manière à faciliter la circulation de celle-ci. Au surplus, s'il veut assister des États étrangers dans la poursuite de certains

---

à destination, l'expéditeur refusa toutefois d'exécuter la seconde moitié de son paiement au motif qu'un décret espagnol fixait impérativement le montant de la transaction à une somme inférieure à celle qui avait été convenue. Les juges anglais admirent cette défense, quoique le contrat fût soumis au droit anglais, au motif qu'ils ne pouvaient prêter leur concours à la violation des lois d'un « État ami ». Pour d'autres cas dans lesquels cette règle fut appliquée, v. DICEY / MORRIS, *The Conflict of Laws*, 13 ed. (éd. L. Collins), London 2000, No 32-141 ss, p. 1246 ss.

<sup>24</sup> On ne saurait toutefois affirmer que l'art. 9 (3) et la jurisprudence *Ralli* sont identiques. Des différences existent pour lesquelles nous renvoyons à HARRIS, *op. cit.*, p. 306 ss.

<sup>25</sup> Il convient de rappeler que l'art. 8 (3) de la proposition initiale de la Commission avait été écarté du rapport préliminaire du Parlement européen, à l'un des stades de l'élaboration du texte : v. J. HARRIS, *op. cit.*, p. 291.

<sup>26</sup> La loi suisse de droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP) contient une norme similaire (art. 19). De même le Code civil du Québec de 1991 (art. 3079).

<sup>27</sup> V. aussi M. HELLNER, *op. cit.* p. 467.

<sup>28</sup> La plupart des commentateurs critiquent cette nouvelle règle. M. HELLNER, cependant, juge qu'elle pourrait ne pas conduire à de grandes différences. v. HELLNER, *op. cit.* p. 464.

<sup>29</sup> CJUE, 18 octobre 2016, C-135/15, *cit.*, point 46.

<sup>30</sup> Le compromis que suggéraient les Pays-Bas comprenait d'ailleurs initialement une réserve en faveur des lois de police de l'État de résidence habituelle. Cette proposition n'a pas été suivie, d'après M. HELLNER, parce qu'elle n'aurait eu de sens que dans les cas d'embargos, de sanctions économiques, etc., ce qui ne paraissait pas suffisamment significatif. V. M. HELLNER, *op. cit.*, p. 454.

objectifs législatifs ou éviter que des lois étrangères ne soit contournées, on ne voit pas pourquoi ce tribunal ne devrait pas pouvoir donner effets aux lois de police de tout pays ayant, dans l'affaire en cause, un intérêt légitime au respect de ses règles. Parmi ces pays, on songera en particulier à celui dont les lois auraient été applicables – à défaut de choix par les parties – en vertu des règles de conflit du Règlement (« *the otherwise applicable law* »), un pays qui a sans doute un intérêt légitime à l'application de ses règles. Les remarques qui précèdent font apparaître qu'il aurait été possible de définir plus largement la portée de l'art. 9 (3) tout en limitant les incertitudes liées à la formulation de l'art. 7 (1) de la Convention de Rome<sup>31</sup>.

15. Prenons par exemple un contrat conclu entre des parties domiciliées dans des États A et B. Ce contrat viole, par hypothèse, un embargo décrété par l'État A à l'endroit de l'État C. En l'absence de choix, le droit applicable serait celui de l'État A (établissement de la partie qui exécute la prestation caractéristique), mais les parties ont élu le droit de l'État B. Le contrat doit être exécuté en partie dans l'État B et en partie dans l'État C. Pour chacun de ces pays, le contrat est valable, mais l'exécuter revient à commettre un acte illégal dans l'État A lequel se trouve précisément être celui du débiteur. Dans de telles circonstances, il paraît légitime, pour les tribunaux de l'État B, de prendre en considération les normes impératives de l'État A. Diverses raisons plaident en faveur de cette solution qui devraient, dès lors, pouvoir être envisagée par le tribunal saisi : l'uniformité – ou, à tout le moins, la compatibilité – des décisions entre l'État A et l'État B, les juges des deux étant potentiellement compétents ; la garantie de voir reconnaître et exécuter la décision de l'État B dans l'État A ; le souci d'éviter qu'une partie ne soit confrontée à un « *conflit de devoirs* », si un jugement étranger devait la condamner à accomplir un acte que prohibe le droit de son domicile ; le désir d'assister l'État A dans la poursuite de ses objectifs politique, s'ils sont jugés légitimes, et d'empêcher la violation de ses lois. Or ces considérations ne peuvent jouer aucun rôle dans le cadre de l'art. 9 (3) lequel ne laisse de place qu'aux lois de police de l'État d'exécution.

## B. - Les enseignements de l'arrêt *Nikiforidis*

### 1. L'interprétation stricte du Règlement

16. En dépit de ses faiblesses, l'article 9 (3) est d'interprétation stricte. Comme la Cour l'affirme dans l'arrêt *Nikiforidis*, le législateur européen, en soumettant la prise en considérations des lois de police d'État tiers à des conditions additionnelles, « a voulu restreindre les perturbations du système de conflit de lois engendrées par l'application des lois de police autres que celles de l'État du for »<sup>32</sup>. Dès lors, « l'énumération à l'article 9 du Règlement Rome I des lois de police auxquelles le juge du for peut donner effet est exhaustive ».

17. Cette lecture ne peut qu'être approuvée. Compte tenu de l'historique de l'article 9 (3), on voit mal comment la Cour aurait pu s'affranchir des conditions restrictives que le législateur européen a clairement voulu imposer. Il est donc exact que le Règlement Rome I n'autorise pas l'application de « *lois de police autres que celles de l'État du for ou de l'État dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées* », ni de celles qui ne rendent pas illégale l'exécution du contrat.

18. Cependant, la décision de la Cour ne devrait pas être interprétée comme imposant une interprétation restrictive des nouvelles conditions posées à l'article 9 (3). Ainsi, puisqu'il ne s'agit pas ici d'éviter un éclatement du contentieux entre plusieurs juridictions concurrentes, il n'y a aucune raison de reprendre, dans l'interprétation de la notion de « pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées », l'approche restrictive qui s'est imposée en relation avec l'article 7, chiffre 1<sup>er</sup>, du Règlement Bruxelles I bis (l'ancien article 5, chiffre 1<sup>er</sup>, de la Convention de Bruxelles). Il en résulte entre autres que les lois de police en vigueur au lieu d'exécution d'une prestation contractuelle peuvent être pertinentes, même s'il ne s'agit pas de la prestation caractéristique du contrat. De même, l'illégalité exigée par l'article 9 (3) ne doit pas être interprétée en un sens trop littéral. Le fait que cette disposition se limite à offrir une possibilité au juge d'appliquer les lois de police d'un État étranger, sans le lui imposer, est un argument en ce sens<sup>33</sup>.

### 2. La survie de la méthode matérielle

19. La sévérité dont la Cour fait légitimement preuve dans l'interprétation de l'article 9 (3) s'estompe quelque peu dans la dernière partie de l'arrêt, celui qui consacre la survie de la méthode matérielle. S'il est vrai que, selon l'interprétation de la Cour, l'article 9 (3) exclut l'application directe des lois de police autres que celle de l'État du

<sup>31</sup> V. aussi la critique de L. DAVOUT « Le sort des règles impératives dans le Règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2167 ss.

<sup>32</sup> CJUE, 18 octobre 2016, C-135/15, *cit.*, points 46-47.

<sup>33</sup> M. RENNER, Art. 9, in : G.-P. CALLIESS, *Rome Regulations: Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Alphen aan den Rijn 2011, point 28.

for ou de l'État du lieu de l'exécution, cette disposition ne s'oppose en revanche pas « à la prise en compte, en tant qu'élément de fait, des lois de police d'un autre État [...] dans la mesure où une règle matérielle du droit applicable au contrat [...] la prévoit »<sup>34</sup>.

À première vue surprenant et critiqué par certains commentateurs<sup>35</sup>, ce point de la décision de la Cour doit selon nous être approuvé et pour différentes raisons.

**20.** Premièrement, le Règlement Rome I est clairement un instrument de droit international privé, dont l'objet est limité à la détermination de la loi applicable aux obligations contractuelles. En tant que tel, il ne prétend pas modifier les règles matérielles de droit des contrats en vigueur dans les États membres<sup>36</sup> : du reste, même si telle avait été l'intention des rédacteurs de ce texte, l'Union européenne n'aurait pas eu cette compétence. Dès lors, lorsque les règles de droit matériel désignées par le Règlement conduisent à donner indirectement effet à une loi de police étrangère, ces règles doivent être appliquées au même titre que n'importe quelle disposition de la loi applicable.

On ne saurait y opposer l'« effet utile » de l'article 9 (3). D'une part, l'effet utile d'une disposition du droit européen ne peut être invoqué qu'à l'encontre d'une disposition en vigueur dans le droit interne d'un État membre. Or, la loi applicable au contrat désignée par le Règlement Rome I peut fort bien être celle d'un État tiers, en raison de la portée universelle de ce texte (article 2). On ne saurait soutenir sérieusement que l'effet utile de l'article 9 (3) devrait conduire à écarter les dispositions de la loi d'un État non membre lorsque celles-ci permettent la prise en considération d'une loi de police étrangère. Ni, à l'inverse, que la méthode de la prise en considération matérielle doit être rejetée, mais seulement lorsque la loi applicable est celle d'un État membre.

**21.** Deuxièmement, et plus fondamentalement, l'effet utile de l'article 9 (3) n'est pas réellement menacé par la méthode matérielle. S'il est vrai que les restrictions introduites dans la disposition du Règlement ont pour but de garantir « la prévisibilité des règles matérielles applicables au contrat » et, par ce biais, « la sécurité juridique dans l'espace de justice européen », l'application intégrale des règles de la *lex contractus* – loin de contrarier cet objectif – paraît la seule solution véritablement compatible avec celui-ci. Ne serait-il, en effet, pas surprenant pour les parties si certaines dispositions de la loi applicable au contrat – une loi qu'elles ont souvent elles même choisie – devaient être écartées (ou amputées d'une partie de leurs effets) sous prétexte qu'elles contredisent l'article 9 (3) du Règlement ?

L'historique de l'article 9 (3) conforte, lui aussi, l'interprétation de la Cour. Comme relevé plus haut, la méthode de la prise en considération matérielle était principalement utilisée dans les États membres qui avaient émis une réserve à l'encontre de l'article 7 (1) de la Convention de Rome. Or, il serait surprenant qu'une disposition visant à restreindre la portée de la règle conventionnelle les force, eux qui n'ont jamais appliqué l'art. 7 (1), à modifier leur pratique jurisprudentielle.

**22.** Enfin, le maintien de la méthode matérielle se justifie également pour des raisons d'opportunité, dans la mesure où elle atténue la rigueur des conditions de l'article 9 (3) et les conséquences de celle-ci. Cette remarque vaut en particulier dans les cas où une loi de police non visée par l'article 9 (3) rend l'exécution du contrat (subjectivement) impossible pour l'une des parties ou l'expose à de lourdes sanctions. Mais elle peut également s'avérer pertinente dans d'autres hypothèses dans lesquelles la disposition du Règlement s'avère inapplicable.

Si le recours à la méthode matérielle est toujours possible malgré l'entrée en vigueur de l'art. 9 (3), une question délicate se pose néanmoins pour les États dans lesquels les lois de police étrangères sont prises en considération par le biais de règles spécifiques ou sur la base de constructions jurisprudentielles dont la nature (conflictuelle ou substantielle) est disputée. Ainsi, dans nombre de décisions, les tribunaux anglais ont jugé, par le passé, que certaines règles de police étrangères devaient être prises en compte au nom de l'ordre public<sup>37</sup>. Cela étant, comme dans la plupart de ces cas le droit anglais régissait le contrat contesté, l'ordre public n'a manifestement pas été employé dans son acception de droit international privé, à savoir comme un moyen d'éviction d'une loi étrangère : il a agi plutôt comme une règle matérielle imposant la prise en compte des effets d'une loi de police étrangère. Ce procédé se rapproche de l'usage que les cours allemandes ont fait du concept de *Sittenwidrigkeit*, au sens du paragraphe 138 du BGB<sup>38</sup>. Si l'on retient dès lors une qualification « matérielle » au sens de l'arrêt *Nikiforidis*,

<sup>34</sup> CJUE, 18 octobre 2016, C-135/15, *cit.*, point 51. Sur ce point, la décision de la Cour rejoint l'opinion de plusieurs auteurs dont D. MARTINY, Art. 9 Rom I-VO, in : *Münchener Kommentar*, 6e éd., Munich, 2015, point 113 ss ; W.-H. ROTH, *op. cit.*, p. 875, M. RENNERT, *op. cit.*, point 32 et M. HELLNER *op. cit.*, p. 469.

<sup>35</sup> M. LEHMANN / J. UNGERER, *op. cit.*, p. 76 ss.

<sup>36</sup> CJUE, 18 octobre 2016, C-135/15, *cit.*, point 52.

<sup>37</sup> V. *supra*, note 11.

<sup>38</sup> Il faut cependant relever que le sens exact des précédents anglais est très disputé. V. J. HARRIS, *op. cit.* p. 299 ss. Pour une opinion différente, v. PLENDER / WILDERSPIN, point 12-024, qui considèrent que l'ordre public anglais aurait aussi pu jouer si les contrats litigieux avaient été soumis à un autre droit que le droit anglais. V. aussi *Royal Boskalis Westminster v. Mountain*, [1997] EWCA Civ. 1140.

cette jurisprudence survivrait alors à l'entrée en vigueur du Règlement et pourrait servir de base alternative pour donner effet à des lois de police étrangères<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> *Contra* : HARRIS, *op. cit.* p. 333, qui considère qu'il serait « on ne peut plus regrettable que le Royaume Uni, après avoir fortement insisté pour l'adoption d'une disposition aussi étroite que l'art. 9 (3) [...], en revienne à ses pratiques antérieures. » (notre traduction). Nous comprenons cette position, mais il ne faudrait pas oublier que cette question ne concerne pas uniquement la jurisprudence anglaise. D'autres États membres sont aussi impliqués dont certains auraient préféré une approche plus large que celle de l'art. 9 (3).