

L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel

Patrick KINSCH

*Avocat au barreau de Luxembourg
Professeur associé à l'Université Robert Schuman de Strasbourg*

Résumé

L'autolimitation des normes de droit matériel doit être distinguée du jeu des mécanismes du droit international privé, spécialement du jeu des règles de conflit. Elle correspond à la définition, par certaines règles de droit matériel, de leur propre champ d'application international et n'intervient qu'à condition que le droit applicable aux termes des règles de conflit de lois soit préalablement connu. La présente contribution examine les cas dans lesquels l'autolimitation d'une norme de droit matériel n'est pas l'effet d'une disposition législative expresse, mais de l'interprétation de la norme par les tribunaux: incidence de la « présomption contre l'extraterritorialité » des normes législatives dans les pays de *common law*, autolimitation des lois de police, emploi par la norme de notions fermées à toute substitution... On verra ainsi apparaître le phénomène de l'autolimitation des normes comme une illustration, parmi d'autres, de la contribution des normes de droit matériel à la réglementation des situations internationales.

Summary

Self-limitation of rules of substantive law should be distinguished from the operation of mechanisms of private international law, in particular of conflicts rules. It results from the definition, by rules of substantive law, of their own scope of international application; it comes into play once the applicable law has been determined by the appropriate conflicts rules. This contribution examines those cases where the self-limitation of a rule of substantive law is not the result of an express legislative determination, but of the construction of the relevant rule

by the courts: instances of this include the effect of the presumption against extraterritoriality of statutory rules in the law of common law countries, the self-limitation of mandatory norms, or the use by certain rules of closed concepts. It will be seen that self-limitation is one of the ways in which rules of substantive law can contribute to the regulation of international situations.

MOTS-CLÉS: *Norme autolimitée, champ d'application spatial, réduction téléologique, présomption contre l'extraterritorialité, loi de police, substitution.*

1. Il existe deux types de limitation ou de définition du champ d'application international d'une norme – son champ d'application territorial, ou personnel. Le premier type est celui qui intéresse le plus directement le droit international privé, puisqu'il est à la base de la méthode (ou des méthodes) des conflits de lois: à côté d'une norme de droit privé matériel, qui s'impose le silence pour ce qui est de son propre champ d'application dans l'espace, se trouve une règle de droit international privé dont la fonction est de se prononcer sur le champ d'application international du droit matériel: le plus souvent il s'agira d'une règle de conflit bilatérale, ou encore d'une règle de conflit unilatérale ou d'une règle d'applicabilité similaire (1). Cette répartition des tâches entre règle de droit international privé et norme de droit matériel est la plus fréquente. Elle explique, en même temps, que la considération du contenu matériel des normes de droit matériel (ou de droit privé « interne ») n'est pas la première des priorités du droit international privé, du moins lorsqu'il est pratiqué dans le respect de l'orthodoxie conflictualiste: idéalement, dans une telle perspective, le contenu matériel de la norme applicable ne devient pertinent qu'in extremis, très exceptionnellement, lorsqu'il apparaît comme suspect au regard des exigences de l'ordre public international.

On peut toutefois choisir de se placer également dans une optique plus marginale – mais non moins orthodoxe –, qui met l'accent sur un aspect de la contribution des normes de droit matériel elles-mêmes au règlement des situations internationales. Il s'agira d'étudier l'autre type de limitation du champ d'application international des normes

(1) Sur ces mécanismes et sur d'autres, v. la synthèse de P. Picone, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *Rec. des cours* 1999, vol. 276, p. 9.

de droit matériel, qui ne se substitue pas au jeu des mécanismes du droit international privé (en gros, au jeu des règles de conflit) mais qui intervient après que l'intervention de la règle de conflit aura permis de désigner le droit applicable. C'est qu'il peut arriver que l'une ou l'autre norme de ce droit, désigné par la règle de conflit, n'entende pas être appliquée à la situation concrète qu'il s'agit de juger. Elle a, à l'intérieur du droit matériel applicable, son propre champ d'application spatial; la situation examinée n'y entre pas. Une autre norme, issue du même ordre juridique – celui du droit applicable aux termes de la règle de conflit –, est applicable conformément aux conceptions de cet ordre juridique; la norme est autolimitée, en ce sens qu'elle est limitée dans son champ d'application spatial par des critères étrangers au jeu des mécanismes de droit international privé, par des critères de droit matériel.

2. Le phénomène ainsi défini n'a rien de nouveau, ni en législation – certaines lois autolimitées sont très anciennes –, ni en doctrine. On trouve une description assez complète du phénomène des lois autolimitées en marge de l'étude de Franz Kahn portant entre autres sur le renvoi, publiée en 1891 (2). Kahn était, comme on le sait, hostile au renvoi (3); cette position doctrinale ne l'a pas empêché, bien au contraire (puisqu'il s'agissait de répondre, par une distinction nécessaire, à un argument formulé en faveur de la théorie du renvoi), d'admettre qu'il soit tenu compte, dans un cas précis, du point de vue adopté par un ordre juridique étranger sur la limitation spatiale du champ d'application de ses propres normes: le cas dans lequel il ne s'agit que de définir, à l'intérieur d'un même ordre juridique, le champ d'application respectif de ses différentes normes. À la différence des règles de conflit étrangères qui, pour Kahn, n'intéressent pas le juge du for, le point de vue de l'ordre juridique étranger sur le champ d'application des différentes normes qui le composent s'impose évidemment au for, « au même titre que les autres aspects du contenu matériel de la loi étrangère » (4). Kahn illustre

(2) F. Kahn, « Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts », *Jherings Jb.* 40 (1891), 1, réimprimé in Kahn, *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht* (éd. par O. Lenel et H. Lewald), Munich et Leipzig, 1928, vol. 1, p. 1, 25-29.

(3) Au même titre que Bartin, mais avec des accents différents, plus cartésiens que ceux de son contemporain français (et nettement plus ouverts sur le droit comparé).

(4) « *So gut wie der übrige Sachinhalt des fremden Gesetzes* »: *Abhandlungen*, p. 28.

cette proposition par un exemple: l'article 108 du Code de commerce français, qui disposait à l'époque que « toutes actions contre le commissionnaire et le voiturier, à raison de la perte ou de l'avarie des marchandises, sont prescrites, après six mois pour les expéditions faites dans l'intérieur de la France, et après un an pour celles faites à l'étranger ». Ce texte formule deux règles différentes, chacune avec un champ d'application déterminé: la limitation spatiale des deux règles a trait à leur contenu même, et non à la vision française du conflit de lois. Elle doit être respectée, en conséquence, par un juge allemand. Et il en irait de même d'un article du Code de commerce qui se bornerait à indiquer un bref délai de prescription « pour les expéditions faites dans l'intérieur de la France », sans mentionner celles à destination de l'étranger; dans ce cas, les expéditions à destination de l'étranger seraient régies par la prescription de droit commun (trentenaire à l'époque: art. 2262 C. civ.); là encore, le champ d'application territorialement limité de la prescription spéciale des actions contre les commissionnaires et voituriers ferait partie intégrante du droit matériel français et devrait être appliquée comme telle.

Du point de vue de la distinction entre règles de conflit et normes de droit matériel, tout était dit, ou presque, dans cette première contribution. Kahn, il est vrai, n'avait fait état que de lois dont le champ d'application était limité par une disposition expresse; et il n'avait pas songé à inventer une désignation commode et frappante pour la catégorie de normes de droit matériel dont il s'agissait (5). Mais l'observation qu'en l'absence de limitation du champ d'application d'une norme matérielle par une disposition législative expresse, cette limitation pouvait être implicite et définie par le juge, allait être faite par Nussbaum au début des années 1940 (6), puis par De Nova à partir de la fin des années cinquante (7). De Nova a intro-

(5) Il avait choisi une circonlocution: « *Gesetze, bei denen räumliche Beziehungen Bestandteil des sachlichen Willensinhalts bilden* », p. 28.

(6) A. Nussbaum, *Principles of Private International Law*, New York, 1943, p. 70-73 (« *spatially conditioned internal rules* »); v. aussi, plus brièvement, au cours de la période allemande de l'activité de Nussbaum, *Deutsches Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1932, p. 4-5 (« *Sachnormen mit inländischen Tatbestandsmerkmal* »).

(7) Dans toute une série de contributions, p. ex. « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges Jacques Maury*, 1960, vol. 1, p. 377 et s.; « Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws », *Rec. des cours 1966-II*, p. 435, 531-34.

duit la désignation de « lois autolimitées » (8), et c'est depuis la publication de ses travaux que la référence à l'autolimitation de certaines normes de droit matériel est devenue une idée généralement acceptée en droit international privé (9).

3. Ce n'est pas à dire qu'un accord existerait sur tous les aspects théoriques de l'autolimitation des normes, même à propos de normes dont l'autolimitation, expressément prévue par un texte, n'est pas discutable en elle-même. Du point de vue de la terminologie d'abord. Quelques auteurs ont tendance à mettre sur le même plan les normes autolimitées et les lois d'application immédiate (10), soit pour les confondre, soit pour faire suivre cette assimilation des deux notions d'une sous-distinction qui rétablit la différence fondamentale entre les deux notions : il arrive certes que des lois d'application immédiate soient également autolimitées (11), mais l'autolimitation d'une norme est un phénomène de droit matériel et n'implique pas en elle-même un traitement dérogatoire de la norme par les mécanismes de désignation du droit applicable. Après tout, l'ancien article 108 du Code

(8) *Mélanges Maury*, p. 381 : « il s'agit des normes que nous pouvons appeler "autolimitées" quant à leur application "dans l'espace" ».

(9) V., en France, spéc. P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *JDI*, 1981, 277, 282-287, 334-343; *adde*: Ancel et Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^e éd., 2001, n^{os} 1.10, 22.7; B. Audit, *Droit international privé*, 3^e éd., 2000, n^o 112; Holleaux, Foyer et de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, 1987, spéc. n^{os} 658 et 659; J.-M. Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, 1983, n^{os} 465 et s. – Dans la doctrine d'autres pays, v. p. ex. Keller/Siehr, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zurich, 1986, p. 243-244; Kegel/Schurig, *Internationales Privatrecht*, 8^e éd., Munich, 2000, p. 261 et s.; F. A. Mann, « Statutes and the Conflict of Laws » (1972-1973) 46 *B.Y.B.I.L.* 117 et du même auteur « Kollisionsnorm und Sachnorm mit abgrenzendem Tatbestandsmerkmal », in Mann, *Beiträge zum internationalen Privatrecht*, 1976, p. 11 et s.; O. Kahn-Freund, « General Problems of Private International Law », *Rec. des cours* 1974-II, p. 139, 239 et s.; J. H. C. Morris, « Statutes in the Conflict of Laws », *Festschrift Kurt Lipstein*, Heidelberg/Karlsruhe, 1980, p. 187 et s.; Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, 11^e éd., Londres, 2000, vol. 1, p. 16 et s.; P. Nygh, *Conflict of Laws in Australia*, 6^e éd., Sydney, 1995, p. 35-37. – *Adde* les auteurs cités aux notes suivantes ainsi que les rapports sur le sujet « Les règles de droit délimitant leur propre domaine d'application » au XI^e Congrès international de droit comparé, en partie pertinents : F. Rigaux (rapport général), *Ann. dr. Louvain* 1983, 285; P. Hay, 30 *Am. J. Comp. L. (Supplement)* 129 (1982); K. Siehr, *RabelsZ* 1982, 357; M. Verwilghen, *Rapports belges au XI^e Congrès*, Anvers/Bruxelles, 1982, 333 et s.

(10) C'est le choix terminologique d'auteurs éminents : G. Kegel, « Die selbstgerechte Sachnorm », *Gedächtnisschrift Albert A. Ehrenzweig*, Karlsruhe, 1976, p. 51 et s.; P. Lalive, « Tendances et méthodes en droit international privé », *Rec. des cours* 1977-II, 1, 120 et s.; K. Lipstein, « Inherent Limitations in Statutes and the Conflict of Laws » (1977) 26 *I.C.L.Q.* 884 et du même auteur « Les normes fixant leur propre domaine d'application : les expériences anglaises et américaines », *Trav. Com. fr.* 1977-1979, p. 187 et s.

(11) Cf. *infra*, n^{os} 18-19.

de commerce (12), qui était un exemple d'une norme autolimitée, relevait d'un traitement en termes de règles de conflit qui était parfaitement ordinaire: il s'appliquait à la condition préalable que le droit français eût été désigné comme applicable à la prescription.

De même, si tout le monde est d'accord sur le respect, par les tribunaux du pays où est en vigueur une norme autolimitée, de l'autolimitation voulue par sa propre loi, des voix se sont déclarées sceptiques à propos du respect de l'autolimitation d'une loi étrangère: ne s'agirait-il pas d'un renvoi, proscrit du moins en matière contractuelle (13)? Lorsque la norme autolimitée étrangère est une règle protectrice des parties faibles, le fait de ne pas l'appliquer et d'appliquer à sa place la règle de droit commun, moins protectrice, du droit étranger ne serait-il pas de nature à favoriser un « vide législatif » choquant (14)? Les arguments contraires semblent pourtant devoir l'emporter: l'argument du renvoi est dépourvu de valeur pour la raison indiquée par Kahn dès 1891 – l'autolimitation d'une norme étrangère n'existe pas en vertu d'une règle de conflit étrangère, mais en vertu de la définition, par le droit matériel étranger, du champ d'application des différentes normes qui le composent (15). Quant au fait qu'un législateur étranger peut donner un champ d'application déraisonnablement étroit à une règle protectrice, il s'agit, là encore, d'un problème de droit matériel et non d'un problème de droit international privé. La réponse à ce problème ne réside pas dans une décision du juge de modifier le champ d'application des différentes normes étrangères, en restreignant le champ d'application de la règle de droit commun au profit de la règle protectrice (16). En réalité le respect

(12) Cf. *supra*, n° 2.

(13) D. S. Kelly, « Localising Rules and Differing Approaches to the Choice of Law Process » (1969) 18 I.C.L.Q. 249, 268-270. – V. déjà les objections de la doctrine italienne, réfutées par De Nova, *op. cit.*, *Mélanges Maury*, p. 393-399.

(14) P. Lagarde, intervention, *Trav. Com. fr.* 1977-1979, p. 215, à la suite de la conférence de M. Lipstein. L'intervention est inspirée de l'arrêt *Sayers v. International Drilling Co. N.V.* [1971] 1 W.L.R. 1176, C.A. qui, à propos d'un accident du travail au Nigeria, avait accepté de laisser inappliquée une règle protectrice du droit du travail néerlandais; le droit néerlandais était applicable au contrat de travail, mais cette règle était apparemment autolimitée et inapplicable à un travail effectué en dehors des Pays-Bas. – Comp. l'intervention de B. Goldman, p. 217-218, qui est d'accord à ne pas « tenir compte de la restriction, encore qu'on pourrait dire qu'on se montre plus catholique que le pape ou plus royaliste que le roi ».

(15) *Supra*, n° 2.

(16) En revanche, dans une situation comme celle de l'arrêt *Sayers* (*supra*, note 14), il pourrait se justifier de compenser l'inapplicabilité de la règle protectrice néerlandaise par l'application d'une règle protectrice *nigériane* ayant le statut de loi de police (pour

du champ d'application territorial ou personnel spécifique, voulu par le législateur étranger, d'une norme autolimitée s'impose du fait même que ce champ d'application fait partie intégrante du contenu du droit matériel étranger, préalablement désigné comme applicable par une règle de droit international privé du for (17).

4. Mais ce qui nous intéresse ici n'est pas la rediscussion de l'une ou l'autre de ces questions qui se posent à propos de toutes les normes autolimitées; ces questions ont été amplement débattues. Nous nous proposons d'explorer un seul aspect de la théorie de l'autolimitation des normes: l'idée – ou plutôt le fait – qu'il arrive que l'autolimitation du champ d'application d'une norme ne soit pas exprimée dans le texte même de la norme, mais qu'elle soit implicite et se laisse découvrir par l'interprète de la norme et donc, en cas de litige, par le juge.

L'observation de la jurisprudence, qui fait ressortir les différentes variétés de normes implicitement autolimitées, constituera l'essentiel de notre contribution (II). Elle sera précédée d'un bref examen de la démarche des tribunaux dans l'identification des normes autolimitées (I).

I. — LE PROCESSUS D'IDENTIFICATION DES NORMES AUTOLIMITÉES

5. Il est certain qu'en droit privé, l'autolimitation est l'exception; pour la plupart des normes – c'est un postulat du droit internatio-

autant, il est vrai, qu'il en existe une... mais c'est, de nouveau, un problème de droit étranger). Cf P. Lagarde, note sous CE, 5 juin 1987, *Lalain*, cette *Revue*, 1989, 688, 692, citant les travaux de W. Wengler et K. Neumayer.

(17) Comme on l'a fait observer, le champ d'application territorial de la norme étrangère doit être respecté au même titre que le serait son champ d'application temporel, ou matériel: K. Siehr, « "False Conflicts", "lois d'application immédiate" und andere "Neuentdeckungen" im LPR », *Festschrift Ulrich Drobnig*, Tübingen, 1998, p. 443, 450; pour le rapprochement avec le champ d'application temporel, v. aussi Mann, *op. cit.*, 46 B.Y.B.I.L., p. 129. – Exceptionnellement il peut arriver que les parties à un contrat, exerçant leur liberté de déterminer le contenu matériel de leurs obligations contractuelles, le fassent en « prorogeant » le champ d'application territorial d'une norme autolimitée, qu'elles déclarent vouloir appliquer à leur contrat, que la norme n'englobe pourtant pas dans son champ d'application normal: *Adamastos Shipping Co. v. Anglo-Saxon Petroleum Co.* [1959] A.C. 133, « incorporation » du *Carriage of Goods by Sea Act* américain de 1936 dans une charte-partie. Dans ce cas, « la règle adoptée par les parties n'a plus que le statut d'une stipulation contractuelle »: P. Lagarde, note préc., cette *Revue*, 1989, p. 695.

nal privé moderne –, leur champ d'application international est illimité au regard du droit matériel, sa limitation étant exclusivement l'affaire des règles du droit international privé (18).

En tant que phénomène de droit matériel, l'autolimitation *présuppose* l'applicabilité, aux termes des mécanismes de droit international privé, du système juridique dont fait partie la norme. Même lorsque la règle de droit international privé est une règle de conflit unilatérale, il est toujours possible de distinguer de son jeu l'autolimitation d'une norme. On peut formuler le critère de distinction par le « test des alternatives » proposé par un auteur allemand: si c'est une règle de conflit qui détermine l'applicabilité d'une norme, l'alternative est entre l'application de cette norme et l'application d'une norme matérielle issue d'un *autre* système juridique; s'il s'agit d'une norme autolimitée, l'alternative est entre son application et l'application d'une autre norme issue du *même* système juridique (19).

6. Phénomène de droit matériel, l'autolimitation est aussi une question d'interprétation des normes, qui seront en principe des normes écrites (20). Par hypothèse, le texte de la norme qu'il s'agit d'interpréter ne contiendra aucune indication sur une éventuelle limitation de son champ d'application international; il s'ensuit qu'une interprétation limitée aux termes employés par l'auteur de la norme sera sans utilité. On peut songer en revanche à deux autres méthodes d'interprétation. Ou bien à une interprétation *systématique* de la norme, plus précisément à la directive d'interprétation qui veut qu'une même notion employée dans un texte, ou dans un groupe de textes dési-

(18) V. de manière générale H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, n° 53 (vocation universelle de l'élément rationnel de la loi); Ancel et Lequette, *op. cit.*, n° 1.10, B. Audit, *op. cit.*, n° 112; et spécifiquement à propos de l'autolimitation implicite: F. A. Mann, *op. cit.*, *Beiträge zum internationalen Privatrecht*, p. 19. Sur l'arrière-plan idéologique de la vocation universelle des normes de droit privé dans la doctrine de Savigny, v. K. Vogel, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm*, Francfort, 1965, p. 92 et s., 217 et s. (antériorité du droit par rapport à l'État). – Pour le cas particulier du droit des pays de *common law*, v. *infra*, nos 10 et s., la discussion autour de la « présomption contre l'extraterritorialité » des normes.

(19) K. Schurig, *Kollisionsrecht und Sachrecht*, Berlin, 1981, p. 61 et *passim* (l'auteur souligne, en note 56, qu'en substance ce critère était déjà celui de Kahn, cf. *supra*, n° 2); Kegel/Schurig, *op. cit.*, p. 55.

(20) L'hypothèse de l'autolimitation d'une norme jurisprudentielle de droit matériel est théoriquement concevable, mais elle sera tout à fait exceptionnelle. Ainsi le droit jurisprudentiel n'est pas concerné par le mécanisme particulier au droit anglo-américain qui tient à l'application de la présomption contre l'extraterritorialité des normes législatives (*infra*, n° 10).

gné par l'interprète, ait toujours le même sens: dès lors que la norme fait appel à une notion dont le champ d'application est par ailleurs limité, la même limitation peut être réputée implicitement contenue dans la norme à interpréter. Mais cette technique de découverte de normes implicitement autolimitées n'est jamais à l'abri de la discussion: comment savoir si le législateur entendait vraiment lier ainsi les différents emplois d'une notion en apparence identique?

Ou bien, et sans doute de préférence, à la méthode *téléologique* d'interprétation: de même que, pour déterminer le sens exact d'une autolimitation expresse d'un texte de loi, le juge se référera au but que le législateur cherchait à atteindre (21), de même il s'inspirera de la *ratio legis* pour rechercher les cas dans lesquels il conviendra d'admettre une autolimitation implicite d'un texte qui s'applique, en apparence, à tous les cas auxquels s'applique le droit de l'ordre juridique dont la norme fait partie (22). Comme toujours, le recours à une interprétation téléologique présente l'avantage, mais aussi les inconvénients en termes de sécurité juridique, de libérer les tribunaux du texte comme seule référence dans l'interprétation des normes: il arrive certes que les travaux préparatoires de la loi fournissent quelques indications au juge (23), mais le plus souvent ils seront tout aussi muets que le texte de la loi lui-même, parce que les problèmes d'application du texte à des situations localisées, d'une manière ou d'une autre, à l'étranger n'auront pas été vu au cours de la procédure législative. Le juge sera dès lors amené à déduire, par ses propres moyens, une éventuelle autolimitation de la norme du but de celle-ci tel qu'il

(21) *Zogg v. Penn Mutual Life Insurance Co.*, 276 F.2d 861 (2d Cir. 1960): discussion du sens de la limitation aux polices d'assurance « *delivered or issued for delivery in this State* » d'une disposition du droit new-yorkais protectrice des preneurs d'assurance: selon l'arrêt, il « semble raisonnable » d'admettre que le but de la disposition était de protéger les assurés résidents new-yorkais, non de se référer au lieu de conclusion du contrat d'assurance (p. 865).

(22) Cf. D. S. Kelly, *Localising Rules in the Conflict of Laws*, Adelaide, 1974, p. 85. C'est notamment l'approche qui convient à la détermination d'une éventuelle autolimitation d'une loi de police: P. Mayer, *op. cit.*, *JDI* 1981, p. 341-343, v. *infra*, n° 15.

(23) V. en matière pénale, déduisant des travaux préparatoires que l'autolimitation suggérée par les prévenus ne correspond pas à l'intention du législateur, Paris, 12 juillet 1989, cette *Revue*, 1989, 758, 761, affaire *Péchiney*. Le recours aux travaux préparatoires est particulièrement fréquent dans la jurisprudence américaine (qui, il est vrai, considère qu'il existe une présomption selon laquelle une disposition législative limite son champ d'application au territoire de l'État, cf. *infra*, n° 13, et considère dès lors que le législateur prend cette présomption en considération): v. p. ex. *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 509 U.S. 155, 176-177 (1993); *United States v. Gatlin*, 216 F.3d 207 (2d Cir. 2000).

l'aura déterminé. C'est ainsi qu'ont procédé les tribunaux dans les cas concrets qui leur ont été soumis (24). En conséquence, la recherche d'une autolimitation implicite sera le plus souvent un exercice d'interprétation téléologique des normes; si l'on part de l'idée qu'en principe, les normes de droit privé ont un champ d'application potentiellement universel (25), il s'agira, plus précisément, d'un exercice de *réduction téléologique* de leur champ d'application en apparence absolument général (26).

7. C'est dire suffisamment la difficulté de l'exercice. Cette difficulté se trouve évidemment aggravée lorsque le juge d'un pays tiers est censé se prononcer sur l'existence d'une autolimitation implicite d'une norme qui fait partie du droit étranger qui s'applique au litige dont il est saisi. On peut admettre qu'en cas de doute, il ne retiendra pas que la norme étrangère est autolimitée (27), l'autolimitation étant un phénomène trop nettement exceptionnel pour pouvoir être présumé (28). En tout cas le principal exemple historique de tentative d'« auto » limitation, imposée par des tribunaux étrangers, d'une législation, devrait inciter à la prudence: il s'agit du sort de la législation monétaire américaine, la *Joint Resolution* du 5 juin 1933. La *Joint Resolution* invalidant les clauses-or dans les contrats libellés en dollars et imposant aux créanciers de recevoir paiement en dollars

(24) V. *infra*, n^{os} 14 et s.

(25) Cf. *supra*, note 18.

(26) Sur la réduction téléologique (la terminologie vient de la méthodologie juridique allemande), v. C.-W. Canaris, « De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand », in *Le problème des lacunes en droit* (éd. par Ch. Perelman), Bruxelles, 1968, p. 161, 171; Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3^e éd., Berlin, 1995, p. 210 et s. – En droit français, la question de la réduction téléologique est aussi celle de la tension entre deux maximes d'interprétation traditionnelles, *Ubi lex non distinguit...* (« maxime condamnant toute interprétation restrictive d'un texte conçu en termes généraux »: Roland et Boyer, *Adages du droit français*, 4^e éd., 1999, p. 920) et *Cessante ratiō legis cessat ejus dispositio* (Roland et Boyer, p. 83; sur la contradiction apparente des deux maximes, cf. J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, 27^e éd., 2002, n^o 157). La tension se résout en admettant qu'« il n'est pas permis de distinguer lorsque la loi ne distingue pas, à moins que le motif sur lequel la loi est fondée ne rende la distinction nécessaire » (F. Laurent, *Avant-projet de révision du Code civil*, 1882, art. 34, cité in F. Ost/M. van Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit: les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, 1989, p. 54, note 172).

(27) K. Lipstein, *op. cit.*, 26 I.C.L.Q., p. 895; comp. J. Unger, « Uses and Abuses of Statutes in the Conflict of Laws » (1967) 83 L.Q.R. 427, 440-441.

(28) À l'exception peut-être du droit américain, qui continue de se caractériser par une « présomption contre l'extraterritorialité » des normes législatives: *infra*, n^o 13. Il est vrai que la présomption est elle-même d'un maniement difficile, comme le démontrent les arrêts, assez nombreux en la matière, de la Cour suprême qui infirment des arrêts de Cours d'appel fédérales.

dévalués, les enjeux économiques étaient à la mesure de l'endettement libellé en dollars des États-Unis, important depuis la première guerre mondiale. Ni le texte de la *Joint Resolution*, ni son préambule ne contenaient une quelconque limitation de son champ d'application international (29). Les tribunaux des États-Unis avaient eu l'occasion d'écarter une limitation qui avait été immédiatement proposée: selon la jurisprudence américaine, la *Joint Resolution* s'appliquait aux dettes (libellées en dollars) de résidents étrangers aussi bien qu'aux dettes de résidents américains (30). La principale autolimitation qui était discutée était toutefois une limitation du domaine d'application de la *Joint Resolution* aux dettes payables aux États-Unis. Sur ce point précis, les tribunaux américains n'ont pas eu l'occasion de prendre position jusqu'à l'abrogation de la *Joint Resolution* en 1977 (31) – ce qui n'a pas empêché des tribunaux européens de décider que l'abrogation ne concernait que les paiements à intervenir aux États-Unis (32). La doctrine doutait de l'existence de l'une comme de l'autre autolimitation (33): personne n'a jamais su avec certitude si l'autolimitation, hardiment affirmée par quelques tribunaux européens, de cette législation américaine existait vraiment.

Ceci dit, il reste exact que dans la très grande majorité des cas, ce sont les tribunaux de l'État dont provient la norme peut-être autolimitée qui ont été appelés à se prononcer sur la question de son éventuelle autolimitation. Dans quels cas l'existence de celle-ci a-t-elle été admise?

(29) Pour une traduction française, v. A. Plesch, *Recueil d'arrêts et de consultations sur la clause-or*, 1937, p. 117.

(30) *Compañía de Inversiones Internacionales v. Industrial Mortgage Bank of Finland*, 198 N.E. 617 (N.Y. 1935); pour la position contraire, v. les auteurs allemands cités par A. Nussbaum, *Comparative and International Aspects of American Gold Clause Abrogation*, 44 Yale L.J. 53, 81 (1934).

(31) F. A. Mann, *The Legal Aspect of Money*, 5^e éd., 1992, p. 178-179 et note 205.

(32) En jurisprudence allemande, très clairement KG 7 mars 1935, *BankArch* 34 (1934-35) 527, reproduit dans le volume de *IPRspr.* pour 1934, n° 92; en jurisprudence française, Trib. civ. Seine, 23 juillet 1936, *S.* 1938, 2, 25, note Mestre (l'interprétation des motifs du jugement n'est pas aisée: s'agissait-il d'une prise de position sur l'autolimitation de la législation américaine, ou alors d'une application de la règle du droit international privé français de l'époque selon laquelle les lois de police étrangères ont un effet « purement territorial »?); comp. Paris, 26 octobre 1933, *JDI* 1933, 943.

(33) K. Duden, « Die internationale Tragweite des amerikanischen Gesetzes über die Aufhebung der Goldklauseln », *RabelsZ* 1935, 615, 617-620; E. Rabel, « Golddollar-Anleihen mit Vereinbarung des New Yorker Rechts », *RabelsZ* 1936, 492, 506-507; et surtout A. Nussbaum, *Money in the Law National and International*, 2^e éd., Brooklyn, 1950, p. 436-437; *adde* Mann, *loc. cit.*

II. — LES VARIÉTÉS DE NORMES IMPLICITEMENT AUTOLIMITÉES

8. Un inventaire exhaustif étant impossible, on procédera par catégories; la première distinction à opérer est celle entre l'autolimitation directe d'une part — la norme, telle qu'elle est interprétée, indique qu'elle limite son champ d'application international à telle ou telle situation (A); et une espèce d'autolimitation indirecte d'autre part, qui tient au fait qu'à une *notion* utilisée par la norme ne peut correspondre qu'un phénomène juridique issu d'un seul ordre juridique, sans que la moindre substitution d'une notion issue d'un autre ordre juridique soit admise (B).

A. — *L'autolimitation directe*

9. L'autolimitation peut consister soit à exiger, afin que la norme s'applique, l'existence d'un lien *déterminé*, de nature territoriale ou personnelle, avec l'État dont émane la norme (a), soit (ce qui est presque la même chose, mais pas tout à fait) à limiter son application aux « situations internes » ou, à l'inverse, aux « situations internationales » (b).

a) Les normes applicables aux seules situations présentant un lien déterminé avec l'État dont elles émanent

10. 1° Un premier phénomène dont il convient de rendre compte dans ce contexte est l'existence, dans le droit des pays de *common law*, d'une *présomption contre l'extraterritorialité* des normes législatives. Le droit jurisprudentiel n'est pas concerné; son champ d'application international n'est limité que par les règles de conflit de lois. Cette distinction, dans le jeu de la présomption, entre droit législatif et jurisprudentiel présente dans les mêmes pays une analogie avec le jeu des règles relatives à la preuve du droit étranger: la Cour fédérale d'appel du Canada a décidé, par un important arrêt, qu'en cas de défaut de preuve du contenu du droit étranger normalement applicable à une situation localisée à l'étranger, le juge canadien pourra certes appliquer le droit jurisprudentiel du for aux lieu et place de la loi étrangère défailante, mais qu'il n'appliquera pas des dispositions législatives canadiennes lorsqu'il apparaît qu'elles

ne concernent que des situations locales (34). Mais la présomption dont il est question ici va plus loin : elle consiste à *présumer* que des dispositions législatives s'autolimitent à des situations locales. Quelle est la force de cette présomption ? En fait, il faut distinguer selon les pays.

11. En Angleterre la présomption est une création jurisprudentielle du milieu du XIX^e siècle. Les tribunaux, confrontés à la question du champ d'application international des dispositions législatives, ne songeaient pas à l'application d'une règle de conflit (pour une raison ou une autre – le fait qu'à l'époque le droit international privé anglais n'avait pas encore été systématisé n'y est peut-être pas étranger). Ils étaient toutefois soucieux de ne pas accorder aux lois une portée illimitée dans l'espace, craignant que des lois à portée indûment extraterritoriale puissent heurter les règles de compétence du droit international public (35). D'où l'institution d'une présomption : à moins que la volonté du législateur britannique de donner à ses lois un champ d'application plus étendu soit établie, les tribunaux les interpréteront de manière à ce qu'elles ne s'appliquent qu'à l'intérieur du Royaume-Uni (et, le cas échéant, aux ressortissants britanniques même s'ils se trouvent à l'étranger) (36). Mais cette présomption a perdu de nos jours l'essentiel de sa raison d'être, si bien qu'elle n'est plus appliquée systématiquement (37). Il n'en reste pas moins que les tribunaux continuent occasionnellement d'y faire référence, et de l'appliquer – dans des situations, il est vrai, où l'application des règles de conflit ferait en substance plus ou moins le même effet (38).

(34) *The Ship « Mercury Bell » v. Amosin* (1986) 27 D.L.R. (4th) 641, 650 ; mais l'arrêt décide que certaines dispositions (pas toutes les dispositions) de la loi canadienne sur les contrats collectifs du travail avaient un « *potential degree of universality* » qui en justifiait l'application à des contrats de travail régis en principe par le droit libérien dont la preuve n'était pas rapportée. *Adde* : la jurisprudence citée par R. Fentiman, *Foreign Law in English Courts*, Oxford, 1998, p. 147.

(35) Cf. *Lopez v. Burslem* (1843) 4 Moore (P.C.) 300 ; 13 E.R. 318, et surtout *Jeffreys v. Bosey* (1854) 4 H.L. Cas. 815 ; 10 E.R. 681, à propos du défaut de protection des droits d'auteur sur un opéra de Bellini, le *Copyright Act* ne pouvant avoir d'effet extraterritorial et la *common law* jurisprudentielle ne connaissant pas le droit d'auteur ; *Ex parte Blain* (1879) 12 Ch. D. 522, 526, 528, 531-532 ; comp. *Sussex Peerage Case* (1844) 9 Cl. & F. 85 ; 8 E.R. 1034.

(36) Maxwell, *On the Interpretation of Statutes*, 12^e éd., Londres, 1969, p. 169 et s.

(37) Morris, *op. cit.* (*supra*, note 9), p. 195 : « *if this presumption still exists, it is one which is easily rebutted* » ; comp. *The Esso Malaysia* [1975] 1 Q.B. 198, 206.

(38) V. ainsi la discussion du champ d'application de la législation anglaise sur la faillite dans *In re Paramount Airways Ltd.* [1993] Ch. 223, C.A. (législation qui n'est,

12. Des idées similaires se rencontrent, avec des nuances, en droit canadien et australien. Là encore il s'agit d'un principe d'interprétation jurisprudentiel – encore qu'il existe une disposition dans la législation d'un État australien au moins, la section 12 (1) (b) de l'*Interpretation Act* 1987 (NSW), selon laquelle toute disposition de la législation de cet État doit être en principe, et à moins qu'une intention contraire du législateur soit établie, interprétée restrictivement de manière à ne s'appliquer qu'à des situations localisées sur le territoire de cet État (39). Historiquement, ce n'était pas là une présomption, mais une règle constitutionnelle: il était interdit aux corps législatifs des colonies britanniques d'édicter des lois ayant une portée extraterritoriale, seul le Parlement Impérial à Westminster ayant ce pouvoir (40). Originellement appliquée très strictement (41), la règle de l'« incompétence coloniale » a par la suite été interprétée de manière atténuée, avant d'être abrogée en 1931 pour les lois fédérales canadiennes et australiennes (42). L'interdiction d'édicter des lois à portée extraterritoriale devait ensuite être supprimée pour les lois des États fédérés australiens (43), tout en subsistant pour les lois

selon la décision de la Cour qui a longuement considéré l'incidence éventuelle de la présomption, pas autolimitée: en visant « *any person* » comme pouvant subir, en tant que cocontractante de la société faillie dans le cadre d'une procédure collective ouverte en Angleterre, une déclaration d'inopposabilité de certains contrats aux liquidateurs judiciaires, la loi a entendu viser aussi les étrangers résidant à l'étranger. Mais n'aurait-il pas suffi d'appliquer une règle de conflit en vertu de laquelle les effets spécifiques de la faillite sur un contrat sont à juger conformément à *lex concursus*?); comp., dans un contexte similaire, *In re Seagull Manufacturing Co. Ltd. (in liquidation)* [1993] Ch. 345 et *In re Seagull Manufacturing Co. Ltd. (in liquidation)* (No. 2) [1994] Ch. 91; *adde: Pugh v. Pugh* [1951] P. 482, affaire dans laquelle était en cause la validité d'un mariage par rapport à l'*Age of Marriage Act* 1929.

(39) Disposition analysée dans *Stevens v. Head* (1993) 176 C.L.R. 433 (Gaudron J.). Pour une référence à une disposition similaire dans la législation antérieure de la Nouvelle-Galles du Sud, cf. *Barcelo v. Electrolytic Co. of Australasia Ltd.* (1932) 48 C.L.R. 391.

(40) D. P. O'Connell, « The Doctrine of Colonial Extra-territorial Legislative Incompetence » (1959) 75 L.Q.R. 318.

(41) *V. MacLeod v. Attorney-General for New South Wales* [1891] A.C. 455, en matière pénale (comp. avec la sol. contraire adoptée par l'arrêt *Trial of Earl Russell* [1901] A.C. 446 pour une loi britannique).

(42) P. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4^e éd., Toronto, 1997, p. 321 et s.; P. Hanks, *Constitutional Law of Australia*, 2^e éd., Sydney, 1996, p. 224 et s. L'abrogation a été effectuée par le *Statute of Westminster*, 1931, pour les lois des *dominions* du Canada et d'Australie.

(43) En vertu de la nouvelle constitution australienne, l'*Australia Act* 1986, sec. 2. Toutefois la Haute Cour d'Australie devait juger qu'il subsiste une exigence d'un « lien territorial » entre l'État fédéré et les situations sur lesquelles il légifère: cf. Hanks, *op. cit.*, p. 219 et s.

des provinces canadiennes (44). Compte tenu de ce contexte constitutionnel, il n'est pas étonnant qu'au XIX^e siècle une présomption selon laquelle la loi n'a pas d'effet extraterritorial ait été admise en jurisprudence canadienne et australienne: il s'agissait au début d'une interprétation neutralisante de la loi, une interprétation contraire étant de nature à rendre la loi inconstitutionnelle (45). Toutefois, même à propos des lois fédérales australiennes il existe encore, de nos jours, une présomption selon laquelle elles n'entendent pas s'appliquer de manière universelle; mais du moins en matière de droit privé, la présomption de stricte territorialité n'existe plus (46). De même qu'en droit anglais, on peut s'interroger, dans certains cas au moins, sur l'utilité d'une présomption contre l'extraterritorialité des dispositions législatives de droit privé, comparée à l'application à ces dispositions des règles de conflit de lois (47).

13. Aux États-Unis d'Amérique en revanche, et peut-être paradoxalement compte tenu de ce que l'on sait des prétentions de certaines lois américaines à l'extraterritorialité, la vitalité de la présomption contre l'extraterritorialité des lois est indiscutable. Ses origines historiques sont similaires à celles de la présomption en droit anglais (48).

(44) Étant noté que la jurisprudence récente est assez généreuse dans son appréciation de ce qui reste compatible avec cette règle constitutionnelle, cf. Hogg, *op. cit.*, p. 324 et s.; E. Edinger, « Territorial Limitations on Provincial Powers » (1982) 14 Ott. L. Rev. 57; R. E. Sullivan, « Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces » (1985) 7 S. Ct. L. Rev. 511; G. Goldstein, *De l'exception d'ordre public aux lois d'application nécessaire*, Montréal, 1996, p. 451 et s.; Goldstein et Groffier, *Droit international privé*, t. 1, Cowansville, 1998, n° 23.

(45) D. S. Kelly, *Localising Rules in the Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 78. Pour des exemples de ce raisonnement en jurisprudence, cf. l'arrêt *MacLeod*, p. 459; *Goodwin v. Jorgensen* (1973) 128 C.L.R. 374.

(46) *Hawks*, *op. cit.*, p. 215; *Akai Pty Ltd. v. People's Insurance Co. Ltd.* (1996) 188 C.L.R. 418, 442: « A statute may have... on its face, an apparent universality in operation and yet may be read as not applying to contracts lacking connection with Australia. »

(47) V. les commentaires sévères de S. Dutson, « The Conflict of Laws and Statutes in England and Australia » (1997) 60 M.L.R. 668, 685; *adde*: Goldstein, *op. cit.*, p. 461-463. Illustrations jurisprudentielles: *Canadian Pacific Railway Co. v. Parent* [1917] A.C. 195, P.C.; *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.* (1973) 43 D.L.R. (3d) 239; dans les deux affaires l'application de la présomption à une disposition législative sur la responsabilité civile (dérogatoire à la règle de *common law* prévoyant en l'occurrence la non-responsabilité du défendeur) a produit exactement le même effet que la règle de conflit en vertu de laquelle la loi applicable à la responsabilité délictuelle est la loi locale: la responsabilité du défendeur n'existait en effet qu'en vertu de la législation du for, non au regard de la loi locale.

(48) *The Apollon*, 22 U.S. (9 Wheat.) 362 (1824), présomption instituée afin d'éviter une violation des règles de compétence du droit international public; *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909), citant l'arrêt anglais *Ex parte Blain*. — En revanche, la règle de l'*incompétence* pour édicter des lois extraterritoriales n'a jamais

Mais aujourd'hui, la jurisprudence qui consacre l'existence de cette présomption concerne essentiellement les lois fédérales (49), si bien qu'il existe une nette différence entre le jeu des règles de conflit – qui mettent en scène, aux États-Unis, essentiellement les lois des États fédérés – et le jeu de la présomption contre l'extraterritorialité des lois (50) : la plupart des arrêts récents lui font jouer le rôle d'une véritable autolimitation de certaines normes du droit fédéral américain par ailleurs applicable, et dont d'autres normes seront appliquées à la place des normes législatives inapplicables. Il existe une longue série d'arrêts de la Cour suprême des États-Unis qui veillent au respect de la présomption (51). Si celle-ci n'est jamais vraiment tombée en désuétude (encore que, curieusement, personne n'ait, semble-t-il, songé à l'appliquer à propos de la *Joint Resolution* de 1933) (52) elle a connu un regain d'actualité depuis la fin des années 1980 ; les arrêts les plus récents justifient la présomption à la fois par le souci d'éviter des conflits *non intentionnels* entre la législation américaine et les lois des autres États, et par le fait que lorsqu'il légifère, le Congrès des États-Unis le fait normalement en ayant égard uniquement aux situations internes aux États-Unis (53). Faute d'une indication claire en sens contraire – dans le texte de la loi ou dans ses travaux préparatoires –, on présumera par conséquent que, quelle que soit la généralité des termes d'une disposition législative, cette disposition ne s'applique pas en dehors du territoire américain. Comme le relève la Cour suprême, le Congrès connaît l'existence de la présomption, et il sait comment s'y prendre pour donner un effet extra-

existé en droit constitutionnel américain, même pour les États fédérés : *Restatement Third, Foreign Relations Law of the United States*, t. I, St. Paul, 1987, § 402, *Reporters' note* 5.

(49) Pour un exemple d'application de la présomption à une loi d'un État fédéré, v. cep. *Graham v. General U.S. Grant Post No. 2665*, 248 N.E. 2d 657 (Ill. 1969).

(50) L. Brilmayer, « The Extraterritorial Application of American Law: A Methodological and Constitutional Appraisal », 50 : 3 *Law & Contemp. Probs.* 11, 17 (1987). – Il n'en a pas toujours été ainsi : l'arrêt *American Banana*, préc., justifie sa solution – inapplicabilité du droit américain de la concurrence à des faits qui s'étaient déroulés au Costa Rica – à la fois par la présomption contre l'extraterritorialité (c'était en 1909...) et par la règle de conflit en matière de délits ; pour des exemples isolés plus récents, v. l'arrêt *Graham*, préc. et comp. *Leasco Data Processing Equipment Corp. v. Maxwell*, 468 F. 2d 1326 (2d Cir. 1972).

(51) *Blackmer v. United States*, 284 U.S. 421 (1932) ; *Vermilya-Brown v. Connell*, 335 U.S. 377 (1948) ; *Foley Bros. v. Filardo*, 336 U.S. 281 (1949) ; *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping*, 488 U.S. 428 (1989) ; *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, 499 U.S. 244 (1991) ; *Smith v. United States*, 507 U.S. 197 (1993) ; *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 509 U.S. 155 (1993).

(52) Cf. *supra*, n° 7.

(53) *EEOC*, p. 248 ; *Smith*, p. 204 et note 5 ; *Sale*, p. 174.

territorial aux lois (54). En fait il arrive régulièrement qu'une modification législative soit votée afin de rendre à une loi l'effet extraterritorial que vient de lui enlever une interprétation judiciaire restrictive (55).

Dans d'autres pays, où aucune présomption contre l'extraterritorialité des lois n'est en vigueur (56), des lois implicitement autolimitées existent néanmoins.

14. 2° Deuxième cas type: certaines *lois de police*. Certes, toutes les lois autolimitées ne sont pas de lois de police (57). De même, toutes les lois de police ne sont pas autolimitées; une loi de police n'est rien d'autre qu'une norme de droit matériel « dont l'applicabilité est assurée en dehors des prévisions de la règle de rattachement pertinente », ce qui ne porte *a priori* pas atteinte « à son application lorsqu'elle est le fait de la règle de rattachement multilatérale » (58). Pour prendre un exemple simple: une loi de police française, mettons de protection des preneurs d'assurance, entend s'appliquer à tous les contrats d'assurance couvrant des risques situés sur le territoire français. Pour ces risques, elle est d'application immédiate, que le droit français en son ensemble soit ou non la *lex contractus*. Rien n'empêche cependant, en principe, cette disposition d'être appliquée, de même que toutes les autres dispositions du droit français, lorsque le droit applicable au contrat d'assurance, désigné par la règle de conflit bilatérale pertinente, est le droit français, et que le risque assuré soit situé en France ou non: loi d'application immédiate dans certaines situations, cette loi n'est pas pour autant une loi autolimitée inapplicable dans les autres situations.

(54) *EEOC*, p. 248.

(55) En réaction à l'arrêt *EEOC*, le *Civil Rights Act of 1991* a ajouté au *Civil Rights Act* de 1964 une disposition donnant un certain effet extraterritorial à la prohibition de la discrimination en raison de l'âge; pour une modification législative en matière pénale, cf. la chronique 95 A.J.I.L. 447 (2001).

(56) Et encore: un raisonnement assez similaire à celui des tribunaux des pays de *common law* n'explique-t-il pas la réduction téléologique de la portée de la loi du 11 juillet 1934 qui attribue compétence aux tribunaux de Paris lorsqu'il s'agit de demandes en remboursement de titres émis par des sociétés étrangères? Cette disposition n'est, selon les auteurs (J.-P. Niboyet, *Traité*, t. VI, 1949, n° 1812; A. Huet, *J.-Cl. Int.*, fasc. 581-2, n° 14), applicable qu'à des « titres placés en France ».

(57) D'où l'utilité d'une distinction au niveau terminologique, comp. *supra*, n° 3.

(58) M. Fallon, note sous CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, cette *Revue*, 2000, 710, 732-733. Pour l'auteur, les « paradigmes d'une telle approche » sont les articles 5 et 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

Néanmoins, il n'est pas exclu qu'une loi de police soit *aussi* une loi autolimitée. Et en fait, la question d'une éventuelle autolimitation de la loi mérite d'autant plus d'être posée que, dans le silence de la loi, c'est en fonction du but poursuivi par le législateur que le juge déterminera, dans un premier temps, s'il convient de lui reconnaître le caractère d'une loi de police et, dans un deuxième temps, quel est son champ d'« application nécessaire » dans l'espace (59). Or cette opération ressemble à l'exercice de recherche d'une éventuelle autolimitation implicite de la loi, exercice qui se fait lui aussi en fonction du but poursuivi par le législateur (60). Aux considérations téléologiques qui peuvent justifier, au niveau des conflits de lois, une applicabilité d'une norme au-delà de son applicabilité en vertu des règles bilatérales de conflit peuvent correspondre des considérations qui justifieront, au niveau du droit matériel, une interprétation restrictive de la même norme. L'interprétation restrictive ne se fera pas au profit de la loi d'un autre État, mais au profit d'une autre règle, la « règle de droit commun » issue du même ordre juridique. Si dans l'exemple que nous venons de donner, la disposition française était aussi une loi autolimitée et ne s'appliquait *qu'*aux contrats d'assurance couvrant des risques situés en France, cette autolimitation se manifesterait comme suit: le droit français est la *lex contractus*, mais le juge décide que, faute de concerner un risque situé en France, le contrat est régi par les dispositions ordinaires, non protectrices, du droit français des contrats (61).

15. M. Pierre Mayer (62) a établi une classification des lois de police en fonction des intérêts que le législateur cherchait à protéger. Il souligne qu'il ne convient pas de conclure trop rapidement à l'autolimitation des lois de police, qui ne devrait être admise que « devant la démonstration certaine du caractère purement collectif et national des intérêts protégés, ou devant la constatation que la loi de police est un texte d'exception, justifié dans un contexte déter-

(59) Qu'il s'agit là de deux opérations séparées est bien illustré par Paris, 21 janvier 1994, cette *Revue*, 1995, 535, note Lagarde: la « loi Hoguet » (d'organisation de la profession d'agent immobilier et de protection des clients de ses membres), qualifiée de loi de police par l'arrêt, était cependant inapplicable à la cause (vente d'un immeuble situé à Monaco par un agent immobilier monégasque).

(60) Cf. *supra*, n° 6.

(61) Cf. *supra*, n° 5, et la référence au « test des alternatives ». Il convient évidemment de réserver l'hypothèse de l'application, par le juge du for, d'une loi de police étrangère visant la situation (cf. *supra*, note 16).

(62) « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, 277, 341-343.

miné en dehors duquel il convient de revenir au droit commun » (63). Et, en discutant de la question de savoir si le « champ d'application minimum » caractéristique d'une loi de police « constitue également un maximum » (64), il écrit: « Il semble raisonnable de s'inspirer des principes suivants. Si la loi constitue un mode de réglementation adéquat des rapports de droit privé, non lié par nature à un environnement économique ou social particulier, il faut l'appliquer » lorsque le droit français est désigné par la règle de conflit – exemple: les dispositions de protection des consommateurs. « En revanche, certaines lois de police ne trouvent leur justification *que* dans la nécessité de réaliser un objectif national dans le domaine politique, économique ou social ». Ces lois de police sont en même temps autolimitées – exemple: la réglementation des clauses d'indexation, qui est destinée à combattre l'inflation dans l'intérêt de l'économie nationale (et, ajouterions-nous, qui tient compte des données économiques propres à un pays, qui ne se retrouveront pas nécessairement à l'étranger).

La jurisprudence permet en général de confirmer le bien-fondé de ces développements. La première catégorie de lois de police est représentée, selon un arrêt de la Cour d'appel de Paris, par la législation sur les congés annuels payés, qui fait partie des « lois de police ou selon une autre terminologie, des lois d'application immédiate » et qui, « de ce fait... s'applique à tout contrat concernant un travail exécuté sur le territoire français, sans que cependant elle doive être déclarée automatiquement inapplicable du seul fait que le travail est exécuté à l'étranger », si le contrat de travail est régi par le droit français (65). Cette solution présente l'avantage d'éviter des discriminations entre des situations que ne distingue aucune caractéristique pertinente par rapport au but poursuivi par le législateur (66).

(63) *Ibid.*, p. 343. L'auteur ajoute que « les deux circonstances vont en général de pair ». – Pour des développements similaires, avec des exemples tirés de la législation française, v. Holleaux, Foyer et de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, 1987, spéc. nos 658 et 659.

(64) Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, 7^e éd., 2001, n° 126.

(65) Paris, 4 juillet 1975, cette *Revue*, 1976, 485, note A. Lyon-Caen.

(66) Pour une approche contraire et très vraisemblablement erronée en matière de protection des consommateurs, v. en jurisprudence luxembourgeoise, Cour d'appel, 6 février 1991, *Bull. Laurent* 1995-I, p. 55; 16 février 2000, n° 19755, arrêts qui déduisent d'un article de la loi relative la protection juridique du consommateur (selon lequel la loi s'applique « nonobstant toute clause contraire » lorsque certains liens avec le territoire luxembourgeois, qui ont en fait été repris de l'article 5 de la Convention de Rome de 1980, sont donnés) que la loi n'est pas applicable, même à un contrat régi par le droit

La deuxième catégorie (celle des lois de police autolimitées) est représentée en jurisprudence française, si l'on fait abstraction d'un cas – celui de la loi du 1^{er} septembre 1948 en matière de baux d'habitation, expressément autolimitée à certaines parties du territoire français (67) –, par la législation sur le cours forcé du franc. Au lendemain de la première guerre mondiale, le but économique de cette législation justifiait à la fois, pour les tribunaux, son caractère de loi de police (68) et son autolimitation aux paiements qui avaient lieu sur le territoire français (69)... jusqu'au moment où une circulaire du garde des sceaux, appréciant différemment l'intérêt national, invita les tribunaux à adopter comme critère de l'application des lois monétaires, plutôt que le lieu de paiement, le fait qu'il s'agissait d'un paiement interne par opposition à un « paiement international » (70); mais ceci est une autre histoire (71).

D'autres illustrations encore d'autolimitation des lois de police existent dans la législation d'autres pays (72). Certains exemples peu-

luxembourgeois, lorsque le consommateur réside à l'étranger. Selon l'arrêt de 1991, il n'y aurait en cela aucune discrimination contraire au droit communautaire.

(67) Soc. 16 janvier 1953, cette *Revue*, 1953, 581, note Batiffol. L'arrêt fait cependant le lien entre le fait qu'il s'agit de « dispositions exceptionnelles » et « le principe de la territorialité des lois ». L'annotateur les qualifie de lois de police et de sûreté.

(68) Cf. Paris, 13 février 1919, confirmé par Req. 7 juin 1920, *JDI* 1920, 655.

(69) Paris, 13 février 1919, préc.: « les lois de police et de sûreté, d'un caractère éminemment strict, ne sauraient être étendues à des hypothèses qui ne correspondent nullement... au but en vertu duquel elles ont été édictées »; Req. 7 juin 1920, préc., qui fait référence au « but poursuivi par le législateur, l'ordre public, exclusivement fondé sur un intérêt national, n'étant intéressé au cours forcé qu'en ce qui concerne les paiements effectués en France par des Français ». Un arrêt postérieur – Civ. 23 janvier 1924, *JDI* 1924, 685 –, qui faisait intervenir des débiteurs français, ne se réfère plus aux paiements effectués « par des Français », mais décide que « le cours forcé, mesure prise dans l'intérêt national, est restreint au territoire de la nation qui l'institue ».

(70) Circ. Laval de 1926 adressée aux procureurs généraux, *JDI* 1927, 236. Sur l'arrière-plan économique-juridique de tous ces développements, v. Nussbaum, *Money in the Law*, op. cit. (supra, note 33), p. 262-274.

(71) *Infra*, n° 19.

(72) En voici deux. La loi boursière allemande, qui était depuis toujours une loi de police s'appliquant impérativement aux opérations boursières des personnes domiciliées en Allemagne, interdisait le commerce boursier de produits céréaliers; le *Reichsgericht* (15 juin 1903, *RGZ* 55, 183) a décidé qu'en égard au but de la loi (protéger les agriculteurs allemands contre la « tyrannie des cours de bourse », p. 186) cette disposition n'était pas applicable aux opérations à une bourse américaine. De même les législations, instituées au vu de la crise économique des années trente par certains États australiens, de « réduction des intérêts » constituaient des lois d'application immédiate (selon l'opinion de certains juges de la Haute Cour d'Australie: *Barcelo v. Electrolytic Co. of Australasia Ltd.* (1932) 48 C.L.R. 391, spéc. p. 414), mais elles étaient autolimitées: par application de la présomption contre l'extraterritorialité des dispositions législatives, les États étaient censés avoir respecté les limites de leur pouvoirs constitutionnels: *Barcelo*, préc.;

vent donner lieu à hésitations, telle la loi belge du 27 juillet 1961 concernant la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (73).

16. 3^o Dernière catégorie: une autolimitation peut convenir à certaines normes, hétéroclites, de la législation de pays où aucune « présomption contre l'extraterritorialité » n'est en vigueur, et sans que l'explication de l'autolimitation puisse être trouvée dans le but de police poursuivi par l'auteur de la norme. L'autolimitation peut être justifiée soit par des raisons techniques, soit par de véritables considérations téléologiques.

17. Un exemple d'une raison technique avancée à l'appui d'une restriction du champ d'application international d'une disposition législative: l'applicabilité du statut protecteur des agents commerciaux, institué en France par le décret du 23 décembre 1958, était liée par la jurisprudence à une immatriculation de l'agent commercial au registre spécial des agents commerciaux, prévu par le même décret; cette immatriculation devait se faire au tribunal de commerce du domicile de l'agent. La jurisprudence en déduisait pendant un certain temps qu'étant donné que des agents commerciaux établis à l'étranger ne pouvaient pas respecter cette prescription d'ordre administratif, le statut protecteur leur était inapplicable alors même que le droit français était applicable au contrat d'agence (74). Dans ce cas l'inapplicabilité du décret de 1958 conduisait à l'application de la règle française de droit commun – d'ailleurs une règle qui avait elle-même un aspect protecteur, puisqu'il s'agissait du régime du mandat d'intérêt commun (75). Mais une raison purement technique, de nature administrative, avancée à l'appui d'une autolimitation d'une norme de droit privé a, dans l'ordre international, un caractère fragile. L'évolution de la jurisprudence devait le démontrer, puisque la Cour de cassation allait admettre une autre interprétation du régime du décret de 1958; désormais l'immatriculation ne pouvait être appli-

Wanganui-Rangitikei Electric Power Board v. Australian Mutual Provident Society (1934) 50 C.L.R. 581; comp. *Mount Albert Borough Council v. Australasian Temperance and General Mutual Life Assurance Society, Ltd.* [1938] A.C. 224, P.C.

(73) V. en détail A. Nuyts, « L'application des lois de police dans l'espace », cette *Revue*, 1999, 31, 67-74.

(74) Limoges, 10 novembre 1970, cette *Revue*, 1971, 703, note Simon-Depitre; comp. Com. 19 janvier 1976, cette *Revue*, 1977, 503, note Batiffol; *JDI* 1977, 651, note A. Lyon-Caen.

(75) Com. 19 janvier 1976, préc.

quée, comme condition d'applicabilité du statut protecteur, à un agent ayant son siège et son activité à l'étranger (76).

18. En revanche, c'est un raisonnement téléologique qui a été proposée pour restreindre le champ d'application d'une disposition du Code civil allemand, le § 313 BGB, aux termes duquel un contrat par lequel une partie s'oblige à transférer ou acquérir dans le futur la propriété d'un immeuble est à passer devant notaire. Ce texte, qui formule une condition de forme, est-il applicable lorsqu'il s'agit d'un immeuble situé à l'étranger, mais que le droit allemand s'applique à la forme du contrat, conclu en Allemagne et soumis au droit allemand? Le *Reichsgericht* (77) et d'éminents auteurs (78) ont estimé que la *ratio legis* ne justifiait pas son application à des contrats portant sur des immeubles situés à l'étranger: en prescrivant le recours à un notaire, il s'agissait de protéger les parties au contrat contre les complications du droit immobilier *allemand*, protection dont elles pouvaient ne pas avoir besoin pour des transactions immobilières à l'étranger. Le *Bundesgerichtshof*, statuant une soixantaine d'années plus tard, a été d'un avis contraire: le § 313 n'est pas expressément autolimité; il n'apparaît pas non plus comme étant la reprise d'une disposition législative antérieure dont l'application aurait été limitée aux immeubles allemands; enfin, la *ratio legis* est double: s'assurer du concours d'un spécialiste du droit immobilier, mais aussi protéger les parties contre des transactions immobilières hâtives; même si le droit immobilier du lieu de situation de l'immeuble est simple à appliquer par les non-spécialistes, la *deuxième* raison s'applique, quel que soit le lieu de situation de l'immeuble, et justifie l'applicabilité du § 313 comme élément du droit allemand des transactions immobilières (79).

(76) Com. 9 octobre 1990, cette *Revue*, 1991, 545, note Lagarde; *adde*: Com. 19 novembre 1996, *Bull. civ.* IV, n° 273, pour lequel le critère de la dispense de l'immatriculation en tant que condition de l'application du régime protecteur est simplement que l'agent exerce son activité à l'étranger. Sur l'évolution de la jurisprudence, v. Ch. Diloy, *Le contrat d'agence commerciale en droit international*, 2000, n°s 124 et s. La question est aujourd'hui résolue par la loi du 25 juin 1991: Com. 28 novembre 2000, *JCP* 2001, II, 10527, note Bernardeau (cf. p. 949 et note 2); *JDI* 2001, 511, 1^{re} esp., note Jacquet.

(77) Par un arrêt, brièvement motivé, du 3 mars 1906, *RGZ* 63, 18.

(78) W. Wengler, note sous BGH, 4 juillet 1969, *NJW* 1969, 2237; *adde*: A. Nussbaum, *Deutsches Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1932, p. 91-92 (il s'agit d'une « *Sachnorm mit inländischem Tatbestandsmerkmal* », une norme autolimitée).

(79) BGH, 4 juillet 1969, *BGHZ* 52, 239, 243; 6 février 1970, *BGHZ* 53, 189, 195.

Autre exemple, qui concerne une autolimitation éventuelle non pas à un territoire, mais à une monnaie. Il s'agit de la législation sur le taux d'intérêt légal; dans les pays où elle consiste à imposer un taux déterminé, périodiquement adapté, on observe qu'un seul taux sera fixé, et ce en fonction de critères adaptés à la seule monnaie nationale (80). D'où la question suivante: se justifie-t-il vraiment d'appliquer ce taux-là lorsque le contrat est régi par le droit de l'État dont la loi prévoit ce taux, mais que la dette est libellée en une monnaie étrangère? Il suffit de prendre en considération le taux d'intérêt légal grec, qui variait avec l'inflation *en Grèce* pour atteindre, à la fin de l'année 1992, 44 % (81). L'application de ce taux d'intérêt à une dette libellée en dollars, ou en francs français, serait-elle vraiment justifiée? Ne vaudrait-il pas mieux la restreindre aux dettes libellées en monnaie nationale, et appliquer aux dettes libellées en monnaie étrangère un taux d'intérêt *ad hoc* qui tiendrait compte du rendement habituel de la devise en question? En fait la réaction des tribunaux à ce type de question a été variable. Les tribunaux grecs ont estimé qu'il ne leur appartenait pas de limiter le champ d'application de la loi aux dettes libellées en drachmes – ce qui a amené le législateur grec à intervenir pour le faire (82). Les tribunaux français, qui n'ont jamais été confrontés à des taux d'intérêt aussi dramatiques, paraissent appliquer systématiquement, lorsque le droit français est applicable, le taux d'intérêt légal français aux dettes libellées en monnaie étrangère (83).

La Cour suprême de Hongrie a pris, en 1994, une décision contraire, s'agissant d'une dette libellée en marks allemands, à laquelle elle a

(80) Cf. la détermination, par décrets annuels, du taux d'intérêt légal français, qui se fait en fonction du taux de rendement des bons du Trésor: art. L. 313-2, C. monét. fin. Ces bons étaient émis en francs et le sont désormais en euros. V. de même le dispositif mis en place par la directive 2000/35/CE concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, qui prévoit l'application en tant que taux légal du taux de la Banque centrale européenne applicable aux opérations de refinancement, majoré d'une forte marge (sept points).

(81) M. Rapsomanikis, « Legal Interest Rates Applicable to Debts in Foreign Currency which are Paid in Greece », *Rev. hell. dr. int.* 1996, 501, 502; comp. le tableau, *ibid.*, p. 513.

(82) Rapsomanikis, *op. cit.* Depuis l'intervention d'une loi de 1990 le taux d'intérêt légal pour les dettes libellées en monnaie étrangère est indexé sur le taux interbancaire s'appliquant à la devise en cause.

(83) Civ. 19 janvier 1933, *JDI* 1934, 939; Paris, 18 janvier 2001, *Rev. arb.* 2002, 935, 941, note Jeuland; comp. en matière de répression de l'usure, Pau, 1^{er} mars 2001, *D.* 2002, 639, obs. Synvet. De même en jurisprudence luxembourgeoise: Cour d'appel 27 avril 1994, n° 15430.

appliqué, plutôt que le taux légal hongrois, le taux d'intérêt usuel sur les marchés monétaires internationaux (84). Il semble bien que cette dernière réaction soit préférable (85).

b) Les normes applicables aux seules « situations internes » ou « situations internationales »

19. Il s'agit ici d'une variante des cas précédemment discutés: au lieu de désigner avec précision le lien que doit avoir une situation avec l'État dont émane la norme implicitement autolimitée, les tribunaux se borneront à indiquer que la norme ne s'applique qu'aux situations internes, une autre norme, s'appliquant aux « situations internationales » – une notion plus vague, susceptible d'applications variées au gré des espèces. C'est ici que nous retrouvons la jurisprudence sur le champ d'application international de la législation sur le cours forcé du franc, dans sa deuxième phase, postérieure à la circulaire du garde des Sceaux de 1926 (86). Rendu conformément aux conclusions du procureur général Matter, l'arrêt de la Chambre civile dans l'affaire *Pélessier du Besset* restreignit la portée de la législation monétaire à la « circulation monétaire intérieure »; les paiements internationaux relevaient dorénavant d'un régime permissif – en fait, celui du droit commun du caractère obligatoire des clauses contractuelles (87). Le critère du paiement international: un paiement dû en vertu d'un contrat produisant, « comme un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières, des conséquences réci-

(84) Arrêt Pfv. IV. 23.083/1994, rapporté par Szécsényi, *IPRax* 1997, 196.

(85) Une autre solution, parfois proposée en doctrine allemande (W. Grunsky, « Anwendbares Recht und gesetzlicher Zinssatz », *Festschrift Franz Merz*, Cologne, 1992, p. 147 et s.; K.-P. Berger, « Der Zinsanspruch im internationalen Wirtschaftsrecht », *RebelsZ* 1997, 313), est de procéder à un rattachement spécial de la question du taux d'intérêt légal, à laquelle s'appliquera la *lex monetae*; cette solution est discutable (elle a l'avantage qu'il sera vraisemblablement tenu compte de l'inflation qui existe dans le pays de la monnaie, mais elle tend à importer dans le contrat les conceptions, *a priori* sans pertinence, de la *lex monetae* quant à la fonction du taux d'intérêt légal: s'agit-il simplement de compenser la perte subie par le créancier, ou de mettre le débiteur sous pression par un taux d'intérêt élevé, comme le prévoit la directive 2000/35/CE ci-dessus citée?). Dans le sens indiqué au texte, v. J. Gruber, « Die kollisionsrechtliche Anknüpfung von Verzugszinsen », *MDR* 1994, 759, étant noté que l'opinion dominante en Allemagne semble rester favorable à l'application pure et simple du taux d'intérêt de la *lex contractus*: cf. les références données par *MünchKomm/Spellenberg*, 3^e éd., 1998, art. 32 EGBGB, n^{os} 35 et s.

(86) Cf. *supra*, n^o 15.

(87) Civ. 17 mai 1927, *DP* 1928, I, 25, concl. Matter, note H. Capitant.

proques dans un pays et dans un autre » (88). C'est un critère d'autolimitation moins précis que ceux que nous avons précédemment rencontrés, mais qui relève du même mécanisme: restriction téléologique de la portée d'une norme et application d'une autre norme issue du même ordre juridique là où la première norme s'avère inapplicable.

La jurisprudence sur le champ d'application des lois monétaires pourrait aujourd'hui n'avoir plus qu'un intérêt historique (89). Il en va différemment de la jurisprudence, bien connue, qui veut que les différentes restrictions à l'arbitrabilité des litiges et à la validité des clauses compromissaires prévues par le droit français soient sans application à l'arbitrage international (90). On peut discuter, il est vrai, de la question de savoir si le régime français de l'arbitrage international est simplement un régime libéral, en vertu duquel les clauses contractuelles, non visées par les restrictions législatives implicitement autolimitées qui s'appliquent à l'arbitrage interne, sont obligatoires; ou alors si le régime de l'arbitrage international est en droit français un régime, défini par la jurisprudence, tout aussi dérogaire au droit commun des contrats que la réglementation de l'arbitrage interne. Dans cette dernière hypothèse, il serait inutile de parler d'autolimitation implicite de l'une ou de l'autre des réglementations de l'arbitrage.

20. Quoi qu'il en soit, ces différentes règles jurisprudentielles n'apparaissent ici, dans leur analyse au regard du droit matériel, que comme des exemples d'autolimitation implicite, utilisant le critère

(88) Concl. Matter, p. 31. « Car – ajoute le procureur général – il amène en France de l'argent étranger, pour ensuite ramener à l'étranger de l'argent français à l'expiration du contrat. » Suit une citation de la circulaire de 1926. – V. aussi la loi monétaire du 2 juin 1928 (*DP* 1928, 4, 313), art. 2, al. 2.

(89) Depuis que « la monnaie, en France, est l'euro » (C. monét. fin., art. L. 111-1), la question de la licéité, au regard de la législation monétaire, des clauses stipulant un paiement en devises devrait relever du droit communautaire. Mais il est vrai que tout est une question de téléologie et que la jurisprudence récente a tendance à considérer la question sous l'angle de la prohibition des clauses d'indexation, qui relève de la lutte contre l'inflation (Com. 22 mai 2001, *Bull. civ.* IV, n° 98).

(90) Pour des références, v. Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, 1996, nos 109-113 et 435 et s. – Un parallèle existe peut-être avec la jurisprudence restreignant aux litiges internes le champ d'application des règles de l'article 48 NCPC relatives aux clauses attributives de juridiction (Civ. 1^{re}, 17 décembre 1985, *Cie de signaux*, cette *Revue*, 1986, 537, note Gaudemet-Tallon; *GA*, n° 72); mais la jurisprudence considère, de manière générale, que le respect des règles du NCPC ne s'impose, en matière internationale, que sous réserve des adaptations jugées nécessaires.

indéterminé (mais déterminable au vu des particularités des espèces) de l'« internationalité ». Cela ne les empêche pas d'être *aussi*, si les tribunaux en décident ainsi, des cas d'application d'une technique de droit international privé particulière, celle des règles matérielles de droit international privé doublées d'un critère d'applicabilité en vertu duquel elles seront appliquées, par les tribunaux français, à tous les litiges « internationaux » dont ils seront saisis. Mais l'analyse en termes de droit matériel n'est pas tributaire de l'analyse en termes de droit international privé: si dans l'avenir, l'applicabilité de ces règles (re)venait à être conditionnée par la désignation du droit français comme droit applicable au contrat, l'analyse en termes d'autolimitation implicite continuerait à rester exacte.

B. — *L'autolimitation indirecte:
autolimitation et substitution*

21. Le phénomène de l'autolimitation de certaines normes matérielles, comme celui de la substitution, ont en commun d'avoir trait à la contribution des normes de droit matériel à la réglementation des situations internationales: ils permettent d'affiner l'application du droit matériel applicable après que la loi applicable à la question litigieuse soit déterminée (91). En fait, les deux problématiques sont liées, dans la mesure où l'absence d'une certaine forme d'autolimitation est une condition nécessaire de tout type de substitution. Expliquons-nous.

22. Le problème de la substitution a été défini ainsi par Hans Lewald qui l'a sinon découvert (92), du moins lui a donné sa dénomination: il « consiste dans la question de savoir si l'on peut substituer à un rapport de droit interne, considéré par la loi interne comme condition préjudicielle d'un effet juridique déterminé, un rapport analogue du droit étranger » (93). Avec des variantes d'ordre

(91) Lewald a mis l'accent, pour la première fois de manière systématique, sur certains aspects juridiques de « l'application de la loi compétente » dans les situations internationales: « Règles générales des conflits de lois », *Rec. des cours* 1939-III, 1, 126-145, en étudiant la transposition, la substitution et l'adaptation. Il y a d'autres cas à envisager, dont l'autolimitation des normes.

(92) V., sous le nom de « problème de l'adaptation », L. Raape, « Les rapports juridiques entre parents et enfants », *Rec. des cours* 1934-IV, 401, 496 et s., et comp. W. Wengler, « Die Vorfrage im Kollisionsrecht », *RabelsZ* 1934, 148, 159 et s.

(93) H. Lewald, *op. cit.*, p. 132.

terminologique, cette définition est admise, en substance, par tous les auteurs qui ont consacré des développements à ce problème (94), problème qui est aujourd'hui considéré comme une question d'application du droit matériel désigné par la règle de conflit (95). Pour donner une définition (encore) plus générale de la substitution, il peut être utile de remplacer l'expression, à connotation savignienne, *rapport de droit* par l'expression *notion*, ce qui ne modifie pas la substance de la définition de Lewald.

Les exemples les plus connus, en jurisprudence française, sont les questions de savoir si une adoption prononcée aux Indes, dans des conditions incompatibles avec le droit civil français, permettait à l'adopté de revendiquer une part d'enfant dans une succession immobilière régie par la loi française; si (en 1922) une séparation de corps prononcée par consentement mutuel en Italie pouvait être convertie en divorce en droit français alors que ni le divorce, ni la séparation de corps ne pouvaient être obtenus par consentement mutuel en France; et quels étaient, en cas de mariage polygamique valablement conclu à l'étranger, les droits des deux épouses survivantes dans une succession régie par le droit français, plus spécifiquement sur la part « du conjoint survivant » (96).

Au vu de ces trois exemples, on comprend que la question de la substitution soit le plus souvent présentée comme une question d'*équivalence fonctionnelle*: est-ce que l'institution étrangère (adoption, séparation de corps, mariage) est suffisamment analogue, sous l'angle fonctionnel, avec l'institution correspondante de droit français pour

(94) V. entre autres F. Vischer, *Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalen Privatrecht*, Bâle, 1953, p. 44 et s.; F. Rigaux, *La théorie des qualifications en droit international privé*, Bruxelles, 1956, p. 444 et s. (« substitution », « détermination du concept préjudiciel »); L. Graulich, *Principes de droit international privé*, 1961, n° 203; Keller/Siehr, *op. cit.*, p. 519 et s.; Holleaux, Foyer et de Geouffre de La Pradelle, *op. cit.*, n°s 620 et s.; Y. Lequette, « Ensembles législatifs et droit international privé des successions », *Trav. Com. fr.* 1983-1984, p. 163, 174 et s.; E. Jayme, « Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne », *Rec. des cours* 1995, vol. 251, p. 9, 105 et s.; J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 4^e éd., Tübingen, 2001, § 33; Mayer et Heuzé, *op. cit.*, n°s 264 et 265 (« adaptation »); *adde*: les monographies et articles cités *infra*, note 97.

(95) Et non comme une question de qualification qu'il y aurait lieu d'opérer *lege fori* (en ce sens pourtant Niboyet, note sous Req. 21 avril 1931, *Ponnoucannamalle*, S. 1931, 1, 377).

(96) V. respectivement Req. 21 avril 1931, préc.; Civ. 6 juillet 1922, *Ferrari*, cette *Revue*, 1922, 444, rapport Colin, note Pillet; *GA*, n° 12; Civ. 1^{re}, 3 janvier 1980, *Beneddouche*, cette *Revue*, 1980, 331, note Batiffol; *GA*, n° 61.

pouvoir lui être substituée en vue de l'application de l'effet juridique déterminé par la règle matérielle française? Cette présentation est loin d'être erronée – il est vrai que l'appréciation de l'équivalence fonctionnelle, étant un exercice de droit comparé de haute voltige, est la partie la plus difficile de chaque problème de substitution. Mais pour opérer une substitution techniquement parfaite, une autre question devra être résolue préalablement. Il s'agit de la question de savoir si la notion utilisée par la norme de droit matériel, à laquelle on envisage de substituer une notion – supposée équivalente – d'un autre ordre juridique, est une notion qui accepte *en principe* de s'ouvrir aux notions issues d'autres ordres juridiques (97). Si la réponse est négative, la substitution sera exclue *quel que soit* le degré d'équivalence des deux notions. L'effet en sera une autolimitation indirecte de la norme de droit matériel, par l'impossibilité d'opérer une substitution dans l'une des notions qui en conditionnent l'application.

Et cette recherche préalable d'une éventuelle autolimitation indirecte doit se faire, de même que dans les cas d'autolimitation directe d'une norme, par référence à des critères téléologiques d'interprétation de la norme. Ce qui, soit dit en passant, est également vrai à propos de la deuxième étape d'un exercice de substitution, qui consiste à rechercher non pas si l'institution étrangère est identique, mais si elle est fonctionnellement équivalente à l'institution de droit interne, sous l'angle des caractéristiques pertinentes de celle-ci: quelles sont les caractéristiques pertinentes est à nouveau une question d'interprétation téléologique de la norme de droit interne.

De même qu'à propos des cas d'autolimitation implicite directe des normes, il convient d'être prudent et de ne pas présumer indûment l'impossibilité de toute substitution, en surestimant le caractère unique de la norme de droit interne (98). Une attitude trop

(97) C'est un aspect qui a été souligné dans des travaux parus en Allemagne: M. Ferid, « Im Ausland erfüllte Tatbestandsmerkmale inländischer Sachnormen », *GRURInt* 1973, 472; S. Hug, *Die Substitution im internationalen Privatrecht*, Munich, 1983, p. 112; H. P. Mansel, « Substitution im deutschen Zwangsvollstreckungsrecht », *Festschrift Werner Lorenz*, Tübingen, 1991, p. 689, 697; C. Schulz, *Die Subsumption ausländischer Rechtsstatsachen*, Berlin, 1997, p. 83 et s.; G. van Venrooy, *Internationalprivatrechtliche Substitution*, Constance, 1999, p. 251 et s., 395 et s. (notion de *Substitutionsoffenheit* par opposition à la *Substitutionsgeeignetheit*); comp. le problème discuté par F. A. Mann, « The Primary Question of Construction and the Conflict of Laws » (1963) 79 *L.Q.R.* 525.
 (98) Keller/Siehr, *op. cit.*, p. 520: « nach dem Motto: Sie ist ohnegleichen ».

restrictive à l'égard de la possibilité d'une substitution crée des risques de discrimination injustifiée (99).

23. Il y a néanmoins des cas dans lesquels l'autolimitation indirecte peut être sérieusement envisagée, dont le premier est celui des normes qui font intervenir « l'État » ou une autre personne morale de droit public ou encore un service public. Des dispositions qui réservent une situation privilégiée aux personnes morales de droit public seront fréquemment (pas toujours) interprétées comme ne se référant qu'à un seul État, celui dont émane la norme (100). De même, des textes qui font produire à l'intervention d'un service public des effets sur des relations entre particuliers ne viseront pas nécessairement les services publics du monde entier, sous la seule vérification de leur équivalence avec les services publics nationaux. Lorsqu'une disposition prévoit les effets de droit privé d'une autorisation administrative, elle aura fréquemment en vue l'administration nationale et elle seule. Mais il peut y avoir des exceptions; l'article 348-5 du Code civil a été interprété ainsi: en subordonnant l'adoption d'un enfant mineur au fait que l'enfant ait été remis au service de l'aide sociale à l'enfance ou à « un organisme autorisé pour l'adoption », ce texte s'applique aux adoptions internationales, et aux organismes étrangers aussi bien que français; une liste des organismes équivalents a été établie (101).

(99) Il n'est pas étonnant que dans le champ d'application du droit communautaire, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes prescrive fréquemment aux États membres d'accepter de procéder à un contrôle de l'équivalence des institutions d'autres États membres, plutôt que d'exclure par principe toute substitution, p. ex. d'autorisations ou de diplômes étrangers aux autorisations ou diplômes nationaux, ou encore d'une forme de société connue à l'étranger à une forme de société à laquelle le droit national réserve un avantage (CJCE, 12 avril 1994, *Halliburton*, C-1/93, *Rec. p. I-1137*). Comp. l'allusion à la question par Jayme/Kohler, « Europäisches Kollisionsrecht 2000 », *IPRax* 2000, 454, 456.

(100) Soc. 29 mars 1973, cette *Revue*, 1974, 86, note Jambu-Merlin, le privilège institué par la loi française au profit des créances des organismes de sécurité sociale ne peut pas être revendiqué par un organisme algérien. — *Addé*, à propos de la question de savoir si un décret de 1980, ayant trait à la garantie que peut avoir à constituer une personne privée ayant obtenu un arrêt de condamnation contre « une personne morale de droit public » qui, après avoir été condamnée, se pourvoit en cassation et contre laquelle la partie privée souhaite poursuivre l'exécution de l'arrêt d'appel, est applicable ou non aux personnes morales de droit public étrangères, les ordonnances de deux délégués différents du Premier président de la Cour d'appel de Paris: 17 janvier 1997, *République du Congo* (le décret est applicable à cet État); 12 février 1997, *Ministère tunisien de l'Équipement* (le décret n'est applicable qu'aux personnes morales de droit public françaises), *JDI* 1997, 823, 1^{re} et 2^e esp., note Cosnard.

(101) Point 1.1.2.2 de la Circ. 19 février 1999, cette *Revue*, 1999, 586, 589. V. les commentaires critiques de H. Muir Watt, *ibid.*, p. 483; comp., sur l'incidence de la loi

C'est surtout le cas des textes faisant référence aux autorités judiciaires ou à des procédures en justice qui peut donner lieu à des discussions intéressantes (102). Ainsi la question de savoir si l'effet interruptif de la prescription que produit une assignation « en justice » vise l'autorité judiciaire étrangère aussi bien que l'autorité judiciaire nationale a donné lieu à des réponses divergentes dans la jurisprudence de pays différents – des réponses divergentes, mais non contradictoires, dans la mesure où les textes applicables reposent sur des considérations téléologiques différentes. En France, l'article 2246 du Code civil fait produire un effet interruptif à « la citation en justice, même donnée devant un juge incompétent » ; il montre ainsi que tout ce qui compte est le fait que le créancier ait démontré sans ambiguïté sa volonté de réclamer son droit ; rien d'étonnant dès lors à ce que cet article ait été jugé applicable à une assignation devant un tribunal algérien, pourtant considéré comme incompétent au regard de l'article 15 du Code civil (103). En Allemagne, la réponse est plus nuancée : il a été jugé qu'un effet interruptif de la prescription peut revenir à une assignation devant une juridiction étrangère, mais à la condition supplémentaire que le jugement qui sera rendu à l'étranger apparaisse comme susceptible de reconnaissance dans le pays du for. La raison en est que la *ratio legis* de la disposition du droit allemand qui confère un effet interruptif à l'introduction d'une procédure n'est, selon la jurisprudence, pas le caractère énergique de l'interpellation ainsi signifiée au débiteur, mais le fait qu'il s'agit de préparer les effets substantiels du jugement à intervenir ; or la reconnaissance de ces effets présuppose la reconnaissance du jugement, s'il s'agit d'un jugement étranger (104). La jurisprudence autrichienne

du 6 février 2001, E. Poisson-Drocourt, « Codification des règles de droit international en matière d'adoption », *D.* 2001, 1404, 1407.

(102) Civ. 1^{re}, 25 janvier 1967, cette *Revue*, 1968, 74, note Batiffol (aveu judiciaire) ; comp. Civ. 1^{re}, 4 novembre 1958, cette *Revue*, 1959, 303, note Francescakis (effets, sur la présomption de paternité d'un enfant, d'une procédure de divorce en cours à l'étranger).

(103) Civ. 1^{re}, 21 janvier 1975, cette *Revue*, 1977, 120, note Couchez ; l'annotateur met l'accent sur la *ratio legis* de l'article 2246.

(104) RG 8 juillet 1930, *RGZ* 129, 385, 389. J. Taupitz, « Unterbrechung der Verjährung durch Auslandsklage aus Sicht des österreichischen und des deutschen Rechts », *IPRax* 1998, 140, 145 souligne que les effets substantiels du jugement comprennent notamment une interversion de la prescription. Pour une analyse différente de la *ratio legis* menant à une critique de la jurisprudence précitée, v. *MünchKomm/Spellenberg*, 3^e éd., 1998, art. 32 EGBGB, n^{os} 80 et s. et la doctrine citée. – V. pour l'effet interruptif d'actes procéduraux autres que les assignations, les conditions – différentes – formulées par LG Hambourg, 15 septembre 1998, *IPRax* 2001, 45, avec note Spickhoff,

ne connaît, pas plus que la jurisprudence française, cette exigence (105).

24. D'autres exemples se situent dans le prolongement du cas des services publics mais ne s'identifient pas à lui; il s'agit des textes prévoyant l'intervention, dans les rapports privés, d'une *bourse* ou d'un *notaire*. Dans les deux cas, l'institution visée a un caractère (plus ou moins fortement selon les pays) autorisé ou du moins surveillé par l'État – d'où, à nouveau, la question: quel État? Est-ce qu'une bourse ou un notaire établis à l'étranger feront l'affaire aussi bien que ceux qui relèvent de l'État dont est issue la norme qu'il convient d'appliquer? Pour ce qui est des bourses, on peut songer aux textes qui écartent, s'agissant des marchés à terme traités en bourse, l'exception de jeu qui serait susceptible d'être opposée par le spéculateur malheureux. Sur ce point des textes similaires et à peu près contemporains – la loi française du 28 mars 1885 et une disposition du *Börsengesetz* allemand (106) – ont reçu des interprétations profondément différentes dans les deux pays. La jurisprudence allemande a toujours considéré que dans l'esprit du législateur l'inapplicabilité de l'exception de jeu était étroitement liée à la surveillance étatique des bourses, et que seule une surveillance par l'État allemand présentait, aux yeux de la loi allemande, les garanties requises, si bien que l'exception de jeu s'appliquait à un marché à terme traité dans une bourse étrangère (107). Une vérification au cas par cas de l'équivalence de la surveillance étatique existant à l'étranger ne serait pas praticable (108). Un point de vue similaire a été défendu dans l'interprétation de la loi française de 1885 par la Cour de Bordeaux (109), mais il n'a pas convaincu la Cour de cassation: la loi

p. 37 (procédure de référé probatoire en France); BGH 17 avril 2002, *RIW* 2002, 557 (injonction de paiement suisse).

(105) Sur les conditions, formulées par la jurisprudence et la doctrine autrichienne, de l'interruption de la prescription par l'introduction d'une procédure à l'étranger, v. OGH 24 mars 1994, *IPRax* 1996, 135 et la note Taupitz, préc.; 15 janvier 1997, *IPRax* 1998, 294, note Looschelders, p. 296. En doctrine suisse, v. Vischer/Huber/Oser, *Internationales Vertragsrecht*, 2^e éd., Berne, 2000, n° 1152.

(106) Dans sa version antérieure à une réforme, libérale, de 1989.

(107) RG 14 juin 1911, *RGZ* 76, 371, 373; 4 juin 1912, *RGZ* 79, 381, 386; 8 décembre 1934, *RGZ* 146, 190; BGH 20 décembre 1971, *BGHZ* 58, 1, 4-6.

(108) BGH 20 décembre 1971, préc. L'arrêt ajoute qu'il n'y aurait dans ces considérations aucune discrimination à l'égard des bourses étrangères.

(109) Bordeaux, 26 février 1935, *Gaz. Pal.* 1935, 1, 718: des opérations faites « sur des marchés étrangers, à New York, à Londres ou à Liverpool, c'est-à-dire hors de tout contrôle pratiquement possible », relèvent de l'exception de jeu.

« ne restreint pas ses prévisions aux seuls marchés passés sur des bourses françaises » (110). Un arrêt de la Cour de cassation de 1931 a même pu interpréter la disposition correspondante du *Börsengesetz*, devenu loi locale alsacienne-lorraine, dans le sens de son applicabilité aux opérations traitées en une bourse étrangère, sens diamétralement opposé à l'interprétation retenue en Allemagne et suivie par la Cour de Colmar dont l'arrêt a été cassé... (111).

Venons-en aux notaires. Il est admis en France que lorsqu'un texte prescrit l'intervention d'un notaire, par exemple pour une transaction portant sur un immeuble en France, il permet aux parties de s'adresser à un notaire étranger (112). Étant donné que « le but des solennités ... est d'une part d'assurer la sécurité des registres, ... et d'autre part que celui qui [s'engage devant notaire] soit à même d'apprécier la gravité de l'engagement », et que chacun de ces buts peut en principe être atteint devant un notaire étranger, on se contentera de vérifier l'équivalence des actes notariés passés à l'étranger avec les actes notariés français (113). La solution contraire a été retenue en Allemagne à propos des actes portant solennisation du transfert de propriété effectif d'un immeuble allemand, certains des nombreux buts poursuivis par le législateur allemand ne pouvant selon la jurisprudence être atteints que par une solennisation devant un notaire allemand (114). Mais, s'agissant des prescriptions du droit allemand des sociétés qui prévoient parfois l'intervention d'un notaire dans les procès-verbaux d'assemblées générales, le *Bundesgerichtshof* a jugé qu'un notaire suisse, dont l'équivalence avec un notaire allemand est indiscutable, pouvait dresser pareil acte. Il n'a pas accepté le bien-fondé de l'argument tiré – par des Cours d'appel et par de nombreux auteurs – de ce que le législateur aurait eu en vue, entre autres, l'accomplissement par le notaire d'un devoir d'avertir les parties des effets de

(110) Civ., 19 décembre 1939, *S.* 1940, 1, 13.

(111) Civ., 2 décembre 1931, *S.* 1932, 1, 84, au motif que « rien dans le texte susvisé » ne justifie une interprétation restrictive.

(112) Seul l'article 2128 du Code civil prévoit (expressément) qu'un acte notarié passé à l'étranger ne peut donner d'hypothèque sur un immeuble français: J.-P. Niboyet, *Traité*, t. IV, 1947, n° 1166 respectivement 1179; sur le mandat d'hypothéquer, qui peut être donné devant un notaire étranger, v. G. Droz, *Mélanges Breton/Derrida*, 1991, p. 93 et s. Des doutes (dus à l'incidence de la Convention de Rome de 1980) sur le maintien de la règle restrictive de l'article 2128 sont formulés par V. Delaporte, *Rep. Dalloz Droit international*, 2^e éd., v° *Forme des actes*, n° 97.

(113) G. Droz, « L'activité notariale internationale », *Rec. des cours* 1999, vol. 280, p. 9, 97 et s., spéc. p. 100. Sur la manière d'apprécier l'équivalence, v. Droz, *op. cit.*

(114) KG 27 mai 1986, *MDR* 1987, 56.

l'acte au regard du droit allemand de sociétés, avertissement que seuls les notaires établis en Allemagne seraient vraiment en mesure de donner (115). Comme le fait remarquer le *Bundesgerichtshof*, retenir cette vision de la *ratio legis* reviendrait à limiter indirectement aux notaires allemands la compétence pour solenniser les procès-verbaux de sociétés anonymes allemandes (116).

*

Les exemples pourraient sans doute être multipliés, mais il nous semble que la démonstration est faite. L'autolimitation implicite, qu'elle soit directe ou indirecte, existe bien; elle repose sur une interprétation des normes de droit matériel, plus particulièrement sur une réduction téléologique de leur champ d'application international; elle constitue un phénomène exceptionnel, mais qui a des cas d'application suffisamment nombreux pour pouvoir être considéré comme un phénomène significatif.

(115) BGH 16 février 1981, *BGHZ* 80, 76; v. déjà antérieurement, à propos des solennités du transfert de parts sociales d'une société à responsabilité limitée, RG 22 mars 1939, *RGZ* 160, 225. – La solution reste très discutée (y compris en jurisprudence: v., dans un sens contraire à l'arrêt du *Bundesgerichtshof*, OLG, Hambourg, 7 mai 1993, *IPRax* 1994, 291, avec note von Bar et Grothe, p. 269), notamment sous l'impulsion de la doctrine proche du notariat allemand (cf. un sous-titre de la note préc.: « *Aktionärschutz oder Notarschutz?* »). V. récemment M. Benecke, « *Auslandsbeurkundung im GmbH-Recht: Anknüpfung und Substitution* », *RIW* 2002, 280.

(116) P. 79.