

L'incidence des lois de police étrangères sur l'activité bancaire

Patrick KINSCH

Avocat à la Cour

Professeur à l'Université du Luxembourg

Introduction

L'activité bancaire est une activité qui se caractérise, beaucoup plus que par son objet (le commerce de l'argent, des valeurs mobilières...), par son mode d'organisation. Cette organisation – organisation interne en premier lieu et, accessoirement, surveillance par les autorités de contrôle prudentiel et par les réviseurs d'entreprises – est une organisation rationnelle et bureaucratique, correspondant en cela à la modernité¹.

Si on traduit cette idée de modernité en termes de droit international privé, le résultat est le suivant : une banque a le plus haut intérêt à ce que, dans la mesure du possible, l'ensemble de ses opérations soient soumises à une même loi, lui permettant ainsi de rationaliser ses opérations, et à ce que cette loi soit de préférence celle de la banque. En droit international privé des contrats bancaires, les mécanismes qui assurent ce résultat existent : d'une part, le principe de la liberté de choix de la loi applicable aux contrats internationaux permet aux auteurs des conditions contractuelles (et donc en pratique à la banque, qui sera l'auteur des conditions contractuelles des contrats qu'elle conclut avec sa clientèle comme contrats d'adhésion) de choisir la loi applicable. Et, d'autre part, même dans les rares cas où la loi applicable n'a pas été expressément choisie par les parties, le mécanisme de ce qui est aujourd'hui l'article 4 du règlement Rome I soumet, à travers la notion de prestation caractéristique, l'ensemble des contrats d'une banque avec sa clientèle à une loi en principe unique, celle du lieu où la banque est établie².

¹ Par analogie avec la modernité dans la gouvernance, qui se définit, selon Max Weber (*Économie et société*, 1921 – voy. *Max-Weber-Gesamtausgabe*, Tübingen, Mohr, vol. I/23, 2013, spéc. pp. 449 et s.), comme la bureaucratisation du pouvoir à travers l'adoption du type de domination rationnelle et légale. Il faut se féliciter de la bureaucratisation de l'activité bancaire; les autres formes de domination, selon Weber, ne conviennent en effet, par analogie, qu'à quelques types très particuliers d'acteurs du monde financier : la forme « charismatique », au président de Bernard Madoff Investment Securities, et la forme « traditionnelle », aux dirigeants du Banco Ambrosiano.

² Ce mécanisme est analysé dans la contribution (écrite dans un esprit joyeusement provocateur) de H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, « "Characteristic Obligation" in the Draft EEC Obligations Convention »,

L'application systématique de la loi de la banque est un reflet de l'importance des anticipations et de la planification pour le mode d'organisation bancaire. Étant rationnel et légal, ce mode d'organisation profite de la sécurité juridique que permet la reconnaissance du principe de l'autonomie de la volonté, employé ici non pas dans un souci d'« optimisation » des affaires, mais dans un souci de rationalisation par la soumission uniforme d'opérations elles-mêmes standardisées à la loi de la banque.

Les deux principes d'autonomie de la volonté et de rattachement au lieu d'établissement du débiteur de la prestation caractéristique correspondent, par conséquent, aux intérêts du monde des affaires. À côté de ces intérêts cependant, existent l'intérêt public, l'intérêt de l'État et de son organisation et l'intérêt du public qui reste pris en charge par l'État³. Ces intérêts relèvent, en droit international privé, d'un mécanisme dérogatoire au mécanisme ordinaire de la règle de conflit : le mécanisme des lois de police. Les lois de police sont un concept ancien, qui n'a été inventé ni par la jurisprudence ni par la doctrine, mais qui correspond à une réalité spontanément adoptée par le législateur. Dès 1804, l'article 3, alinéa 1^{er}, du Code civil est ainsi conçu :

« Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. »

C'est là une vision simple, peut-être simpliste, mais néanmoins fréquemment exacte, du critère d'applicabilité des lois de police (territorialité des activités ou résidence des agents). Au cours du XX^e siècle, la doctrine a affiné le concept de loi de police. Dans le mode francophone, il convient de citer le nom de Phocion Francescakis qui a été actif en France (au CNRS) et qui a publié, à la fin des années 1950 et au cours des années 1960, un certain nombre de travaux fondamentaux sur les « lois d'application immédiate » ou lois de police⁴.

Les réflexions de Francescakis s'inscrivent dans une analyse des liens entre lois de police et unilatéralisme. L'unilatéralisme est une théorie complexe qui relève de la théorie générale du droit international privé, mais qui se manifeste en l'occurrence par la poursuite unilatérale d'une politique donnée par un État, qui l'amène à prescrire l'observation de règles dérogatoires aux règles qui s'appliqueraient normalement à une situation internationale. L'État définit sa politique, définit dans quels cas elle doit s'appliquer nécessairement et déroge ainsi à la loi d'un autre pays qui s'appliquerait en vertu des règles de conflit normales.

Am. J. Comp. L., vol. 25 (1977), pp. 303 et s., spéc. p. 327. Pour une analyse plus consensuelle du même mécanisme, voy. M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Paris, Economica, 2002, spéc. n^{os} 431-433.

³ Ou, dans une certaine mesure, par des structures supranationales, qui relèvent cependant, elles aussi, clairement du secteur public et non du secteur privé.

⁴ Voy. not. *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958, n^{os} 7 et s.; « Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1996, p. 1; « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public? », *Trav. Com. fr.*, 1966-1969, p. 149.

Pour Francescakis, vues sous l'angle de leur finalité, les lois de police sont des « lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays »⁵. Actuellement, la définition de Francescakis se retrouve, mélangée il est vrai à des idées d'une inspiration peut-être différente, dans la définition légale des lois de police qui figure à l'article 9, paragraphe 1^{er}, du règlement Rome I :

« 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 »⁶.

Il y a des lois de police luxembourgeoises, qui s'appliquent en tant que telles devant les autorités luxembourgeoises. Un exemple notable en est l'article L.010-1 du Code du travail, qui transforme en ensemble de lois de police l'essentiel de la réglementation du travail au Luxembourg et le déclare applicable à toutes les prestations salariées sur le territoire luxembourgeois, y compris lorsqu'il se fait par des salariés temporairement détachés⁷ ; un autre exemple, dans le domaine bancaire, est l'article 20, paragraphe 1^{er}, de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière⁸.

Mais les lois de police étrangères seront plus perturbatrices du fonctionnement des activités bancaires. Elles pourront être inspirées de fins politiques que le Luxembourg ne partage pas ou alors poursuivre une politique similaire (p. ex., une politique de protection des consommateurs), mais par d'autres moyens, et avec un champ d'application *a priori* imprévisible pour les juristes bancaires luxembourgeois. Si ces lois de police étrangères risquent de s'appli-

⁵ *Rép. Dalloz Droit international*, 1^{re} éd., 1968, v^o « Conflits de lois (principes généraux) », n^o 137.

⁶ L'apport d'autres sources, et plus spécialement de sources allemandes, consiste en l'adjonction de la référence aux « intérêts publics », qui conduit peut-être à une définition restrictive des lois de police : cf. *infra*, texte accompagnant les notes 16 à 18.

⁷ La condamnation (partielle) de cette approche par la Cour de justice (arrêt du 19 juin 2008, *Commission c. Luxembourg*, C-319/09, ECLI:EU:C:2008:350) ne paraît pas avoir entraîné des modifications législatives profondes.

⁸ « Les contrats de garantie financière d'avoirs ainsi que les faits entraînant l'exécution de la garantie, les contrats de compensation et les modalités d'évaluation et d'exécution convenues entre les parties conformément à la présente loi sont valables et opposables aux tiers, commissaires, curateurs, liquidateurs et autres organes similaires nonobstant l'existence d'une mesure d'assainissement, d'une procédure de liquidation ou la survenance de toute autre situation de concours, nationale ou étrangère » – or, du moins en droit commun, le fait qu'une procédure collective d'insolvabilité soit soumise à un droit étranger entraînerait normalement que la question des effets de la procédure collective sur les contrats de garantie financière est également régie par la loi étrangère. Des dispositions de police figurent aussi dans la loi du 18 décembre 2015 relative aux mesures de résolution, d'assainissement et de liquidation des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement : voy. l'article 66, paragraphe 6 (« Les dispositions du présent article sont considérées comme des lois de police au sens de l'article 9 du règlement [Rome I] et s'appliquent quelle que soit la loi applicable au contrat »), ainsi que les paragraphes finaux des articles suivants qui précisent chaque fois que « les dispositions du présent article s'appliquent quelle que soit la loi applicable au contrat ».

quer effectivement, il faudra les connaître, afin d'anticiper les effets de leur application.

Or, les lois de police ont fréquemment les moyens de s'appliquer. On distinguera, à cet égard, entre deux situations, que les juristes de banque doivent faire entrer toutes les deux dans leurs anticipations. En premier lieu, les lois de police étrangères seront, pour les autorités du pays étranger en question, des «lois de police du for» et comme telles certainement, ou quasi certainement, applicables; la banque ne peut pas s'en désintéresser (chapitre I). En second lieu se pose la question de l'application (ou du moins de la prise en considération – nous verrons en quoi consiste la différence entre les deux concepts) des lois de police étrangères devant les juridictions luxembourgeoises (chapitre II).

Chapitre I. Une (quasi-)certitude : les lois de police étrangères seront appliquées devant les autorités de l'État étranger

Cette proposition correspond à une règle de droit positif: aux termes de l'article 9, paragraphe 2, du règlement Rome I :

« Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi. »

Par conséquent, la meilleure manière pour un législateur de veiller à l'application effective de ses lois de police consiste à veiller en même temps à ce qu'elles restent des lois de police du for, en permettant aux parties de saisir les autorités du pays dont elles émanent. Réciproquement, pour les banques luxembourgeoises, la meilleure manière d'éviter la perturbation de leurs opérations par ces lois de police est d'obtenir la compétence exclusive du juge luxembourgeois. Mais les règles de compétence juridictionnelle (ou, plus largement, les règles de compétence des autorités) permettront fréquemment de saisir des autorités situées en dehors du Luxembourg.

Nous distinguerons deux hypothèses: les lois de police contractuelle, d'une part – celles qui ont pour seul objet d'aménager de manière impérative le contenu des obligations contractuelles des parties, sans avoir recours à d'autres moyens de contrainte, en particulier aux sanctions pénales ou administratives – ; les normes prohibitives, d'autre part, qui visent, au-delà des contrats, le comportement des banques et sanctionnent leur propre inexécution par des sanctions extracontractuelles, typiquement des sanctions pénales ou administratives.

Section 1. Lois de police contractuelle

Le principal exemple d'une loi de police contractuelle au sens défini ci-dessus, pertinent en matière bancaire, est la protection des consommateurs de services bancaires.

En Europe, la protection des consommateurs se caractérise par une harmonisation européenne qui reste une harmonisation minimale sans clause de reconnaissance mutuelle (ou du moins sans clause expresse de reconnaissance mutuelle)⁹. Certains États membres s'en tiennent au minimum européen (tel est le cas, actuellement, du droit luxembourgeois), d'autres insistent sur le droit de rétractation du consommateur, d'autres, encore, sur le formalisme contractuel (on songera au formalisme français de l'indication du Taux effectif global dans les contrats de crédit à la consommation).

A priori il est vrai, il existe un facteur de prévisibilité qui permet aux banques de savoir quelles lois protectrices des consommateurs pourront s'imposer au-delà de la loi applicable aux contrats. L'article 6 du règlement Rome I contient une réglementation détaillée et *a priori* équilibrée, qui protège les consommateurs face aux professionnels qui cherchent activement à diriger leur activité professionnelle vers l'État dans lequel ces consommateurs ont leur résidence habituelle ; en revanche, pour les consommateurs « actifs », qui se rendent spontanément (et sans l'encouragement que représente l'activité dirigée vers leur propre État par la banque) dans l'État où est établi leur cocontractant bancaire ; ces consommateurs actifs seront protégés par les seules dispositions protectrices des consommateurs de la loi applicable au contrat, sans pouvoir se prévaloir de leur propre loi. Encore faut-il observer que l'article 6, paragraphe 4, littéra a, du règlement Rome I prévoit que le dispositif de droit international privé protecteur des consommateurs ne s'applique pas « au contrat de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle ». Cette disposition du règlement a été interprétée, par la Cour fédérale allemande, en ce sens qu'elle vise, entre autres, l'octroi de crédits bancaires, activité qui est, par conséquent, exemptée du champ d'application de la protection des consommateurs assurée par le règlement¹⁰.

⁹ Pour cette terminologie, voy. M. FALLON et J. MEEUSEN, « Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition », *Yearbook of Private International Law*, 2002, p. 37, et comp. les observations critiques de M. WILDERSPIN et X. LEWIS, « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2002, p. 1, selon lesquels il conviendrait de distinguer, au niveau de la terminologie, entre les clauses de reconnaissance mutuelle et les clauses de « marché intérieur ». Il s'agit là d'une querelle linguistique, sur laquelle il n'est pas nécessaire d'insister dans le présent contexte.

¹⁰ BGH, 28 février 2012, *N.J.W.*, 2012, p. 1817, n° 20, jurisprudence confirmée incidemment par BGH, 16 septembre 2014, *N.J.W.*, 2015, p. 555, n° 34 ; adde : D. MARTINY, in *Münchener Kommentar zum BGB* (vol. 10, 6^e éd., Munich, C.H. Beck, 2015), Art. 6 Rom-I-VO, n° 17 (« Dahinter steht der Gedanke, dass sich der Verbraucher selbst auf einen fremden Markt begeben hat und keine Privilegierung gegenüber anderen Verbrauchern erwarten kann »). Sur la disposition correspondante de l'article 5, paragraphe 4, de la

Si cela est exact, de nombreuses prestations de services des banques sont en fait immunisées contre la protection des consommateurs, comme l'assure l'article 6 du règlement. Mais ceci ne fait peut-être que déplacer le problème : si les consommateurs résidant à l'étranger ne peuvent pas obtenir la protection de leur propre loi à travers le mécanisme (« bilatéraliste », selon la terminologie reçue en droit international privé) de l'article 6, ne peuvent-ils pas songer à invoquer, devant les juridictions de leur résidence, les mêmes lois protectrices en les qualifiant de lois de police, faisant ainsi appel au mécanisme « unilatéraliste » de l'article 9, paragraphe 2, du règlement ? En d'autres termes : les avantages pour les banques – ou les désavantages pour les consommateurs –, en termes d'inapplicabilité des lois protectrices de l'État de la résidence des clients, qui semblent découler des exceptions au champ d'application matériel de l'article 6 du règlement, ne sont-ils pas compensés à travers la possibilité pour les clients d'invoquer les mêmes lois protectrices devant le juge de leur propre résidence au titre des lois de police ?

La *compétence des juridictions de la résidence des clients* ne sera pas systématiquement donnée, mais elle le sera fréquemment. Elle dépendra d'un autre texte européen, le règlement Bruxelles I (refonte) dont l'article 17 prévoit la compétence des juridictions de l'État de la résidence du consommateur, sans prévoir d'exception similaire à celle de l'article 6, paragraphe 4, du règlement Rome I¹¹ ; elle peut encore dépendre de la question de savoir si le consommateur est demandeur ou défendeur en justice, si une clause attributive de juridiction a été régulièrement stipulée, et ainsi de suite. Dans tous les cas où le procès aboutit devant les juridictions de la résidence du consommateur, les lois de police du pays en question bénéficieront d'une situation privilégiée, celle des lois de police du for, conformément à l'article 9, paragraphe 2, du règlement Rome I.

Un très bon exemple des difficultés qui peuvent résulter, en pareil cas, de l'applicabilité potentielle des lois de police du for (mais d'un for étranger par rapport à la banque) est la jurisprudence française en matière d'applicabilité internationale de la loi Scrivener et des autres dispositions relatives au crédit à la consommation. Dans une série d'arrêts, la Cour de cassation française a considéré ces dispositions comme des lois de police « d'application impérative

Convention de Rome au 18 juin 1980, voy. Ph.-E. PARTSCH, *Droit bancaire et financier européen*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 1403, qui attire l'attention sur le fait que la protection « est susceptible de s'appliquer dès qu'une partie, même non substantielle, des services doit être fournie dans le pays de résidence du consommateur (ouverture d'un compte-titres, opérations en bourse, etc.) ». Selon un récent arrêt de la cour d'appel (6 mai 2015, n° 37042), les services rendus au client « ont tous été fournis exclusivement au Luxembourg », entraînant de ce fait l'inapplicabilité de la protection internationale du client consommateur, dès lors que les titres islandais achetés ont été placés dans un compte-titres ouvert au nom des clients auprès de la banque luxembourgeoise.

¹¹ Au contraire, l'article 17, paragraphe 1^{er}, littéra b, du règlement Bruxelles I refondu prévoit expressément que, « lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente [d'objets mobiliers corporels] », la protection des consommateurs au regard des règles de *compétence judiciaire* est obligatoirement applicable.

pour le juge français »¹² ou « d'application impérative au sens de l'article 7, alinéa 2, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 »¹³. Dans ces cas, il s'agissait pourtant de consommateurs qui avaient activement recherché des crédits bancaires avantageux en venant se déplacer auprès de la Deutsche Bank ou auprès de la Commerzbank à Francfort ; ces banques avaient certainement respecté la législation allemande relative au crédit à la consommation et ne se doutaient pas de l'applicabilité – aux yeux du juge français – des dispositions françaises, avec leur formalisme inhabituel pour une banque allemande. Et pourtant, c'est ce à quoi aboutissait le mécanisme des lois de police françaises.

L'applicabilité de ces lois de police est-elle inévitable ? On peut, le cas échéant, le contester et transformer ainsi la certitude de l'application des lois de police du for en une simple quasi-certitude.

Un arrêt remarqué (et longuement motivé) de la Cour d'appel de Colmar¹⁴ a ainsi refusé d'appliquer les dispositions de la loi Scrivener à un contrat de crédit à la consommation consenti par une banque allemande, la Hypothekenbank Hamburg, à des résidents français. Elle l'a fait par référence à la primauté du droit de la banque allemande à la libre prestation de services, qui impose que des lois de police ne soient appliquées qu'après vérification de leur caractère non discriminatoire et proportionné¹⁵ : il convient, dit l'arrêt, de :

« rechercher si la loi Scrivener ne se heurte pas à la libre circulation des services, et notamment des “produits bancaires”. [...] Le juge du for ne peut [...] appliquer les dispositions impératives de la loi du 13 juillet 1979 [...] que si elles sont non discriminatoires, si la loi applicable au contrat ne répond pas suffisamment à l'impératif de protection, si elles sont absolument nécessaires pour assurer la protection d'un consommateur avisé et si elles sont proportionnées à l'intérêt protégé ».

L'arrêt décide qu'en vertu de l'application du droit allemand, les exigences *essentiels* de la loi Scrivener ont été respectées, la protection assurée par les dispositions allemandes étant somme toute équivalente à celle assurée par le droit français, et que, pour le surplus, les emprunteurs « ne précisent pas quelles raisons d'intérêt général imposeraient l'application d'autres dispositions du Code de la consommation non respectées par les contrats litigieux ».

Au-delà de cet argument tendant à limiter l'intervention des lois de police du for, tiré des libertés fondamentales de circulation du droit européen, il existe un autre argument dont le sort définitif dépendra, probablement, de l'arbitrage

¹² Civ. 1^{re}, 19 octobre 1999, n° 97-17.650, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2000, p. 29, note LAGARDE.

¹³ Civ. 1^{re}, 23 mai 2006, n° 03-15.837, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2007, p. 85, note COCTEAU-SENN. L'article 7, alinéa 2, de la Convention de Rome est le prédécesseur normatif de l'actuel article 9, alinéa 2, du règlement Rome I.

¹⁴ Colmar, 18 février 2004, *D.*, 2004, p. 1898.

¹⁵ Suivant la jurisprudence de la Cour de justice dans l'affaire *Arblade* (arrêt du 23 novembre 1999, C-369/96, ECLI:EU:C:1999:575).

de la Cour de justice. Cet argument est plus radical. Il se trouve que la jurisprudence allemande et autrichienne estime, depuis longtemps, qu'une législation protectrice des consommateurs (ou des autres parties faibles à un contrat) *n'est, par nature, pas une loi de police* et ne peut, dès lors, pas être invoquée à l'encontre de la loi normalement applicable à un contrat¹⁶. Cette vision s'est reflétée, au cours des négociations du règlement Rome I, par l'insertion de la référence à « la sauvegarde de ses intérêts publics » dans la définition légale des lois de police (art. 9, paragraphe 1^{er}, du règlement); en effet, selon la jurisprudence allemande et autrichienne, ne peut être qualifiée de loi de police qu'une loi qui tend à la protection des intérêts publics au sens strict, par opposition à la protection des intérêts d'une partie au contrat. La protection des parties faibles relève intégralement des articles des règlements consacrés à la protection des consommateurs, assurés et salariés qui ne peut être définie unilatéralement par les États au moyen de lois de police. Il est actuellement incertain dans quelle mesure cette vision restrictive des lois de police finira par s'imposer face à la vision franco-belge, qui inclut volontiers les lois protectrices des parties faibles dans la définition des lois de police¹⁷. Il est remarquable en tout cas que le dernier état de la jurisprudence de la Cour de cassation française paraisse désormais hésiter à l'égard de la qualification de lois de police de certaines dispositions du Code de la consommation¹⁸.

Section 2. Lois prohibitives

Cette deuxième catégorie de lois de police est de nature très différente de celle des lois de police contractuelle que nous venons d'examiner. Les lois prohibitives n'ont pas pour objet de prescrire impérativement un contenu de droit privé au contrat, mais de régir le comportement des opérateurs économiques. Ces lois ont, en général, une forte composante de droit public et sont sanction-

¹⁶ Voy. not. BGH, 13 décembre 2005, JZ, 2006, p. 673, note TAMM (en matière de crédit à la consommation) et sur l'ensemble de la controverse: S. FRANCOQ et F. JAULT-SESEKE, « Les lois de police, approche de droit comparé », in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Paris, Litec, 2011, pp. 357 et s.; J.-J. KUIPERS et S. MIGLIORINI, « Qu'est-ce que sont les "lois de police"? Une querelle franco-allemande après la communautarisation de la Convention de Rome », *Rev. eur. dr. pr.*, 2011, pp. 187 et s.

¹⁷ Cf. C.J.U.E., 17 octobre 2013, *Unamar*, aff. C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663, qui donne de premiers éléments de réponse, d'ailleurs nuancés.

¹⁸ Cf. Civ. 1^{re}, 16 septembre 2015, n° 14-10.373: « ni l'article 1326 du code civil, qui fait obligation à la partie qui s'engage seule envers une autre à lui payer une somme d'argent de porter sur le titre constatant cet engagement sa signature ainsi qu'une mention écrite par elle-même de la somme en toutes lettres et en chiffres, ni les articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation, lesquels imposent à la personne physique qui se porte caution envers un créancier professionnel de faire précéder sa signature d'une mention manuscrite, les mentions prévues par ces textes étant destinées à assurer une meilleure protection de la personne qui s'engage, ne sont des lois 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 ».

nées par des sanctions pénales ou administratives, qui rendent illégale toute contravention à leurs prohibitions.

Un exemple, extrêmement classique, mais pendant un certain temps tombé en quasi-désuétude, était le contrôle des changes, tout à fait caractéristique du droit public économique des activités bancaires entre les années 1930 et les années 1980. Après avoir pratiquement disparu (du moins en Europe¹⁹), il revit actuellement dans au moins un État de l'Association européenne de libre-échange et de l'Espace économique européen, l'Islande, qui, à la suite de la crise financière de 2008, a dû réactiver son *Foreign Exchange Act* de 1992 et soumettre à autorisation administrative un grand nombre d'opérations financières.

Autre exemple, actuellement important celui-là : les lois d'embargo. Les embargos peuvent parfois être internationaux et « multilatéraux » (embargos de l'ONU, suivis par l'Union européenne et le Luxembourg). Mais ils peuvent également être inspirés de la vision unilatérale de la géopolitique d'un État – concrètement, des États-Unis d'Amérique.

Les lois américaines d'embargo se caractérisent par trois éléments typiques.

(1) Leur unilatéralisme (au sens politique). L'embargo contre Cuba est en vigueur aux États-Unis depuis plus de 50 ans et n'est suivi par aucun autre État même allié des États-Unis. De même, les États-Unis ont décrété des embargos unilatéraux contre la Libye, à une époque où le gouvernement de Mouammar Kadhafi n'était pas considéré, en Europe, comme *hostis humani generis*; et l'embargo américain contre l'Iran a pris (du moins jusqu'à très récemment) une forme beaucoup plus sévère que l'embargo dont cet État faisait l'objet de la part de l'ONU ou de l'Union européenne²⁰.

(2) Leur prétention à l'extraterritorialité, prétention caractéristique d'un embargo décrété par un État puissant. Certes, il existe en droit commun américain une (à première vue assez paradoxale) « présomption contre l'extraterritorialité » des lois²¹, mais le Congrès des États-Unis est libre de définir la portée territoriale de ses lois. Il est classique que les lois d'embargo américaines

¹⁹ L'article 63 du TFUE, applicable aux États membres de l'Union européenne, prescrit même que « toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites ».

²⁰ La Communauté européenne a même édicté, en 1996, un règlement (CE) n° 2271/96 « portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant », qui vise notamment les embargos américains contre Cuba, la Libye et l'Iran tels qu'ils existaient à cette époque.

²¹ Comme l'a montré, en matière de droit bancaire et financier, l'arrêt *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247 (2010), qui a considéré comme inapplicable en dehors du territoire des États-Unis la section 10(b) du *Securities Exchange Act* de 1934. Cette jurisprudence fut immédiatement brisée par le *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* du mois de juillet 2010. Voy. J. Wu, « *Morrison v. Dodd-Frank* : Deciphering the Congressional Rebuttal to the Supreme Court's Ruling », *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, vol. 14 (2011), pp. 317 et s.

s'appliquent à toutes les «US persons», dont la définition législative inclut les sociétés étrangères filiales de sociétés américaines²²; et, récemment, l'utilisation du dollar comme moyen de paiement a même été visée comme critère d'applicabilité des lois américaines²³.

(3) La gravité des sanctions prévues. La prétention des lois américaines d'embargos à l'extraterritorialité est rendue effective par les sanctions pénales qu'elle prévoit à l'égard des personnes physiques responsables des opérations interdites, et par les sanctions administratives qu'elle prévoit contre les personnes morales coupables d'infractions. Un exemple spectaculaire en a été l'amende de 8,97 milliards de dollars infligée à la BNP Paribas en 2014 pour contravention à diverses lois d'embargo américaines: cette banque française avait fait transiter, de 2004 à 2012, par les États-Unis, de l'argent au nom de clients soudanais, cubains et iraniens²⁴.

Du fait de leur effectivité (laquelle se constate et ne se juge pas), ces lois de police américaines ont une incidence réelle sur l'activité bancaire – y compris au Luxembourg –, et ce, peu importe la loi normalement applicable aux contrats conclus par les banques.

Chapitre II. Une question : celle de l'application (ou de la prise en considération) des lois de police étrangères devant les juridictions luxembourgeoises

Cette question peut se poser dans différents contextes. Une réponse affirmative peut être tantôt défavorable, tantôt favorable aux intérêts d'une banque luxembourgeoise : défavorable, s'il s'agit d'accueillir, par application d'une loi de police étrangère, un moyen de défense soulevé par un client de la banque ; favorable, s'il s'agit de l'exonération de la banque, qui cherche à se prévaloir d'une loi de police étrangère (du type des lois de police américaines que nous venons d'examiner) pour se mettre à l'abri des sanctions qu'elle prévoit.

Les réponses actuellement données par le droit européen (section 2) ne se comprennent qu'à partir des principes classiques de réponse (section 1) qu'elles confirment, complètent ou perturbent ponctuellement.

²² A. LOWENFELD, *Trade Controls for Political Ends*, 2^e éd., New York/San Francisco, Matthew Bender, 1983; du même auteur, *International Economic Law*, 2^e éd., New York, OUP, 2008, pp. 890 et s.

²³ S. KATZENSTEIN, « Dollar Unilateralism: The New Frontline of National Security », *Indiana Law Journal*, vol. 90 (2015), pp. 293 et s. Voy. aussi le dossier « Les enjeux de l'extraterritorialité en droit financier », avec des contributions de H. SYNNET et al., *RD bancaire et fin.*, n° 6, novembre 2015, dossiers 49-55.

²⁴ Voy. les articles « BNP Paribas est menacée d'une amende géante » et « L'impérialisme du dollar », *Le Monde*, 31 mai 2014.

Section 1. Les principes classiques de réponse

Rien n'est simple, tout se complique. Trois types de réponse doivent être envisagés successivement : la réponse du droit international public, la réponse du droit des conflits de lois et, enfin, la réponse du droit matériel.

§ 1. La réponse du droit international public

Elle correspond à la situation idéale : la coopération internationale et la coordination des règles applicables. Un précédent en est l'article VIII des statuts du Fonds monétaire international (accords de Bretton Woods du 22 juillet 1944), qui tend à la résolution des graves conflits auxquels avait donné lieu, au cours des années 1930, le contrôle des changes des différents États. Dans l'avant-guerre, la crise financière de l'époque avait conduit la plupart des États, d'une part, à édicter pour eux-mêmes des restrictions aux changes et, d'autre part, à refuser l'application de la réglementation des changes des États étrangers. Les résultats de ce « chacun pour soi » n'avaient pas été impressionnants sur le plan économique. En réaction, les États membres du Fonds monétaire international (qui étaient à l'origine les seuls États occidentaux, mais qui sont actuellement la presque-totalité des États membres de l'ONU) se sont mis d'accord sur un contrôle international, de la part du FMI, du contenu des réglementations des changes et, en contrepartie, sur une règle veillant à l'efficacité du contrôle des changes devant les tribunaux étrangers. Aux termes de l'article VIII, section 2, littéra b :

« Les contrats de change qui mettent en jeu la monnaie d'un État membre et sont contraires à la réglementation du contrôle des changes de cet État membre maintenue ou imposée conformément aux présents Statuts ne sont exécutoires sur les territoires d'aucun État membre. [...] »²⁵.

§ 2. La réponse du droit des conflits de lois

Le droit international privé classique considère que les lois de police du droit normalement applicable au contrat s'appliquent devant le juge du for²⁶, mais qu'en revanche, une loi de police d'un État tiers par rapport au contrat et par rapport à la juridiction saisie n'a aucun titre à être appliquée. Ce système classique s'accommode, par conséquent, de l'applicabilité nécessaire des lois de

²⁵ Presque chacune des notions employées dans ce texte a donné lieu à des controverses et, de la part de la jurisprudence des grandes places financières que sont New York, Londres et, plus récemment, Francfort, à des interprétations restrictives (voy., en détail, F.A. MANN, *The Legal Aspect of Money*, 5^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 377 et s.; adde: OLG Francfort, 13 juin 2006, *IPRax*, 2007, p. 331, à propos du contrôle des changes argentin). La jurisprudence luxembourgeoise existante – en particulier Trib. arr. Luxembourg, 1^{er} février 1956, *Pas. lux.*, 17, p. 35 – a fait preuve, en revanche, d'une approche constructive de l'article VIII (2) (b), inspirée de l'interprétation française et plus caractéristique de la jurisprudence d'un État industriel que d'une place financière.

²⁶ Y compris – mais ceci a été longtemps controversé – les lois de police relevant du droit public.

police du for, mais rejette toute volonté d'application des lois de police étrangères du contrat²⁷.

§ 3. La réponse du droit matériel

À supposer que le contrat ne soit pas soumis au droit étranger dont provient la loi de police (ce qui signifie, dans la plupart des cas, qu'il sera soumis à la loi du for), une exonération du débiteur par l'effet de la contrainte que font porter sur lui des normes prohibitives étrangères n'est pas pour autant exclue. Le débiteur – qui peut être la banque elle-même, qui se trouve face à des exigences contradictoires, exécuter le contrat, d'une part, obéir à la loi de police, de l'autre – peut, dans certains cas, trouver le moyen de son exonération dans le cadre de l'application du droit matériel applicable.

A. Recours par les parties à des clauses contractuelles

Dans une affaire jugée en 2014 par le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg²⁸ était en cause une demande en exécution d'une instruction de transfert donnée par une banque iranienne à une banque luxembourgeoise. Le transfert se heurtait aux effets extraterritoriaux de la législation américaine d'embargo contre l'Iran et la banque luxembourgeoise refusait en conséquence de l'exécuter. Elle se prévalait d'une clause de ses conditions générales, ainsi rédigée :

« [The Bank] is not obligated to execute an instruction of a Customer if [the Bank] believes that to do so will or may contravene any law or regulation, any relevant market practice or the Bank's general business practice. »

Le tribunal a fait droit à ce moyen de défense. Il constate d'abord ce qui suit :

« En ce qui concerne l'interprétation du texte invoqué, la théorie défendue par la partie demanderesse que par "toute loi", seule une loi nationale luxembourgeoise pourrait être visée et que la loi américaine ne serait pas concernée, ne donne [...] pas de sens dans le contexte international dans lequel les opérations de la défenderesse se déroulent. En effet, les opérations sont transfrontalières et l'emploi du terme "any" se réfère nécessairement à toutes les lois qui peuvent concerner les opérations visées »,

pour juger ensuite qu'« il résulte de l'analyse de la loi américaine précitée que [la Banque] n'est pas seulement dans l'hypothèse dans laquelle l'exécution de

²⁷ La solution du droit international privé classique a été critiquée à partir d'un article visionnaire (et très décrié par la doctrine traditionnelle) publié par Wilhelm Wengler au cours de la Seconde Guerre mondiale, « Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht », *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1941, p. 168.

²⁸ Trib. arr. Luxembourg, 11 juin 2014, n° 1553/2014 (II).

la transaction peut contrevenir à la loi des États-Unis, mais qu'elle s'expose à des sanctions draconiennes». En conséquence, la demande de la banque iranienne est rejetée : «Le tribunal ne peut ni ordonner l'exécution forcée de l'opération, ni allouer des dommages-intérêts à [la banque iranienne].»

B. Recours par les tribunaux au droit commun des contrats

Une clause contractuelle n'est pas indispensable à l'exonération du débiteur par l'effet de la contrainte étatique étrangère. En fait, alors même que seule la loi du for est *applicable* à un contrat, il sera souvent possible de *prendre en considération* une norme étrangère en vue d'enrichir un concept général de la loi du contrat, et notamment le concept de force majeure exonératoire (en droit luxembourgeois, art. 1148 C. civ.).

Le fait que, compte tenu des sanctions pénales ou administratives dont elles sont munies, et qui seront appliquées à l'étranger quelle que soit la loi applicable au contrat, les normes prohibitives d'un État étranger peuvent constituer un cas de force majeure au sens du droit civil est admis depuis les débuts du commerce international²⁹. Comme l'exprime, au Luxembourg, un arrêt de la cour d'appel du 17 décembre 1926³⁰ à propos de (prétendus) «ordres du pouvoir public allemand» :

«Attendu que tous les empêchements qui résultent des commandements ou des prohibitions de la puissance publique obligent à soumission comme un événement de la nature et constituent un cas de force majeure, s'il en résulte une impossibilité absolue pour l'exécution d'une obligation et que cette impossibilité n'a pu être conjurée par d'autres mesures de précaution.»

Et c'est spécialement lorsque la contrainte résultant des normes étrangères semble injuste et illégitime, au point de faire apparaître la norme étrangère comme contraire à l'ordre public du for, voire au droit international public, que la libération du débiteur peut être particulièrement importante ; ceci explique que les tribunaux aient pu libérer des débiteurs contractuels au vu d'embargos dirigés – en temps de guerre ou de tension internationale – contre l'État du for lui-même, ou au vu d'expropriations (notamment en Union soviétique) sans aucune indemnisation³¹. Pourtant, au regard du droit des conflits de lois, une *application* de ces normes étrangères aurait été totalement exclue.

Par ailleurs, si les parties s'étaient mises d'accord, dès la conclusion du contrat, que celui-ci était destiné à la violation d'une loi de police étrangère, la conséquence en serait la nullité du contrat pour objet illicite³².

²⁹ Pour des exemples historiques, voy. P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, Paris, LGDJ, 1994, n° 14 et s.

³⁰ *Pas. lux.*, 11, p. 200.

³¹ *Le fait du prince étranger*, *op. cit.*, n° 182.

³² *Ibid.*, n° 238. En jurisprudence luxembourgeoise, voy. Cass., 2 février 1956, *Pas. lux.*, 16, p. 425, et, plus récemment, cour d'appel, 17 janvier 2007, n° 30958, qui annule un contrat tenant à l'importation en France de sommes d'argent en fraude des lois douanières françaises.

Le mécanisme de la prise en considération permet de donner un effet satisfaisant non pas à toutes les lois de police étrangères (les lois de police contractuelle ne sont pas concernées par cette prise en considération), mais seulement à celles d'entre elles qui prennent la forme de normes prohibitives. La raison en est que seules les normes prohibitives visent, au-delà de la définition d'un contenu de droit privé impératif du contrat, le comportement des parties au contrat. Voici un tableau des solutions acquises conformément à la jurisprudence *anglaise* classique, telle qu'elle est comprise par la doctrine majoritaire en Angleterre; l'importance toute particulière des solutions du droit anglais apparaîtra lors des négociations sur le règlement Rome I³³:

- les lois de police du droit normalement applicable au contrat s'appliquent (1);
- les lois de police contractuelle d'un État tiers par rapport au contrat ne s'appliquent pas et ne seront pas prises en considération (2);
- les normes prohibitives d'un État tiers par rapport au contrat sont prises en considération, selon le cas, comme éléments libérant le débiteur (3) ou comme prescriptions conduisant à la nullité des contrats qui tendent à leur violation (4), à condition qu'il s'agisse de normes du lieu d'exécution du contrat (5).

(1) *Kahler v. Midland Bank* [1950] A.C. 24.

(2) *International Trustee for the Protection of Bondholders v. R.* [1936] 3 All E.R. 407, C.A.

(3) *Ralli Brothers v. Compañía Naviera Sota y Aznar* [1920] 2 K.B. 287, C.A.

(4) *Foster v. Driscoll* [1929] 1 K.B. 470, C.A.

(5) *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co.* [1989] Q.B. 728.

Ces solutions, rigides et prévisibles, correspondent – avec des nuances, que ne fait pas la doctrine anglaise majoritaire, en ce qui concerne la prise en considération éventuelle d'une loi de police extraterritoriale³⁴ – à un consensus international sur le plan du droit matériel.

La question qui est apparue, au moment de la codification européenne du droit des conflits de lois en matière contractuelle, était celle de savoir s'il n'était pas souhaitable d'aller plus loin dans le sens de l'ouverture aux lois de police étrangères.

Section 2. L'apport du droit européen : confirmation, complément ou perturbation ?

Lors de la codification du droit européen, d'abord par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, puis par le règlement Rome I, un élément d'insuffisance de la solution classique a

³³ *Infra*, texte accompagnant les notes 40 à 42.

³⁴ *Voy. Le fait du prince étranger, op. cit.*, n^{os} 174 (et note 60) et 175.

fait l'objet d'un consensus : ce consensus concerne certaines **lois de police contractuelle**, protectrices des parties faibles au contrat.

La protection des consommateurs (de même que la protection des salariés et des assurés) est désormais assurée, par les textes européens, de manière bilatéraliste : ainsi, dès lors qu'un contrat de consommation relève de la protection des consommateurs par le droit des conflits de lois conformément à l'article 6 du règlement Rome I, cette protection s'impose quelle que soit la loi applicable, et ce, indépendamment de la question de savoir si c'est un tribunal de l'État de la résidence du consommateur qui est saisi du litige ou alors un tribunal du lieu d'établissement du professionnel. Sur ce point, les deux textes européens ont constitué un réel progrès dans la protection internationale des parties faibles, progrès qui n'est contesté par personne. Ce qui continue de représenter un problème est le traitement des autres lois de police contractuelle, et peut-être même, depuis le règlement Rome I, celui des normes prohibitives étrangères.

Il convient de distinguer les deux textes européens qui se sont succédé dans la réglementation de la question.

§ 1. La Convention de Rome du 19 juin 1980

L'article 7, paragraphe 1^{er}, de la Convention de Rome³⁵ est ainsi rédigé :

«Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.»

En mettant l'accent sur le point de vue de l'État auteur de la loi de police, la Convention de Rome était empreinte d'un esprit de coopération internationale dont il s'est avéré, au cours des négociations, qu'il allait trop loin pour certains des États contractants. Une possibilité de réserve fut, dès lors, aménagée à l'article 22, paragraphe 1^{er}. Les raisons pour lesquelles certains États contractants se prévalurent de cette possibilité de réserve variaient ; en ce qui concerne le Royaume-Uni, il s'agissait déjà de garantir, dans l'intérêt de la *City*, le maintien des solutions jurisprudentielles acquises et de ne pas permettre la remise en cause potentielle de contrats régis par le droit anglais du fait de l'invocation de lois de police étrangères que le droit matériel anglais n'aurait pas accepté de prendre en considération ; en ce qui concerne l'Allemagne, il

³⁵ Laquelle continue de s'appliquer aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur du règlement Rome I, le 17 décembre 2009.

s'agissait d'un conservatisme scientifique ; en ce qui concerne le Luxembourg, d'un conservatisme complètement ascientifique³⁶.

Une réserve sur l'article 7, paragraphe 1^{er}, de la Convention a effectivement pour effet d'empêcher les tribunaux d'*appliquer*, par dérogation au droit normalement applicable au contrat, une loi de police étrangère. C'est pour cette raison que, lorsqu'il s'agit de « lois de police contractuelle » (lesquelles ne peuvent déployer un quelconque effet qu'à condition d'être applicables, au sens des conflits de lois, au contrat dont elles définissent impérativement le contenu), le rejet de leur rattachement spécial signifie qu'il n'en sera pas tenu compte.

L'effet de la réserve à l'égard des lois de police contractuelles peut être illustré à l'aide de la jurisprudence luxembourgeoise : dans un arrêt de la cour d'appel du 28 janvier 2004³⁷, il s'agissait de la législation allemande en matière d'opérations boursières, qui était censée (selon l'une des parties) s'appliquer à la responsabilité contractuelle d'une banque luxembourgeoise ; dans l'affaire tranchée par un jugement du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 28 janvier 2008³⁸, il s'agissait de l'article L.330-3 du Code de commerce français, qui sanctionne la non-remise d'un document d'information précontractuelle par la nullité relative du contrat. Puisque, dans les deux cas, les contrats étaient soumis au droit luxembourgeois, la réserve luxembourgeoise à l'article 7, paragraphe 1^{er}, de la Convention de Rome empêchait les tribunaux d'appliquer, par dérogation à ce droit, des lois de police contractuelle allemandes ou françaises en rendant responsable une banque qui n'était pas responsable au regard du droit luxembourgeois, ou en prononçant la nullité d'un contrat dans des conditions non prévues par le droit luxembourgeois.

En revanche, la réserve n'empêche pas de prendre en considération des normes prohibitives étrangères, dès lors que cette prise en considération ne se fait pas sur le plan des conflits de lois, mais sur le plan de l'application du droit matériel applicable³⁹. De ce point de vue, par conséquent, la réserve luxembourgeoise ne change rien aux solutions classiquement acquises.

§ 2. Le règlement Rome I

Dans le cadre de la négociation du règlement Rome I, un État membre, le Royaume-Uni, a fait valoir ses intérêts propres et a réussi à amener les autres

³⁶ La réserve fut introduite, en ce qui concerne le Luxembourg, à la demande de la Chambre des députés qui n'avait pas saisi la différence entre lois de police étrangères et lois de police du for ... (voy. le rapport de la Commission juridique, *Doc. parl.*, n° 2813-1, p. 16 ; et cf. F. SCHOCKWEILER, *Les conflits de lois et les conflits de juridictions en droit international privé luxembourgeois*, 2^e éd., Luxembourg, Paul Bauler, 1996, n° 204, qui qualifie la réserve de « réaction nationaliste épidermique un peu étonnante pour un pays qui se veut résolument ouvert sur le monde international et confiant dans une unification de l'Europe »).

³⁷ N° 27453.

³⁸ N° 95/08 (II).

³⁹ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, 3^e éd., Paris, PUF, 2014, t. II, n° 915.

participants au processus d'adoption du règlement à accéder à ses souhaits⁴⁰. S'agissant du droit international privé des contrats, c'est le secteur financier anglais qui a défini, en fait, la position de négociation du gouvernement britannique⁴¹. La principale revendication du Royaume-Uni avait trait au problème des lois de police étrangères. Puisque le règlement serait nécessairement un texte uniformément applicable dans les États membres, le maintien de la possibilité d'une réserve, selon le modèle de la Convention de Rome, était exclu. Il fallait par conséquent – c'était là l'exigence du gouvernement britannique – codifier, dans le règlement Rome I, la jurisprudence anglaise classique portant sur l'incidence des lois de police sur les contrats⁴². De cette manière, la sécurité juridique resterait préservée.

Et, effectivement, l'article 9, paragraphe 3, du règlement Rome I définit des limites étroites, reprises de la jurisprudence anglaise telle qu'elle est comprise par la doctrine anglaise majoritaire, à l'efficacité des lois de police étrangères devant les tribunaux du for :

« Il pourra également 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. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application. »

Le problème est que, dans certains cas, les limites ainsi définies peuvent paraître trop étroites. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris⁴³ montre, en tout cas, que, désormais, c'est de manière mécanique que les situations résultant de l'intervention d'une loi de police étrangère risquent d'être jugées. Une société Bio-Rad SNC, établie en France, mais filiale d'une société américaine Bio-Rad Laboratories Inc., devait livrer à une société iranienne du matériel de diagnostic clinique (servant au dépistage du VIH lors des transfusions de sang) afin que celle-ci en assure la distribution au secteur médical iranien. Selon le *Code of Federal Regulations* américain, Bio-Rad SNC est considérée comme

⁴⁰ Dans le monde pré-Brexit, le Royaume-Uni bénéficiait en effet (comme l'Irlande) d'une particularité dans l'architecture institutionnelle de l'Union européenne, qui lui permettait d'exercer une option pour ou contre leur participation à une mesure normative adoptée dans le domaine de l'« espace de liberté, de sécurité de justice » (*opt in* prévu au Protocole n° 21 au TFUE). Si et dans la mesure où les autres États membres souhaitaient obtenir la participation du Royaume-Uni à un règlement dans l'une de ces matières – dont fait partie le droit international privé, au titre de la coopération judiciaire en matière civile –, il leur appartenait de consentir aux compromis nécessaires.

⁴¹ Voy., en particulier, la note publique, bien argumentée, du *Financial Markets Law Committee* institué auprès de la Banque d'Angleterre, *Legal Assessment of the Conversion of the Rome Convention to a Community Instrument and the Provisions of the Proposed Rome I Regulations, Issue 121 – European Commission Final Proposal for a Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations* (« Rome I »), avril 2006.

⁴² Voy. le tableau *supra*.

⁴³ Paris, 25 février 2015, *D.*, 2015, p. 1260, note WINKLER et LACOMBE.

une *US person* en raison de son contrôle par une société américaine⁴⁴. L’embargo contre l’Iran s’applique par conséquent, selon la volonté du législateur américain, à ce contrat entre une société française contrôlée par des intérêts américains et une société iranienne. Comme Bio-Rad SNC n’entend pas subir les sanctions que la législation américaine prévoit pour elle-même et pour ses dirigeants, elle rompt le contrat avec la société iranienne. Celle-ci l’assigne en dommages et intérêts devant le Tribunal de commerce de Paris – qui condamne Bio-Rad SNC au paiement de dommages-intérêts, condamnation confirmée en appel. L’arrêt refuse de donner effet à la loi de police américaine, au motif qu’elle est extraterritoriale et ne répond, par conséquent, pas à la condition de territorialité qui se trouve formulée à l’article 9, paragraphe 3, du règlement :

« Considérant qu’en application du règlement “Rome I” il ne peut être donné effet à une loi de police étrangère que s’il s’agit d’une loi de police du lieu d’exécution du contrat et si cette loi rend illégale l’exécution du contrat ; qu’en l’espèce, sans avoir à se prononcer sur la qualification de loi de police des dispositions du CFR, instituant un embargo sur les exportations à destination de l’Iran, la Cour ne peut donner effet à la loi américaine, qui n’est ni une loi de police française, ni une loi de police iranienne. »

Si la solution est claire, elle n’est pas, dans tous les cas, opportune. La jurisprudence, du moins la jurisprudence antérieure au règlement Rome I, traitait la question des normes prohibitives extraterritoriales de manière nuancée, qui ne les favorisait pas, mais qui acceptait parfois d’en tenir compte si elles étaient vraiment effectives⁴⁵. En fait, le contenu de l’article 9, paragraphe 3, du règlement, tel qu’il a été imposé par le Royaume-Uni, n’est pas satisfaisant en termes de politique juridique. Il mélange des considérations de droit international privé (le pouvoir d’appréciation du juge, réservé dans la deuxième phrase, qui a été reprise de la Convention de Rome) et des considérations de droit matériel (les considérations sous-jacentes à la définition de la contrainte étatique étrangère comme cas de force majeure). Or, le règlement n’a pas pour objet d’uniformiser le droit matériel des contrats, et cette unification ne peut – contrairement à l’unification des règles de conflit⁴⁶ – même pas se fonder sur un titre de compétence de l’Union européenne⁴⁷.

Il est vrai qu’ainsi qu’on l’a fait observer⁴⁸, la motivation de l’arrêt de la Cour d’appel de Paris paraît ne combattre l’extraterritorialité de la loi américaine que dans les termes du droit international privé, c’est-à-dire au titre de l’applicabilité formelle de la loi de police. L’arrêt ne se prononce pas expressément sur la possibilité d’une prise en considération et la laisse peut-être ouverte.

⁴⁴ Cf. *supra*, note 22.

⁴⁵ Pour les détails, voy. *Le fait du prince étranger*, *op. cit.*, n^{os} 164 et s.

⁴⁶ Cf. l’article 81, paragraphe 2, littéra c, du TFUE.

⁴⁷ Voy. les critiques de D. MARTINY, in *Münchener Kommentar zum BGB* (vol. 10, 6^e éd., Munich, C.H. Beck, 2015), Art. 9 Rom-I-VO, n^o 114b.

⁴⁸ L. D’AVOUT, obs. sous l’arrêt, *JCP G*, 2015, p. 2035.

En tout cas, il faut souhaiter que l'interprétation future de l'article 9, paragraphe 3, du règlement soit une interprétation raisonnable, qui permette aux tribunaux de continuer à prendre en considération, de manière réaliste, les effets de la contrainte étatique⁴⁹. En effet, si on se privait de l'appréciation concrète des situations, au motif que les auteurs du règlement Rome I ont voulu prescrire une solution dogmatique, on finirait par appauvrir le système juridique. Prendre en considération les lois de police étrangères, dans les limites définies par le droit matériel, est un minimum nécessaire à la justice. Autrement, on aboutit à donner raison à l'inscription, récemment taguée par un graffiteur anonyme à Strasbourg, sur la clôture du tribunal de grande instance :



⁴⁹ La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, postérieure à la conférence, va dans ce sens : arrêt du 18 octobre 2016, *Nikiforidis*, C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774, points 51 et 52 (« le règlement Rome I harmonise les règles de conflit de lois en ce qui concerne les obligations contractuelles et non les règles matérielles de droit des contrats. Dans la mesure où ces dernières prévoient que le juge du for prenne en compte, comme un élément de fait, une loi de police appartenant à l'ordre juridique d'un État autre que l'État du for ou que l'État d'exécution des prestations contractuelles, l'article 9 dudit règlement ne peut faire obstacle à ce que la juridiction saisie tienne compte de cet élément de fait »).