

# Un exemple d'ambivalence politique en droit international privé européen : la question de l'admissibilité de la protection unilatérale, par des lois de police, des parties faibles aux contrats

Patricke Kinsch, Luxembourg

## 1. Contexte. La protection des parties faibles aux contrats en droit international privé européen, entre « Europe sociale » et orientation ordolibérale

Avant d'exposer les données techniques du problème auquel est consacrée la présente contribution, il est utile de le replacer dans son contexte juridique un peu plus général. En droit privé européen, le vingtième siècle a vu se développer les incidences indirectes (les effets d'irradiation ou *Ausstrahlungswirkungen*, pour reprendre la terminologie du tribunal constitutionnel fédéral allemand<sup>1</sup>) de l'idée d'Etat social sur les relations de droit privé. Les formes les plus remarquables – mais pas les seules formes – de protection des parties faibles sont la protection des travailleurs, qui en est la forme la plus ancienne et la plus importante, et la protection des consommateurs, qui en tant que protection systématique sur le plan législatif est plus récente ; c'est à la fin des années 1960 que les premières législations « consuméristes » modernes ont été promulguées ; et entre-temps, comme on le sait, la protection des consommateurs a donné lieu à une intense activité législative au niveau national et aussi, en Europe, au niveau de l'Union européenne<sup>2</sup>.

Le développement de l'Etat social ainsi compris a-t-il entraîné une transformation en profondeur des sociétés ? Cela a été soutenu (ainsi, on a parlé de « social-démocratisation » des sociétés européennes<sup>3</sup>), mais il semblerait plus exact de dire qu'en ce qui concerne l'Europe, l'attachement à l'idée d'Etat social est désormais un contre-poids ponctuel et limité à l'orientation générale de la politique économique sur une

1 BVerfG, 19 octobre 1993, *BVerfGE*, vol. 89, p. 214 : droit de la caution non professionnelle au rééquilibrage de ses obligations à l'égard d'une banque créancière en cas de cautionnement disproportionné ; pour une application de cette jurisprudence en matière de reconnaissance des jugements étrangers : BGH, 24 février 1999, *BGHZ*, vol. 140, p. 395.

2 Cette dernière activité ayant été accompagnée, pendant une assez longue période – jusqu'à la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs –, de dispositions européennes prescrivant, sous des formes variées, l'application immédiate sur le plan international des dispositions de droit matériel. Voir les chroniques annuelles de droit international privé européen, publiées par Erik Jayme et Christian Kohler dans *JPrax*, en 1985 et puis annuellement de 1988 à 2007.

3 Voir les références données, à propos du droit de la consommation, par H.-W. Micklitz, « Bürgerstatus und Privatrecht » in *Privatrechtstheorie* (sous la dir. de S. Grundmann, H.-W. Micklitz et M. Renner), Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, vol. II, p. 1399. Selon Micklitz, cette « social-démocratisation » n'a été que superficielle, le droit européen ayant rapidement mis l'accent sur les conditions de la participation du consommateur au marché de plutôt que sur sa protection (p. 1402).

logique de marché<sup>4</sup>. Emblématique à cet égard est la définition des buts de l'Union européenne à l'article 3, paragraphe 3, du Traité sur l'Union européenne, par sa juxtaposition de l'orientation sur le marché avec les éléments sociaux : l'objectif poursuivi sur le plan économique est, selon cette disposition, la mise en place d'une « économie sociale de marché hautement compétitive ». La formulation de cet objectif est essentiellement équivoque et ambivalente, étant donné l'absence, apparemment voulue, d'hierarchisation des finalités propres à l'Etat social avec l'orientation (ordo-)libérale de l'économie de marché et l'accent mis sur la concurrence<sup>5</sup>.

Les deux approches – l'approche sociale et l'approche orientée sur le marché – coexistent, en définitive, en droit international privé européen. Leur coexistence se manifeste par l'absence de contestation du fondement même des règles existantes ; il n'est pas soutenu dans des analyses doctrinales que les règles de « protection des parties faibles » en droit international privé ne serviraient en réalité pas à la protection des intérêts de ces contractants, mais exclusivement à des fins de développement du marché intérieur. Cet état du droit international privé contraste avec les controverses politiquement chargées qui existent en droit privé matériel. Alors qu'en matière de droit international privé, l'idée de la protection des parties faibles en tant que contre-poids à la logique de marché fait l'objet d'un consensus doctrinal, en droit privé matériel il est soutenu que la protection des parties faibles serait devenue un paravent derrière lequel se poursuit une forme de continuation de l'ordolibéralisme par d'autres moyens, et qu'il ne resterait rien des finalités qui se rattachaient à la véritable idée d'Etat social comme il pouvait exister dans les années 1970. Ainsi, ce ne serait plus d'émancipation des consommateurs qu'il serait question, mais du perfectionnement de leur information pour qu'ils puissent participer efficacement au marché ; et la finalité des règles (européennes) actuelles en matière de droit du travail, et en particulier de la jurisprudence de la Cour de justice, ne serait pas, elle non plus, la protection des travailleurs comme personnes humaines<sup>6</sup>.

En droit international privé en revanche, personne n'a encore appliqué une logique du soupçon de ce type à l'égard du préambule du règlement Rome I lorsqu'il affirme que

« s'agissant des contrats conclus avec des parties considérées comme plus faibles, celles-ci devraient être protégées par des règles de conflit de lois plus favorables à leurs intérêts que ne le sont les règles générales »<sup>7</sup>,

mi à l'égard de la Cour de justice lorsqu'elle en a déduit qu'en matière de contrat de travail, l'interprétation du règlement « doit être inspirée des principes du favor-laboratoris car les parties les plus faibles au contrat doivent être protégées » par des règles de conflit plus favorables<sup>8</sup>. Les raisons de cette différence entre droit international privé et droit privé matériel peuvent être discutées (elles iront, au gré des analyses, d'une attitude plus raisonnable des spécialistes du droit international privé à une plus grande propension de leur part à la naïveté, en passant par des différences objectives entre les matières). Elle n'en est pas moins une réalité.

Le principe de la protection des parties faibles faisant ainsi l'objet d'une espèce de consensus en droit international privé contemporain, il fallait en déterminer les formes qu'elle serait censée prendre, notamment, en matière de conflit de lois. Les principales formes envisageables<sup>9</sup> y sont d'une part la protection unilatéraliste, assurée par les différents Etats membres de l'Union à travers des lois de police déterminant le champ d'application internationalement impératif et le contenu de la protection, et d'autre part la protection multilatéraliste, prenant dans le règlement Rome I la forme concrète des articles 6 à 8 du règlement. C'est dans la coexistence possible (ou, au contraire, dans l'impossible coexistence) des deux modèles de protection que prend son origine notre problème.

## 2. Position du problème

Historiquement, la protection des parties faibles dans les conflits de lois a pris d'abord la forme d'une analyse des dispositions correspondantes du droit matériel en termes de lois de police<sup>10</sup>, donc la forme unilatéraliste de protection. L'adoption claire de cette solution était d'abord un apport de la jurisprudence italienne des années 1930,

4 Pour une vision plus pessimiste (« abandon de l'Etat providence »), voir, en dehors d'une littérature purement militante, J. Salomon, « Quelle place pour l'Etat dans le droit international d'aujourd'hui ? », *Recueil des cours*, t. 347 (2010), pp. 9 ss., spéc. pp. 32-34.

5 La même équivoque, faite d'influences contradictoires, caractérise la jurisprudence de la Cour de justice, par exemple dans l'arrêt *Lascel* *in Partneri* du 18 décembre 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809, qui énonce (point 105) :

« La Communauté ayant dès lors non seulement une finalité économique mais également une finalité sociale, les droits résultant des dispositions du traité relatives à libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux doivent être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale, parmi lesquels figurent [...] notamment, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur églisation dans le progrès, une protection sociale adéquate et le dialogue social ».

6 Pour déduire en définitive de cet exercice de mise en balance que la liberté de prestation de services transfrontalière doit prévaloir sur le droit d'action collective des organisations syndicales.

7 A. Suptic, *La Gouvernance par les nombres*, Institut d'Etudes avancées de Nantes/Fayard, 2015, spéc. pp. 342-343, à propos de l'utilisation du principe de non-discrimination dans la jurisprudence européenne, qui contribue en réalité, selon l'auteur, « à la liquidité du capital humain sur le marché du travail », dans une logique de « mobilisation totale de la force de travail » (par exemple en s'opposant aux lois nationales qui interdisent le travail de nuit des femmes). – Dans un sens analogue, à propos du droit de la consommation : H.-W. Micklitz, « The Expulsion of the Concept of Protection from the Consumer Law and the Return of Social Elements in the Civil Law : A Bittersweet Polemic », *Journal of Consumer Policy*, 2012, pp. 283 ss. ; Study Group on Social Justice in European Private Law, « Social Justice in European Contract Law », A Manifesto, *ELJ*, vol. 10 (2004), pp. 653 ss, spéc. p. 661. A propos de ce qu'il appelle le « market-rational welfareism », voir aussi Th. Wilhelmsson, « Varieties of Welfareism in European Contract Law », *ELJ*, vol. 10 (2004), pp. 712 ss.

8 Considérant 23. Cf. déjà, dans le rapport explicatif Giuliano/Lagarde relatif à la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles *VOCE*, 1980, C 282, p. 25) :

« Il s'agissait en effet... de donner une réglementation plus appropriée à des matières où les intérêts d'un des contractants ne se posent pas sur le même plan que ceux de l'autre et d'assurer en même temps, par le biais d'une telle réglementation, une protection plus adéquate à la partie qui est à considérer, d'un point de vue socio-économique, comme la partie la plus faible dans la relation contractuelle ».

9 Arrêt du 15 mars 2011, C-29/10, *Koelzsch*, ECLI:EU:C:2011:151, point 46.

10 On fera abstraction, ici, de la solution de suppression de l'autonomie de la volonté, solution choisie par le législateur suisse pour la protection des consommateurs (art. 120 LDI) et envisagée par la Commission européenne dans le cadre de la révision du règlement Rome I, mais en définitive rejetée par le législateur européen : cf. Ch. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et ératisme », *Recueil des cours*, t. 359 (2012), pp. 285 ss., spéc. p. 351.

11 Ou, ce qui revient fonctionnellement au même, en termes d'« ordre public positif » : voir, à propos de l'applicabilité internationale de la législation allemande en matière de crédit à la consommation, RG, 28 mars 1930, *JW*, 1932, p. 591.

avec l'accent qu'elle a mis sur l'homogénéité de l'organisation du travail dans le territoire de l'Etat<sup>11</sup>.

Des idées du même type se sont par la suite imposées ailleurs, et notamment dans les Etats qui, ayant en commun l'article 3 du Code civil, ont appelé « lois de police » les lois que la doctrine italienne appellait lois d'application nécessaire<sup>12</sup>. Il semble qu'au niveau des cours suprêmes, ce soit la Cour de cassation luxembourgeoise qui ait été la première à consacrer, en 1959, cette analyse, qui était de toute manière dans l'air du temps :

« Attendu que la loi qui réglemente le statut légal des salariés et qui s'impose impérativement à tout travail exécuté sur le territoire du pays est une loi de police et de stricte ; que les idées de protection humaine inspirant cette législation exigent que l'examen des relations entre employeurs et employés soit d'application territoriale »<sup>13</sup>.

La même terminologie se retrouve par la suite, à propos du même problème de protection des salariés en droit privé, dans la jurisprudence des cours de cassation belge<sup>14</sup> et française<sup>15</sup>. Si l'analyse en termes de loi de police est comprise comme signifiant, en matière de droit du travail, que l'applicabilité de la loi du lieu d'exécution du travail est absolument obligatoire, alors même qu'elle s'avère moins favorable aux salariés que l'application de la loi applicable aux contrats selon les critères normaux, elle équivaut à une solution trop rigide et ne correspond pas à une inspiration véritablement protectrice du salarié<sup>16</sup>. Mais cette solution ne découle pas nécessairement de l'analyse en question, qui est compatible avec l'application des dispositions plus favorables aux salariés, autres que celles du lieu d'exécution du contrat<sup>17</sup>.

L'avantage, du point de vue des Etats, de cette approche unilatéraliste est qu'elle permet sans difficultés majeures à un Etat donné d'imposer l'applicabilité de ses

propres lois de police, selon des critères qui lui sont propres, et de le faire à l'égard de catégories de parties faibles qui lui paraissent dignes de protection, même si elles sont moins universellement protégées que les salariés ou les consommateurs : on pensera notamment aux sous-traitants ou distributeurs, et plus généralement aux professionnels qui se trouvent sous la dépendance d'autres professionnels.

Mais ceci a, en même temps, un inconvénient : pareille protection des parties faibles ne s'exporte que difficilement, et risque de ne pas pouvoir s'imposer devant les tribunaux d'autres Etats qui considéreront qu'ils n'ont pas à appliquer, à l'encontre de la loi désignée par les parties, une loi de police qui sera à leur égard une loi de police étrangère. Le régime européen des lois de police étrangères, contenu à l'article 9, paragraphe 3, du règlement Rome I, est en effet devenu très défavorable à l'application de ce type de lois de police. Les lois protectrices des parties faibles sont typiquement des lois de police contractuelle qui, n'étant pas doublées de sanctions pénales ou administratives, se bornent à prévoir un régime protecteur certes voulu impératif par le législateur qui l'impose, mais qui ne rend pas pour autant « l'exécution du contrat illicite » au sens de cette disposition du règlement. Or depuis l'entrée en vigueur du règlement, c'est là l'une des conditions nécessaires de l'application des lois de police étrangères, et la Cour de justice de l'Union européenne a montré qu'elle veillera au strict respect de ces conditions<sup>18</sup>.

La rigidité des règles européennes explique en même temps que là où la protection de certaines catégories de parties faibles fait l'objet d'un véritable consensus, le règlement a veillé lui-même à bilatéraliser leur protection, de manière à pouvoir admettre l'application des règles protectrices d'un autre Etat. On aboutit ainsi à un modèle de protection de nature multilatéraliste des intérêts de certaines catégories de parties faibles – les consommateurs « passifs » ou « semi-passifs »<sup>19</sup> de l'article 6 du règlement Rome I, les assurés en dehors du cas des assurances des grands risques (article 7 du règlement) et les travailleurs dans le cadre des contrats de travail individuels (article 8). Ces catégories de parties faibles sont protégées par l'applicabilité, en l'absence de choix par les parties de la loi applicable, d'une loi proche des intérêts de la partie faible (leur résidence habituelle en ce qui concerne les consommateurs et les assurés, la loi du lieu d'exécution habituel du travail pour ce qui est des salariés). En cas de choix de la loi applicable, le règlement (article 6, paragraphe 2 pour le contrat de consommation et article 8, paragraphe 1<sup>er</sup> pour le contrat de travail individuel) dispose que le choix de la loi applicable au contrat n'est pas interdit, mais il ne peut

« avoir pour résultat de priver le consommateur [le travailleur] de la protection que lui assure les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord »

11 En particulier Cass., 19 mai 1939, *Foro it.*, 1939, I, col. 1399 ss. spéc. col. 1402, en matière de réglementation territoriale des rapports du travail, qui souligne « la nécessité morale, politique et économique » de cette homogénéité. Pour des indications sur le contexte historique et l'arrière-plan idéologique de cette jurisprudence dans la constitution éphémère d'un Etat corporatiste par l'Italie fasciste, voir P. Kinsch, « Private International Law in Totalitarian States », *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Lund, Juristförlaget i Lund, 2013, pp. 175 ss., spéc. pp. 178-179.

12 Voir G. Sperduti, « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », *Rev. crit.*, 1977, pp. 257 ss., spéc. p. 258, où l'auteur revendique la paternité de cette désignation, utilisée dès 1950. – Wilhelm Wengler qui développa en 1941 la thèse, encore bien plus innovatrice, du rattachement spécial des lois de police étrangères dans un article aussi visionnaire que décrit par la doctrine allemande classique (« Die Anknüpfung des zwingenden Schutzbereichs im internationalen Privatrecht », *ZsG/RW*, 1941, pp. 168 ss.), a eu, de manière générale, le tort (?) de ne pas chercher à compléter l'innovation dans la pensée par l'élégance dans son expression, par des désignations innovantes des phénomènes juridiques observés, ou par des titres accrocheurs qu'il aurait pu donner à ses articles. Il a donc été le grand perdant dans la course à la meilleure dénomination du phénomène des lois de police.

13 Cass., 2 juillet 1959, *Pas. lux.*, vol. 17, p. 443. La terminologie « loi de police et de stricte » se rencontre déjà dans un arrêt de la Cour de cassation française du 21 mai 1908 (*Rev. dr. int. pr.*, 1908, p. 664), mais à propos des dispositions administratives sur le travail. Voir, de manière générale, R. Vander Elst, *Les lois de police et de stricte en droit international privé français et belge*, vol. II, Paris, Sirey, Bruxelles, Edition du Partienon, 1963, n° 146.

14 Cas., 25 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 1036.

15 Cf. les références données par Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, t. II, 7<sup>e</sup> éd., Paris, LGD, 1983, n° 576.

16 Pour la critique de cette solution, adoptée à une certaine époque par la Cour de cassation française, voir P. Lagarde, « Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une analyse mal maîtrisée », *Mélanges Gérard Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, pp. 83 ss.; cf. aussi F. Pocar, « La protection de la partie faible en droit international privé », *Recht der com.*, t. 188 (1984), pp. 339 ss., spéc. p. 400.

17 P. Lagarde, *loc. cit.*

18 Cf. l'arrêt du 18 octobre 2016, *Niederösterreich*, C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774, qui relève que « le législateur de l'Union a voulu restreindre les perturbations du système de conflit de lois engendrées par l'application des lois de police autres que celles de l'Etat du for » (point 45), et justifie ainsi l'abandon de la solution plus ouverte de l'article 7, par. 1<sup>er</sup> de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

19 Ainsi appelés (cf. M. Fallon et J. Mécusen, « Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé », *Rev. crit.*, 2002, pp. 455 ss., spéc. p. 461) parce que la protection ne leur est acquise qu'à condition que le professionnel

a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou  
b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité ».

de la loi qui aurait été applicable en l'absence de choix. C'est cette deuxième règle qui explique que le modèle européen ait été appelé, en doctrine française, « système combinatoire »<sup>20</sup>. Le résultat de l'application de cette méthode sera que les parties faibles protégées bénéficient à la fois des dispositions protectrices de la loi choisie, généralement sur initiative de la partie forte, et de la protection résultant de la loi objective-ment applicable en l'absence de choix<sup>21</sup>.

Le modèle combinatoire repose sur la détermination, par un texte uniforme de droit européen, des catégories de parties faibles à protéger et des conditions de leur protection. Sa logique est par conséquent une logique intrinsèquement multilatérale et non unilatérale. Elle est le résultat de négociations détaillées et reflète les compromis adoptés au terme de ces négociations.

D'où la question : est-ce que, dans les Etats membres de l'Union européenne, liés par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, puis par le règlement Rome I, la protection unilatéraliste, traditionnellement assurée par des lois de police unilatéralement édictées par les Etats, reste compatible avec les règles de conflit européennes uniformisées ?

Il est vrai que la Cour de justice des Communautés européennes avait reconnu, dans l'arrêt *Arblade* de 1999, que la réglementation belge de la rémunération minimale, et d'autres aspects de la réglementation des relations de travail, pouvaient être considérées comme des lois « de police et de sûreté » :

« il convient d'entendre cette expression comme visant des dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'Etat membre concerné, au point d'imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet Etat membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci »<sup>22</sup>.

La Cour retient dans cet arrêt que ces lois de police peuvent être reconnues comme correspondant à des raisons impérieuses d'intérêt général, au titre de la protection des travailleurs, susceptibles de limiter les droits dérivant de la liberté de prestations des services dont bénéficie une entreprise française détachant des travailleurs en Belgique. L'arrêt formule une réserve ayant trait au nécessaire respect du principe de proportionnalité, mais sans que la qualification de la législation belge, protectrice d'une partie faible, comme loi de police ait été problématique et encore moins critiquée dans la décision de la Cour.

C'était en 1999. Depuis lors, un autre obstacle à l'utilisation de la protection unilatéraliste des parties faibles par les Etats membres de l'Union européenne a été identifié ou imaginé. Le problème est celui d'une éventuelle incompatibilité du recours à des solutions unilatérales avec le système insitué par la Convention de Rome, puis par le règlement Rome I, compris et appliqués comme instituant un sys-

20 G. et A. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1991, n° 14 (à propos du système jurisprudentiel français antérieur à la Convention de Rome, mais les auteurs indiquent que le système de la Convention est proche de ce système jurisprudentiel) : n° 31).

21 Sur la technique de la comparaison des degrés de protection des salariés qui résultent de la loi choisie d'une part, de la loi objectivement applicable de l'autre, voir E. Jaullu, note à la *Rev. crit.*, 2003, pp. 456-460 ; P. Markowski, note *JP Rax*, 2015, pp. 313-315, avec des références jurisprudentielles.

22 Arrêt du 23 novembre 1999, *Arblade*, C-569/96 et C-576/96, ECLI:EU:C:1999:575, point 30 ; également *Rev. crit.*, 2000, p. 710, note Fallou ; la même définition a été reprise dans l'arrêt du 19 juin 2008, *Commission/Luxembourg*, C-319/09, ECLI:EU:C:2008:350.

tème rigide<sup>23</sup>. Il s'agit en réalité de se décider entre deux approches fondamentale-ment différentes de la protection des parties faibles dans le droit des conflits de lois. Selon une vue, française et belge, l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, puis du règlement Rome I, n'ont rien changé au droit pour les Etats membres d'imposer leur propre vision de la protection des parties faibles en lui donnant le caractère de lois de police. Après tout, la convention (article 7), puis le règlement (article 9) reconnaissent que leurs dispositions « ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi », si bien que les Etats membres restent souverains dans la protection qu'ils entendent assurer, unilatéralement, aux parties faibles. Cette vision correspond à la vision d'une Europe sociale, ainsi qu'au rôle tutélaire de l'Etat qui correspond aux traditions politiques et sociales de ces Etats membres. A cette vision s'oppose la vision des juridictions des Etats germanophones de l'Europe : l'Autriche et l'Allemagne, où l'on prend au sérieux l'incidence sur cette question de principes inspirés de l'ordolibéralisme.

### 3. Réponse de la jurisprudence franco-belge

Le modèle français comporte deux volers.

En premier lieu, la jurisprudence française permet de protéger par des lois de police les parties faibles qui appartiennent aux catégories identifiées par la convention ou par le règlement, mais elle le fait en dehors des situations pour lesquelles leur protection est prévue par les textes européens. Concrètement, il s'agit d'étendre la protection internationale des consommateurs résidant en France aux consommateurs actifs, qui se sont déplacés dans l'Etat du professionnel. C'est ce qu'a jugé la jurisprudence française en se prononçant sur l'applicabilité internationale des dispositions françaises relatives au crédit à la consommation. Dans une série d'arrêts, la Cour de cassation française a considéré ces dispositions comme des lois de police « d'application impérative pour le juge français »<sup>24</sup> ou « d'application impérative au sens de l'article 7, alinéa 2 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 »<sup>25</sup>. Dans ces cas, il s'agissait pourtant de consommateurs français qui avaient activement recherché des crédits bancaires avantageux en venant se déplacer auprès de la Deutsche Bank ou auprès de la Commerzbank à Frankfurt ; ces banques avaient certainement respecté la législation allemande relative au crédit à la consommation, et ne se doutaient pas de l'applicabilité potentielle – en France – des dispositions françaises, avec leur formalisme inhabituel pour une banque allemande. Et pourtant, c'est ce à quoi aboutissait le mécanisme des lois de police françaises dont les objectifs, tels qu'ils étaient identifiés par la Cour de cassation française, nécessitaient leur application aux contrats conclus par tous les résidents français emprunteurs, indépendamment de la question de savoir s'il s'agissait de consommateurs actifs ou passifs.

En second lieu, le recours aux lois de police a permis à la jurisprudence française de protéger des parties faibles dont la protection n'est pas prévue par les textes euro-

23 Voir S. Franq et E. Jaullu-Seselske, « Les lois de police, approche de droit comparé » in S. Corneloup et N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Paris, Larcos, 2011, p. 357 et s. ; J.-J. Kupfers et S. Migliorini, « Qu'est-ce que sont les lois de police ? – Une querelle franco-allemande après la communication de la Convention de Rome », *Rev. eur. dr. priv.*, 2011, p. 187 et s.

24 *Rev. eur. dr. priv.*, 19 octobre 1999, n° 97-17 650, *Rev. crit.*, 2000, p. 29, note Lagarde.

25 *Civ. 1<sup>re</sup>*, 23 mai 2006, n° 03-15.837, *Rev. crit.*, 2007, p. 85, note Cocteau-Senn.

peûns – des parties faibles autres que les consommateurs, les assurés et les travailleurs par conséquent. L'idée de protection internationale de certaines catégories de professionnels dépendant économiquement d'autres professionnels est l'inspiration derrière la jurisprudence française qui assure, en qualifiant de loi de police la législation française qui y a trait, la protection des sous-traitants pour les immeubles construits en France – une solution très peu répandue en droit comparé, mais une solution qui a paru s'imposer à la Cour de cassation française<sup>26</sup>.

En doctrine française, cette orientation, sociale ou solidariste, de la jurisprudence de la Cour de cassation est en général accueillie avec sympathie ; il semble normal aux auteurs que la jurisprudence utilise ainsi la notion de lois de police à des fins de protection des parties faibles aux contrats<sup>27</sup>.

La jurisprudence belge est similaire à la jurisprudence française, en assurant elle aussi de manière unilatérale la protection des salariés travaillant en Belgique, même si le lieu d'exécution habituel de leur travail est ailleurs<sup>28</sup> et en assurant, par le recours aux lois « de police et de sûreté », la protection des agents commerciaux ou des concessionnaires de vente<sup>29</sup>.

#### 4. Réponse de la jurisprudence germano-autrichienne

Sur l'ensemble de ces points, la jurisprudence allemande et autrichienne est d'un avis contraire à celui de la jurisprudence française et belge. Elle repose sur une évaluation différente, en général soutenue par la doctrine de ces pays, de l'importance de la politique de protection des parties faibles et de la limitation qu'elle impose à l'autonomie de la volonté en droit international privé et au-delà, en dernière analyse, à la liberté d'entreprise.

<sup>26</sup> Ch. mixte, 30 novembre 2007, n° 06-14006 et Civ. 3<sup>e</sup>, 25 février 2009, n° 07-20096, *Rev. crit.*, 2009, p. 728, note M.-E. Ancel. – La détermination du champ d'application nécessaire dans l'espace de la loi française (se rattachant au lieu de travaux de construction, et non au lieu d'établissement de l'entreprise sous-traitante) s'explique par une réflexion de pure politique économique, compte tenu des contraintes résultant de la liberté des prestations de service dans le marché intérieur européen. On la lira non pas, évidemment, dans les motifs des arrêts français, mais dans le rapport du conseiller rapporteur, Mme F. Monégot, publié au *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 2008, n° 679, pp. 31 ss. Voir en particulier ce passage aux pp. 42-43 :

« Les principes du droit communautaire, et en particulier l'article 7 du Traité de Rome qui interdit toute discrimination fondée sur la nationalité, empêcheraient que la situation des sous-traitants sur un même chantier varie en fonction de la nationalité de la société sous-traitante. La protection accordée aux sous-traitants français devrait être imposée aux sous-traitants étrangers intervenant sur un même chantier en France. Sinon, le coût représenté en particulier par le cautionnement établi par un établissement financier entraînerait des différences entre les intervenants, qui porteraient atteinte aux règles de la libre concurrence. Le sous-traitant étranger serait moins onéreux que le sous-traitant français ».

Voir aussi M.-E. Ancel, « La protection internationale des sous-traitants », *Trav. com. fr. dr. int. pr.*, 2008-2010, pp. 223 ss., spéc. pp. 229-230.

<sup>27</sup> Voir p. ex. P. de Vareilles-Sommièras, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit.*, 2011, pp. 207 ss., spéc. p. 244, *Contra*, cependant, L. d'Avouir, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *Dalloz*, 2008, pp. 2165 ss., spéc. p. 2167 ; du même auteur, note au *Dalloz*, 2014, p. 62.

<sup>28</sup> Cf. les données du droit belge sous-secrètes à l'arrêt *Ayblade* de la Cour de justice (*supra*, note 22), ainsi qu'à l'arrêt du 15 mars 2001, *Mazzoleni*, C-165/98, ECLI:EU:C:2001:162.

<sup>29</sup> Voir, en jurisprudence belge, Cass., 14 janvier 2010, *Par*, 2010, p. 119 ; *RCJB* 2013, p. 249, avec une note de M. Treest citant de nombreux précédents, à partir de Cass., 28 juin 1979, *Par*, 1979, I, p. 1260. Voir aussi A. Nuyts, « L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions à partir du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire) », *Rev. crit.*, 1999, pp. 31 ss., 245 ss.

En premier lieu, contrairement à la jurisprudence française, la jurisprudence allemande n'admet pas une protection des consommateurs « actifs », exclue par les dispositions de la Convention de Rome (ou, aujourd'hui, du règlement Rome I), qui se fonderait sur la résidence en Allemagne des consommateurs qui seraient protégés par des lois de police allemandes. Cette jurisprudence se justifie par le souci d'une interprétation *systématique* des textes européens. Là où des dispositions spéciales, comme celles que la Convention ou le règlement complet aux contrats de consommation, assurent une réglementation complète d'un certain type de situation, il n'est pas possible d'aboutir, au moyen de l'application d'une autre disposition de la même Convention ou du même règlement (la disposition, de portée générale, relative aux lois de police) à un résultat contraire à la réglementation expressément des contrats de consommation<sup>30</sup>. Admettre, dans pareil cas, le recours à une protection unilatérale des consommateurs serait priver de son efficacité la volonté d'unification des règles de conflits de lois qui était celle des auteurs des textes européens.

En second lieu, là où ce problème d'interprétation systématique ne se pose pas, la jurisprudence allemande et autrichienne voit une autre difficulté, bien plus fondamentale. En fait, dans plusieurs situations, le problème d'interprétation systématique lui-même ne se pose pas : celle, d'abord, où est en cause une catégorie de parties faibles qui n'est pas spécialement protégée par les textes européens (dans ce cas, il ne peut être question de contradiction avec la solution sur laquelle se sont mis d'accord les auteurs du texte) ; celle, ensuite, du contrat de travail, puisqu'à la différence de la catégorie des consommateurs (qui ne sont protégés qu'à condition d'être des consommateurs passifs), les travailleurs sont protégés par les textes européens sans condition additionnelle<sup>31</sup> ; celle, enfin, où il s'agit de la protection de consommateurs, mais à propos de types de contrats de consommation qui sont expressément exclus, à titre exceptionnel, du champ d'application des textes européens.

Dans ces situations, la difficulté est la suivante : selon la jurisprudence (et la doctrine) allemande et autrichienne, des dispositions protectrices des parties faibles ne sont normalement pas, objectivement, des lois de police. La qualification de loi de police doit, selon cette conception, être réservée aux lois par lesquelles un Etat cherche à protéger, non pas les intérêts privés de telle ou telle catégorie de personnes (fussent-elles les parties faibles aux contrats), mais des *intérêts publics*<sup>32</sup>, que des arrêts de la Cour fédérale allemande appellent des « ordnungspolitische Interessen », des intérêts d'ordonnement public de

<sup>30</sup> BGH, 26 octobre 1993, *BGHZ*, vol. 123, p. 380 ; voir également, dans l'affaire de la « Grande Canarie », le raisonnement plus contestable de BGH, 19 mars 1997, *BGHZ*, 135, p. 124 (trad. fr., *Rev. crit.*, 1998, p. 610, note Lagarde).

<sup>31</sup> Les cas qui sont survenus en jurisprudence allemande (Cour fédérale du travail – *Bundesarbeitsgericht* – arrêts des 24 août 1989, *BAGE*, vol. 63, p. 17 ; 29 octobre 1992, *BAGE*, vol. 71, p. 297 ; 3 mai 1995, *BAGE*, vol. 80, p. 84 ; 12 décembre 2001, *BAGZ*, vol. 100, p. 130 ; 1<sup>er</sup> juillet 2010, *NZA*, 2012, p. 760 ; 22 octobre 2015, *NZA*, 2016, p. 473) concernaient des situations atypiques, ayant trait au cas de salariés achetés dans des transports ou au service d'ambassades étrangères, dans lesquelles la loi applicable aux relations de travail n'était pas la loi du lieu d'exécution habituelle du travail, mais la loi de l'établissement de l'employeur. Pourrait-on imposer l'application de la réglementation allemande du travail, au motif que le travail était accompli en Allemagne ?

<sup>32</sup> Voir, en matière de protection des salariés, la jurisprudence de la Cour fédérale du travail citée *supra*, note précédente et en Autriche l'arrêt de la Cour suprême OGH, 16 septembre 2011, 90bA65/11st, en matière de protection des consommateurs et des sous-traitants, les arrêts allemands cités *infra*.

l'économie<sup>33</sup>. Et, comme l'auteur allemand, des lois qui ne servent qu'à la défense des intérêts privés d'une catégorie de contractants ne pourraient pas devenir des « lois de police » par simple ordre du législateur auquel fait défaut la compétence pour redéfinir, « par ordre du mufti », par oukase, des catégories (comme en l'occurrence celle de « loi de police ») qu'il ne lui appartient pas de définir<sup>34</sup> : c'est l'autonomie des notions du droit européen qui empêcherait définitivement le législateur national de décréter, à des fins de protection des parties faibles, l'application nécessaire ou immédiate de ses lois sous couvert de la notion de « loi de police ».

Cela dit, selon les Cour suprêmes allemande et autrichienne, il n'est pas absolument impossible qu'une loi donnée, servant principalement à la défense des parties faibles, soit reconnue comme étant une loi de police, mais ce sera à condition que cette loi ne serve pas *seulement* les intérêts des parties faibles, mais « au moins également des intérêts publics ». Cependant cette condition est interprétée strictement par la jurisprudence. Ainsi la Cour fédérale allemande s'est servie de ce raisonnement pour décider exactement le contraire de la jurisprudence française en matière de protection des emprunteurs résidant en France<sup>35</sup> : une loi allemande sur le prêt à la consommation, servant à la protection des emprunteurs à l'égard des banques, n'est pas une loi de police, *puisque elle tend principalement à l'égalisation des intérêts entre les parties au contrat*. Il n'est pas nié dans l'arrêt qu'à côté de cette finalité de protection des parties faibles, cette loi puisse également avoir un effet secondaire de protection d'intérêts publics : promotion du principe de l'Etat social, fonction de régulation du bon fonctionnement du marché intérieur européen. Mais tout cela est insuffisant : « pareille protection purement incidente, par effet réflexe, d'intérêts publics » est insuffisante pour la qualification de loi de police<sup>36</sup>.

Selon le même arrêt, les tribunaux ne doivent utiliser la qualification de loi de police qu'avec « retenue » et éviter que la notion de loi de police devienne une « clause échappatoire générale » et remette en cause de manière arbitraire le principe fondamental de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux et, en conséquence, le rattachement uniforme des contrats.

La différence d'inspiration par rapport à la jurisprudence française est belge est évidente. D'ailleurs, la Cour fédérale allemande a utilisé le même raisonnement pour

<sup>33</sup> BGH, 27 février 2003, *BGHZ*, vol. 154, p. 110 ; BGH, 1<sup>er</sup> décembre 2005, *BGHZ*, vol. 165, p. 1728 (ou alors « öffentliche Gemeinwohlinteressen » selon BGH, 13 décembre 2005, *BGHZ*, vol. 165, p. 248) ; voir déjà, en jurisprudence autrichienne, OGH, 25 septembre 2001, 1Ob164/01a (« von öffentlichen Interessen getragener ordnungspolitischer Gehalt »), une formule similaire à celle de la jurisprudence allemande) ; ou encore, reprenant la même formule, OGH, 29 novembre 2016, 9 ObA 53/16h.

<sup>34</sup> P. Manikowski, in Ch. von Bar et P. Manikowski, *Internationales Privatrecht*, vol. I, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C.H. Beck, 2003, n<sup>o</sup> 99.

<sup>35</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, cité *supra*, note 25.

<sup>36</sup> « Ein solcher reflexartiger Schutz öffentlicher Gemeinwohlinteressen reicht für eine Anwendung des § 34 EGBGB nicht aus » : BGH, 13 décembre 2005, préc. *supra* note 33, point 27 – Le même raisonnement est encore mené par BGH, 9 juillet 2009, *BGHZ*, vol. 182, p. 24 ; BGH, 24 septembre 2014, *NW*, 2015, p. 1690, pour rejeter la qualification de loi de police. Celle-ci a été acceptée, en revanche, à propos de lois sanctionnant le comportement déloyal de participants au marché, lois qui servent à la fois à la protection de particuliers et à l'organisation des marchés : en Allemagne, BGH, 1<sup>er</sup> décembre 2005, préc. *supra*, note 33 – En Autriche, la même idée est suivie par OGH, 29 mars 2006, 30Ob220/50 ; un autre postérieur (OGH, 8 mars 2012, 2 Ob 122/11x) énonce dans un *obiter dictum* (auquel il ne faut sans doute pas attacher un poids excessif) que le fait qu'une loi serve à la défense d'intérêts individuels à côté d'intérêts publics rend « pour le moins douteuse » sa qualification de loi de police.

écarter spécifiquement la qualification de loi de police à propos de la législation belge protégeant les sous-traitants<sup>37</sup>.

Tous ces arrêts ont été rendus en application de la Convention de Rome du 19 juin 1980. L'insertion, au cours des négociations du règlement Rome I, d'une référence expresse à « la sauvegarde de ses intérêts publics » dans la définition légale des lois de police (article 9, paragraphe 1<sup>er</sup>, du règlement) pourrait être lu comme une confirmation du point de vue adopté en Allemagne et en Autriche. Mais on peut se demander si vraiment, il est définitivement acquis que le point de vue germano-autrichien s'impose en tous points dans l'interprétation du droit européen :

#### 5. Que dit, que dira vraiment le droit européen ?

La solution définitive de ce désaccord sur un aspect de l'orientation du droit international privé européen, entre les tenants d'une orientation plutôt sociale et ceux d'une orientation plutôt ordolibérale, n'est pas une affaire de consensus scientifique, mais une question d'interprétation des termes employés par le règlement Rome I. L'expérience enseigne que quelle que soit l'importance de leurs enjeux, ces questions d'interprétation finissent par être résolues, une fois pour toutes, par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dont les arrêts, quelle que soit la solution adoptée, finissent par être acceptés par le discours scientifique comme représentant le droit européen positif. Le problème n'est donc pas éternel, mais sera appelé à être résolu selon les principes du plus pur positivisme jurisprudentiel ; un premier arrêt, offrant des éléments de solution, a d'ailleurs déjà été rendu<sup>38</sup>. En attendant que la question soit définitivement résolue, voici quelques éléments de réflexion.

Sur le premier point, celui de l'interprétation systématique des textes européens, le raisonnement de la jurisprudence allemande et autrichienne est difficilement réutilisable. En particulier, si les auteurs des textes européens se sont mis d'accord, au terme de négociations précises, sur un équilibre déterminé entre la protection des consommateurs et les intérêts de leurs cocontractants, le fait pour les juridictions françaises de vouloir protéger *encore mieux* les consommateurs résidant en France semble effectivement injustifiable.

En revanche, sur le deuxième point – celui de la définition même des lois de police, qui est aussi celui de la possibilité de pouvoir assurer une protection de type unitaraliste à des catégories de parties faibles qui ne sont pas mentionnées dans les textes européens –, le point de vue franco-belge n'est pas dépourvu de mérites. Certes, il est indéfinissable que l'entrée en vigueur du règlement Rome I a renforcé l'interprétation germano-autrichienne, en faisant figurer expressément les « intérêts publics » dans la définition désormais légale des lois de police. Mais ceci ne signifie pas nécessairement que le législateur européen a voulu se rallier entièrement à cette jurisprudence, y compris dans son approche restrictive de ce qu'est un « intérêt public », et dans l'opposition qu'elle institue entre la protection des intérêts publics et la protection des intérêts des parties faibles aux contrats. Il n'est pas certain non plus que les auteurs du règlement aient voulu *modifier* l'approche des lois de police telles qu'elle s'était manifestée,

<sup>37</sup> BGH, 20 novembre 2014, *ZIP* 2015, p. 42.

<sup>38</sup> Arrêt du 17 octobre 2013, *United Anwerp Maritime Agencies (Unamar) NV*, C-184/12, ECLI:EU:C:2013:5663 (discuté *infra*).

auparavant, dans la jurisprudence de la Cour de justice : rappelons que l'arrêt *Ingmar*<sup>39</sup> avait traité à une directive européenne en matière de protection des agents commerciaux, professionnels faibles car dépendant économiquement de leur commettant ; et que l'arrêt *Arblade*<sup>40</sup> avait accepté sans discussion la qualification de lois de police et de sûreté donnée par la jurisprudence belge à la protection des salariés pouvant être assurée par la loi du lieu d'accomplissement ponctuel du travail dans le cadre de prestations de services.

L'argument principal en faveur de l'approche franco-belge est toutefois un argument moins technique et plus politique. On peut certes concevoir qu'un (autre) règlement européen contraigne la France ou la Belgique à renoncer à leur vision traditionnelle de la protection des parties faibles en matière internationale. Cependant, il faudrait dans ce cas que ce changement ait été l'objet même de ce règlement. S'il s'agissait, non pas du règlement Rome I, mais d'un règlement ou d'une directive qui aurait été adoptés dans une optique spécifique de promotion du marché intérieur, tendant à l'élimination de cet obstacle à la libre circulation des services que constitue une législation protectrice uniformément applicable sur le territoire d'un Etat membre, alors ce texte s'imposerait évidemment aux juridictions françaises ou belges<sup>41</sup>. Mais est-ce que, en ajoutant deux mots – « intérêts publics » – à la définition des lois de police, les rédacteurs du règlement Rome I ont réellement eu l'intention de limiter considérablement l'autonomie des Etats membres dans la définition des raisons impérieuses d'intérêt général qu'ils étaient autorisés, par la jurisprudence *Arblade*, à invoquer au titre des lois de police ? On peut en douter.

Dans son arrêt *Unamar* du 17 octobre 2013<sup>42</sup>, la Cour de justice a donné une première réponse, partielle, à la question du maintien de cette autonomie des Etats membres. L'affaire *Unamar* est intervenue sur renvoi de la Cour de cassation belge qui entendait faire vérifier s'il était possible d'appliquer comme loi de police une disposition de la loi belge relative au contrat d'agence commerciale qui, tout en transportant en droit belge la directive 86/653 – la même directive qui était en cause dans l'affaire *Ingmar* devant la Cour de justice –, en avait étendu les dispositions aux contrats d'agence relatifs à l'exploitation de services de transport maritime, situation non réglée par la directive elle-même, qui ne s'applique qu'à l'intervention des agents commerciaux dans la conclusion de contrats de vente ou d'achat de marchandises. Cette jurisprudence belge était-elle incompatible avec la notion de loi de police au sens de l'article 9, paragraphe 1, du règlement Rome I ? L'arrêt de la Cour traite comme équivalente la définition des lois de police qu'elle avait donnée par son arrêt *Arblade* et celle que donne le règlement<sup>43</sup> et ne semble donc attacher aucun poids à l'ajout de la référence aux « intérêts publics » dans le texte du règlement. Il commence par vouloir endiguer le recours aux lois de police, qui lui semble être en tension avec les objectifs libéraux des textes du droit international privé européen (référence au

« principe d'autonomie de la volonté des parties au contrat, pierre angulaire de la convention de Rome, reprise dans le règlement Rome I »<sup>44</sup>). Ces considérations sont en harmonie avec la jurisprudence germano-autrichienne. Mais par la suite, l'arrêt décide néanmoins de permettre aux juges nationaux, dans l'application de la notion de lois de police, de donner effet à l'« intérêt particulier » de leur Etat à la protection des parties faibles qui ne font pas partie des catégories protégées par des dispositions de la convention ou du règlement<sup>45</sup>.

Quoiqu'il concerne un cas spécifique (celui de l'extension, par un Etat membre, du champ d'application d'une directive européenne à laquelle le caractère de loi de police avait été reconnu par la jurisprudence préexistante de la Cour de justice elle-même), l'arrêt *Unamar* peut encourager l'interprétation franco-belge de la notion de lois de police, s'agissant de la protection de nouvelles catégories de parties faibles<sup>46</sup>. Du moins la Cour de cassation belge l'a-t-elle compris ainsi, puisqu'elle a décidé, au vu de l'arrêt interprétatif de la Cour de justice, que les dispositions belges en cause devaient effectivement être qualifiées de lois de police, dérogeant à la loi choisie par les parties<sup>47</sup>.

C'est là l'état temporairement actuel de cette question particulière, destiné à se périmier au fur et à mesure de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice. Tel est le sort des questions d'interprétation des règlements européens – comme le sait, mieux que quiconque, notre ami Christian Kohler.

39 Arrêt du 9 novembre 2000, C-381/98, ECLI:EU:C:2000:605.  
40 *Supra*, note 22.

41 La directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (dite « directive Services » ou « directive Bolkestein », d'après le nom du commissaire européen promoteur d'un premier projet qui souhaitait aller plus loin dans le sens de la libéralisation des services et instaurer le « principe du pays d'origine ») aurait pu être un texte de ce type, mais le texte définitif renonce, précisément, à toucher aux règles de droit international privé des contrats (article 3, par. 2). L'opposition au premier projet s'était fait sentir, en particulier, en France et en Belgique.

42 *Supra*, note 38.  
43 Point 48.

44 Point 49.  
45 Point 50.

46 Dans le même sens, voir par exemple – de la part d'auteurs par ailleurs critiques à l'égard de la solution ainsi adoptée – L. d'Avout, « Les directives européennes, les lois de police de transposition et leur application aux contrats internationaux », *Dalloz*, 2014, pp. 60 ss., spéc. p. 62 ; L.M. van Borchove, « Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law », *Frazzetta J. Revu*, 2014, n° 3, pp. 147 ss. ; G. Rühl, « Commercial Agents, Minimum Harmonisation and Overriding Mandatory Provisions in the European Union: The *Unamar* Case », *CMLR*, vol. 53 (2016), pp. 209 ss.

47 Cass., 12 septembre 2014, *Pas*, 2014, p. 1845.