

# Droit économique et lois de police

Jean-Baptiste Racine

DANS **REVUE INTERNATIONALE DE DROIT ÉCONOMIQUE** 2010/1 t. XXIV, 1 , PAGES 61 À 79  
ÉDITIONS **ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ÉCONOMIQUE**

ISSN 1010-8831

ISBN 9782804160821

DOI 10.3917/ride.241.0061

Date de mise en ligne : 16/04/2010

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2010-1-page-61?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...  
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



**Distribution électronique Cairn.info pour Association internationale de droit économique.**

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur [cairn.info/copyright](http://cairn.info/copyright).

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

# DROIT ÉCONOMIQUE ET LOIS DE POLICE

Jean-Baptiste RACINE<sup>1</sup>

**Résumé :** *Les rapports entre droit économique et lois de police sont naturels. Le droit économique est une matière marquée par l'ordre public. En outre, à travers la mondialisation de l'économie, le droit économique a une forte tendance à s'internationaliser. La technique des lois de police, qui permet d'affirmer un ordre public dans le domaine international, a ainsi pour champ privilégié les matières économiques. En cela, cette technique permet de garantir l'effectivité du droit économique à l'échelle internationale, tant dans un objectif de régulation de l'économie que de protection des parties faibles. Toutefois, il existe certains risques d'ineffectivité liés à la stipulation de clauses de règlement des litiges et au contrôle communautaire de la mise en œuvre des lois de police nationales. La solution pourrait venir de l'élaboration d'un ordre public international matériel.*

- 1 Introduction
- 2 L'effectivité internationale du droit économique par le biais des lois de police
  - 2.1 L'ordre public économique régulateur et les lois de police
  - 2.2 L'ordre public économique de protection d'intérêts catégoriels et les lois de police
- 3 L'ineffectivité internationale du droit économique en dépit des lois de police
  - 3.1 La stipulation de clauses de règlement des litiges
  - 3.2 Le contrôle de l'entrave aux échanges en droit communautaire

*Summary*

---

1. Professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis, CREDECO/GREDEG, UMR, 6227, CNRS.

## 1 INTRODUCTION

Le rapprochement entre droit économique et lois de police est, à vrai dire, naturel. En effet, le droit économique est fortement marqué par l'ordre public, à travers la figure bien connue de l'ordre public économique<sup>2</sup>. Il est désormais extrêmement classique de distinguer, à cet égard, l'ordre public de direction et l'ordre public de protection. Par ailleurs, au vu du processus de mondialisation de l'économie, le droit économique a nécessairement tendance sinon à s'internationaliser lui-même, du moins à rencontrer les instruments du droit international privé. L'un des points de contact entre les deux disciplines est la matière des lois de police, technique permettant d'affirmer un ordre public économique dans le domaine international.

On sait que l'ordre public en droit international privé exerce une fonction d'éviction de la loi étrangère désignée par la règle de conflit ou bien du jugement rendu à l'étranger<sup>3</sup>. Dans ce cadre, l'intervention de l'ordre public est exceptionnelle, n'ayant généralement lieu qu'en cas de contrariété à des valeurs essentielles, c'est-à-dire aux « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »<sup>4</sup>. Le caractère exceptionnel de l'intervention de l'ordre public s'explique aisément dans ce schéma : le droit international privé est un droit de coordination entre ordres juridiques. En matière de conflit de lois, il y a donc normalement lieu d'appliquer la loi désignée, sauf s'il s'agit d'une loi étrangère incompatible avec les valeurs essentielles du for.

L'apparition des lois de police a perturbé l'agencement traditionnel. Autrement appelées lois d'application immédiate ou d'application nécessaire, elles ont vocation à revendiquer leur compétence selon leurs propres critères, alors même qu'elles n'appartiennent pas à l'ordre juridique désigné par la règle de conflit<sup>5</sup>. La technique des lois de police, au contraire de l'ordre public d'éviction<sup>6</sup>, est utilisée assez fréquemment dans la jurisprudence<sup>7</sup> et ce, même si beaucoup considèrent que son rôle devrait également être exceptionnel.

2. G. Farjat, *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963. V. aussi R. Savatier, « L'ordre public économique », *D.*, 1965, chr., p. 37 ; J. Mestre, « L'ordre public dans les relations économiques », in Th. Revet (dir.), *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, 1996, p. 33.
3. P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959 ; R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, *op. cit.*, p. 65.
4. Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour*, *Rev. crit. DIP*, 1949, p. 89, note H. Batiffol ; *D.*, 1948, p. 357, note P. L.-P. ; *S.*, 1949, I, 21, note J.P. Niboyet ; *JCP*, 1948, II, 4532, note Vasseur ; B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2006, n° 19, p. 165.
5. P. Mayer, *Répertoire international Dalloz*, V° Lois de police, 1998.
6. Sur les liens entre les deux techniques, N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, thèse Strasbourg, 2003 ; B. Rémy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, 2008.
7. F.-X. Train et M.-N. Jobard-Bachelier, *Ordre public international*, Jurisclasseur Droit international, fasc. 534-1, 2008.

La définition des lois de police, qui a prêté à de nombreuses interrogations, peut désormais être trouvée, en matière contractuelle, dans l'article 9 al. 1 du Règlement « Rome I » du 17 juin 2008<sup>8</sup> selon lequel « *une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement* ». Reprenant ainsi substantiellement la célèbre définition de Francescakis<sup>9</sup>, elle-même consacrée par la CJCE dans l'arrêt *Arblade*<sup>10</sup>, le Règlement « Rome I » mentionne expressément comme élément constitutif des lois de police la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et – c'est ce qui nous intéresse – économique.

Le droit économique a précisément pu être défini comme un droit de l'organisation de l'économie par les pouvoirs publics et/ou les pouvoirs privés<sup>11</sup>. Il existe donc une intimité profonde entre la définition même de la loi de police et celle du droit économique, d'autant plus que le champ privilégié d'intervention des lois de police est la matière économique.

Certains auteurs nient cependant le lien entre loi de police et ordre public<sup>12</sup>. Ils considèrent ainsi que la loi de police ne saurait puiser dans l'ordre public interne, à peine de devenir une catégorie hypertrophiée, et devrait également être distinguée de l'ordre public d'éviction, le mécanisme d'intervention étant très différent<sup>13</sup>. Il nous semble au contraire préférable d'avoir une vision pragmatique de la question. Les lois de police ont pour terreau les matières d'ordre public, à l'exemple particulièrement éclairant du droit économique. Sans se confondre ni avec l'ordre public interne ni avec l'ordre public d'éviction, les lois de police forment une catégorie intermédiaire d'ordre public dont la nature pousse à une application immédiate dans le cadre international par éviction de la règle de conflit, sans pour autant englober toutes les dispositions d'ordre public interne.

À l'heure d'une économie mondialisée, le droit économique est porté à utiliser abondamment la technique des lois de police, étant lui-même un droit marqué par l'ordre public. Il n'est donc pas étonnant de remarquer une utilisation de plus en plus fréquente par les juges de cette technique. On pourrait considérer que les lois de police, trop fréquemment utilisées, perturberaient la sécurité juridique<sup>14</sup> et ne

8. Règlement CE n° 593/2008 du 17 juin 2008 *sur la loi applicable aux obligations contractuelles* (Rome I), *JOUE* L 177 du 4 juillet 2008, p. 6.

9. « Quelques précisions sur les 'lois d'application immédiate' et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 1.

10. CJCE, 23 novembre 1999, *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 710, note M. Fallon.

11. G. Farjat, « La notion de droit économique », *Arch. phil. dr.*, 1992, p. 27.

12. Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2007, n° 129, pp. 145-146.

13. Sur l'existence d'un ordre public de rattachement, v. P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. com. fr. DIP*, 2006-2008, Pédone, 2009, p. 153.

14. É. Loquin, « Sécurité juridique et relations commerciales internationales », in L. Boy, J.-B. Racine, F. Siiriainen (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, p. 467, spéc. p. 477 et s.

laisseraient pas une place suffisante aux règles de conflit en opérant par ailleurs un retour à la *lex fori*<sup>15</sup>. Il nous semble néanmoins que l'évolution est normale, et même souhaitable. Elle est normale, car c'est une conséquence de la mondialisation de l'économie qui entraîne nécessairement une utilisation plus fréquente des instruments du droit international privé. Parmi ceux-ci, la loi de police tient désormais une place de choix. Elle est souhaitable, car la mondialisation de l'économie n'est pas forcément synonyme de plus de liberté<sup>16</sup>. Il nous paraît absolument nécessaire qu'un ordre public accompagne le mouvement. Pour l'instant, les lois de police, avec leurs limites et leurs imperfections, sont un outil permettant de contribuer à la préservation de certains intérêts dont la sauvegarde est nécessaire dans un cadre internationalisé. Cette technique offre le moyen de construire un ordre public lui-même internationalisé. La vieille antienne selon laquelle l'ordre public international est plus réduit que l'ordre public interne ne saurait aujourd'hui servir de directive générale. Si cela est vrai pour l'ordre public d'éviction, en matière de lois de police, nous avons au contraire besoin d'un ordre public effectif, qui ne doit cependant pas se confondre avec l'ordre public interne.

C'est bien d'effectivité qu'il s'agit. Les lois de police permettent d'assurer l'effectivité du droit économique dans l'ordre international. Elles sont en quelque sorte son « bras armé » dans un cadre international (2). Toutefois, il convient d'être réaliste : la mondialisation de l'économie oblige à constater, dans un certain nombre d'hypothèses, l'ineffectivité du droit économique en dépit des lois de police. N'est-on pas alors en présence de lois d'application « semi-nécessaire », à l'impérativité édulcorée ? (3).

## 2 L'EFFECTIVITÉ INTERNATIONALE DU DROIT ÉCONOMIQUE PAR LE BIAIS DES LOIS DE POLICE

La distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection est classique. Elle ne nous semble plus complètement correspondre à la réalité. L'ordre public de « direction » ne coïncide plus avec une véritable politique dirigiste. Conformément aux principes du néo-libéralisme, il s'agit bien plutôt d'un ordre public « régulateur »<sup>17</sup>. Quant à l'ordre public de « protection », il ne protège pas uniquement des intérêts individuels, il protège aussi, et peut-être avant tout, des intérêts catégoriels et contribue ainsi plus largement au bon fonctionnement du marché, voire de la société toute entière. Ces nuances s'appliquent assurément en matière internationale lorsque l'on s'intéresse aux manifestations de l'ordre public économique au

15. Sur les dangers du « *lex forisme* » en la matière, v. M.-L. Niboyet et G. Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2009, n° 192, p. 166.

16. Cl. Champaud, « Mondialisation et droit économique. Introduction », *RIDE*, 2002, p. 171.

17. M.M. Salah, « Les transformations de l'ordre public économique. Vers un ordre public régulateur ? », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, *Mélanges en l'honneur de G. Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 261.

travers du mécanisme des lois de police. Toutefois, même si les deux se recourent largement, dans un but pédagogique, nous étudierons d'abord les rapports des lois de police avec l'ordre public économique régulateur (2.1) et ensuite avec l'ordre public économique de protection d'intérêts catégoriels (2.2) en gardant à l'esprit la convergence très forte de ces deux manifestations de l'ordre public.

## 2.1 L'ordre public économique régulateur et les lois de police

Le droit économique est directement sollicité aux fins d'établir des règles aptes à assurer une forme de régulation de l'économie mondialisée. Il est à cet égard possible d'élaborer des normes internationales et/ou de créer des autorités de régulation internationales. En l'absence de tels mécanismes, ou en complément de ceux-ci, les droits étatiques ont encore vocation à s'appliquer, ce par l'intermédiaire privilégié des lois de police. De la sorte, le procédé permet de maintenir une parcelle de souveraineté étatique. Un État peut ainsi voir sa loi appliquée, selon ses propres critères, quelle que soit par ailleurs la loi normalement compétente pour régir la situation juridique. La loi de police est une manifestation parmi d'autres de la place que conserve l'État dans l'ordre international.

L'un des exemples est le droit de la concurrence, droit «régulateur» s'il en est. Il s'applique en matière internationale par le biais de la technique des lois de police<sup>18</sup>. Certes, l'application du droit de la concurrence se fait le plus souvent en dehors de l'intervention des procédés du conflit de lois. Cette discipline fonctionne dans ses éléments fondamentaux (pratiques anticoncurrentielles et contrôle des concentrations) comme du droit public et/ou du droit répressif<sup>19</sup>. Dès lors que la mise en œuvre du droit de la concurrence est «*essentiellement de type administratif, la technique conflictuelle n'y trouve pas de prime abord sa place*»<sup>20</sup>. En réalité, le mécanisme des lois de police a essentiellement vocation à jouer devant le juge de droit commun, juge étatique ou arbitre, lorsqu'il est chargé d'apprécier la licéité d'une pratique susceptible d'affecter le jeu de la concurrence afin d'en déduire des conséquences civiles. Dans cette perspective, il n'est pas douteux que le droit de la concurrence relève de la méthode des lois de police, tant au regard du droit français que du droit communautaire. Cette qualification résulte de manière particulièrement nette d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu en matière d'arbitrage qui a mis en exergue «*le caractère de loi de police économique de la règle communautaire*

18. L. Idot, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *JDI*, 1995, n° 2, p. 321.

19. Toutefois, le droit pénal n'est pas nécessairement hostile à la technique des lois de police. V. D. Chilstein, *Droit pénal international et lois de police. Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Dalloz, 2003.

20. L. Idot, « Le droit de la concurrence », in A. Fuchs, H. Muir Watt, E. Pataut (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004, p. 255, spéc., p. 259.

du droit de la concurrence »<sup>21</sup>. Une telle qualification est normale au regard de la définition habituelle des lois de police, le droit de la concurrence participant de la sauvegarde de l'organisation économique, celui-ci permettant d'exercer une fonction de régulation de l'économie. Dans un cadre communautaire, le droit de la concurrence est même parfois considéré comme révélateur d'une véritable « *Constitution économique* »<sup>22</sup>.

Le critère d'applicabilité internationale du droit de la concurrence est, dans cette perspective, fort logiquement unilatéral et territorial. Il repose sur la théorie bien connue de l'effet : le droit de la concurrence a vocation à s'appliquer dès lors que l'effet anticoncurrentiel d'une pratique se produit sur le marché protégé<sup>23</sup>. Tout serait très simple s'il n'y avait deux difficultés susceptibles de surgir.

La première est l'articulation entre l'application du droit de la concurrence à titre de loi de police et l'application de la loi normalement compétente pour apprécier les conséquences civiles d'une éventuelle contrariété au droit de la concurrence. On sait en effet que les lois de police n'écartent pas totalement la loi désignée par la règle de conflit ; elles ne s'appliquent que dans leur domaine d'intervention, laissant le champ libre à la loi normalement compétente pour le reste. Par exemple, dès lors qu'un contrat est jugé nul comme étant l'instrument d'une pratique anticoncurrentielle, les effets et conséquences de l'annulation doivent être appréciés en bonne logique par la loi applicable au contrat<sup>24</sup>. De même, en matière de réparation du dommage : si une pratique est jugée anticoncurrentielle par une loi de police, l'indemnisation du préjudice en découlant doit être en principe appréciée en vertu de la loi applicable au dommage<sup>25</sup>, qui correspond, pour une large part, à la loi de localisation de l'effet anticoncurrentiel. Telle est maintenant la règle en vertu du Règlement « Rome II », ce texte déduisant la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte restreignant la concurrence du lieu d'affectation du marché<sup>26</sup>. C'est le propre de

21. Paris, 19 mai 1993, *Sté Labinal c. Sté Mors et Westland Aerospace, RTD com.*, 1993, p. 492, obs. Dubarry et Loquin ; *Rev. arb.*, 1993, p. 645, note Ch. Jarroson ; *JDI*, 1993, p. 957, note L. Idot ; *Europe*, juillet 1993, n° 299.
22. Sur ce débat, v. L. Boy, « Le droit de la concurrence, élément d'une constitution européenne ? », in O. Debarge, T. Georgopoulos, O. Rabaey (dir.), *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruylant, 2008, p. 123.
23. L. Idot, « Le domaine spatial du droit communautaire des affaires », *Trav. com. fr. DIP*, Pédone, 1994, p. 145.
24. Une telle approche a été contestée. On a en effet proposé de raisonner de manière globale en termes de lois de police, y compris sur le terrain des sanctions civiles (A.-M. Licari, « Faut-il prendre en compte les objectifs du droit de la concurrence dans la détermination de la loi applicable aux sanctions civiles des pratiques anticoncurrentielles ? », *Concurrences*, 2007, n° 2, p. 18).
25. L. Idot, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *op.cit.*, p. 332 ; « Les sanctions civiles. Rapport de synthèse », *Concurrences*, 2007, n° 2, p. 48, spéc., p. 54.
26. V. art. 6.3 a) du Règlement du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *JOUE* L-199 du 31 juillet 2007, p. 40 : « La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte restreignant la concurrence est celle du pays dans lequel le marché est affecté ou susceptible de l'être ». V. aussi le b) du même article qui envisage le cas d'une pratique affectant le marché dans plus d'un pays. V. G. Légier, « Le règlement Rome II sur la loi applicable

la méthode des lois de police qui oblige à faire une application combinée de la loi de police et, le cas échéant, de la loi normalement compétente. Le droit communautaire manifeste cependant son caractère invasif en la matière<sup>27</sup>. Il s'intéresse désormais aux caractères de la nullité d'un contrat anticoncurrentiel, celle-ci étant ainsi absolue<sup>28</sup>. Il en découle que l'une des parties au contrat peut l'invoquer<sup>29</sup>. Les actions en dommages et intérêts intéressent également le droit communautaire<sup>30</sup>.

La seconde difficulté est liée aux conflits de lois de police<sup>31</sup>. Dans une économie mondialisée, une pratique anticoncurrentielle est susceptible de déployer ses effets en plusieurs endroits<sup>32</sup>. Une telle circonstance implique l'applicabilité potentielle de plusieurs droits de la concurrence. Dans le domaine des sanctions civiles de la violation du droit de la concurrence, une pratique plurilocalisée donne ainsi naissance à un conflit de lois de police. Encore faut-il qu'il y ait un véritable conflit, c'est-à-dire que les droits de la concurrence sollicitant leur application n'aboutissent pas à des résultats sinon identiques, du moins convergents<sup>33</sup>. Les « vrais » conflits peuvent présenter plusieurs aspects<sup>34</sup>. Nous n'entrerons pas dans le détail des solutions possibles, d'autant plus que, en matière de concurrence, le « vrai » conflit de lois de police est pour une large part encore assez théorique. Contentons-nous de rappeler

---

aux obligations non contractuelles », *JCP*, éd. G., 2007, I, 207, n° 57 et s. Pour une critique, v. V. Pironon, « L'entrée du droit de la concurrence dans le règlement Rome II : une bonne mauvaise idée ? », *Europe*, février 2008, étude 2.

27. L. Idot, « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *RDC*, 2004, p. 882.
28. L. Idot, « Le droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 278. V., aussi, Cl. Lucas de Leyssac et G. Parléani, « L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat », in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle. Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 601 ; M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2006, p. 282.
29. CJCE, 20 septembre 2001, C-453/99, *Courage*, *Rec. I-6297* ; *RDC*, 2003, p. 71, obs. J.-S. Bergé ; CJCE, 13 juillet 2006, C-295/04 à C-298/04, *Manfredi*, *Rec. I-6619*.
30. V., par exemple, le Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, Bruxelles, 2 avril 2008, COM(2008) 165 final. V. S. Amrani-Mekki, « Inciter les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence. Le point de vue d'un processualiste », *Gaz. Pal.*, 24 et 26 mars 2009, p. 5.
31. Sur cette notion, v. P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *JDI*, 1981, p. 277, spéc., p. 328 et s. ; B. Rémy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 394 et s.
32. À l'image, par exemple, des affaires *Empagran* (*F. Hoffmann-La Roche, Ltd. v. Empagran S.A.*, 542, U.S. 155 (2004)) et *Microsoft* (aff. COMP/C-3/37.792, 24 mars 2004 ; aff. T-201/04, 17 septembre 2007).
33. Le droit boursier fournit quant à lui l'exemple, dans le domaine des offres publiques, d'un effet atténué des lois de police. Selon un auteur en effet, « la loi de police de l'autorité boursière ne s'applique pas automatiquement en évinçant toute loi étrangère. Elle n'intervient que dans ses effets atténués. Elle n'intervient pas lorsque la loi étrangère permet de réaliser les objectifs poursuivis par l'État de l'autorité boursière » (X. Boucobza, *L'acquisition internationale de société*, LGDJ, 1998, n° 560, p. 309). Pour la situation à la suite de la loi du 31 mars 2006 transposant la directive OPA, v. E. Bouretz, « Autorité compétente et loi applicable aux opérations boursières : l'exemple des offres publiques transfrontières », in M. Audit, H. Muir Watt, E. Pataut (dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, LGDJ, 2008, p. 93.
34. L. Idot, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 337 et s.

qu'un juge national a la possibilité, aux termes de l'article 7.1 de la Convention de Rome de 1980 et de l'article 9.3 du Règlement « Rome I » du 17 juin 2008, d'appliquer ou de tenir compte<sup>35</sup> des lois de police étrangères. Certes, dans notre cas, le droit de la concurrence du for, dès l'instant où ce dernier réclame son application, a un titre plus fort à intervenir que le droit de la concurrence d'un État étranger. Mais une telle orientation est contestable, car il serait sans doute souhaitable d'appliquer plutôt la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation<sup>36</sup>, qu'il s'agisse de la loi de police du for ou d'une loi étrangère<sup>37</sup>.

On voit ainsi les difficultés qu'il y a à raisonner en termes de lois de police en droit de la concurrence. L'utilisation du procédé est sans doute une étape dans la construction progressive d'un droit international de la concurrence<sup>38</sup>. La technique des lois de police (ainsi que, plus généralement, tout procédé unilatéraliste) gagne en la matière à être dépassée par la construction de règles matérielles internationales<sup>39</sup>, dans notre domaine d'ordre public. C'est poser devant l'arbitre international la question d'un ordre public transnational de la concurrence<sup>40</sup>. Malgré les difficultés encore nombreuses, il nous semble qu'un tel ordre public est susceptible d'exister<sup>41</sup>, notamment à travers la figure des « ententes injustifiables » mise en relief par les travaux de l'OCDE.

Au-delà du seul droit de la concurrence, la technique des lois de police est utilisée dans le droit de la régulation. On peut donc considérer que cette technique est un moyen, parmi d'autres, d'effectuer une régulation de certains secteurs de l'économie. La démonstration en a par exemple été faite dans le secteur bancaire<sup>42</sup>. La loi de police, avec ses forces, mais aussi ses faiblesses, correspond bien à un ordre public à vocation régulateur.

35. E. Fohrer-Dedeurwaerder, *La prise en considération des normes étrangères*, LGDJ, 2008.

36. L. Idot, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *op.cit.*, p. 339.

37. En matière d'arbitrage, v. Ch. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, préf. P. Mayer, Dalloz, 2001, p. 409 et s.

38. W. Abdelgawad, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », *RIDE*, 2001, p. 161 ; C. Plaidy, « Internationalisation du droit de la concurrence », *Jurisclasseur Concurrence-Consommation*, fasc. 52, 2003 ; W. Abdelgawad (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence. Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, Litec, 2008.

39. É. Loquin, *Les règles matérielles internationales*, RCADI, tome 322, 2007.

40. J.-H. Moitry, « Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un ordre public de la *lex mercatoria* ? », *Rev. arb.*, 1989, p. 3 ; W. Abdelgawad, *Arbitrage et droit de la concurrence. Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, LGDJ, 2001.

41. V., de manière générale, P. Lalive, « L'ordre public transnational et l'arbitre international », in *Liber F. Pocar*, A. Giuffrè éd., Milan, 2009, p. 599.

42. M. Béhar-Touchais, « Conflits de lois et régulation économique : les opérations bancaires », in *Conflits de lois et régulation économique, op.cit.*, p. 75.

## 2.2 L'ordre public économique de protection d'intérêts catégoriels et les lois de police

La protection de parties dites en état de faiblesse est le lot de nombreuses lois de police. Le droit français connaît plusieurs situations dans lesquelles la technique visée intervient dans ce domaine. Il en va ainsi en matière de droit de la consommation et de droit du travail, même si ces disciplines donnent également lieu à des règles de conflit spéciales à l'image de celles contenues aux articles 6 et 8 du Règlement « Rome I » du 17 juin 2008 (ce qui suscite de délicats problèmes d'articulation<sup>43</sup>). Plus récemment, c'est la protection du sous-traitant qui a donné lieu à une jurisprudence fournie. Après avoir dit que la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance n'était pas une loi de police<sup>44</sup>, la Cour de cassation réunie en chambre mixte a décidé quelques mois plus tard exactement le contraire en déclarant que « *s'agissant de la construction d'un immeuble en France, la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police au sens des dispositions combinées de l'article 3 du Code civil et des articles 3 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles* »<sup>45</sup>. Le dispositif d'ensemble vise à affirmer un ordre public qualifié classiquement de protection dans le domaine international.

De vives critiques sont généralement portées à l'encontre de l'utilisation des lois de police dans ce cadre. Outre les critiques habituelles envers la technique même des lois de police, son application à la protection d'une partie faible est souvent remise en cause. En schématisant, deux critiques majeures émergent de la doctrine, du moins d'une partie d'entre elle. En premier lieu, la protection va trop loin lorsqu'il s'agirait de professionnels. Il serait dès lors acceptable de protéger des consommateurs ou des salariés. Il le serait beaucoup moins s'agissant de professionnels tels des sous-traitants. Une telle approche peut expliquer qu'en droit français n'ont pas été qualifiées de lois de police les dispositions protectrices de l'agent commercial<sup>46</sup>

43. Au regard de la Convention de Rome de 1980 à propos de la protection du consommateur, v. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, *D.*, 2006, p. 2798, note M. Audit; *RDC*, 2006, p. 1253, note P. Deumier; *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 85, note D. Cocteau-Senn; v. aussi P. de Vareilles-Sommières, « Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation », *D.*, 2006, p. 2464.

44. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 janvier 2007, *D.*, 2007, p. 503, obs. I. Gallmeister; *RDC*, 2007, p. 879, note P. Deumier; *LPA*, 21 août 2007, p. 8, note J.-G. Mahinga; *D.*, 2007, p. 2008, note E. Borysewicz et J.-M. Loncle.

45. Cass. ch. mixte, 30 novembre 2007, *JCP*, éd. G., 2008, II, 10000, note L. d'Avout; *RDC*, 2008, p. 508, note P. Deumier; *Rev. Lamy dr. aff.*, janvier 2008, p. 57, obs. C. Nourissat et C. Pellegrini; *D.*, 2008, p. 753, note W. Boyault et S. Lemaire. Dans le même sens, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 30 janvier 2008, *D.*, 2008, p. 478, note X. Delpéch; *D.*, 2008, p. 2560, obs. L. d'Avout et S. Bollée; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 25 février 2009, n° 07-20.096. V. F. Niggemann et F. Jonglez de Ligne, « Lois de police : entre protectionnisme et loyauté contractuelle », *Rev. Lamy dr. civ.*, décembre 2008.

46. Cass. com., 28 novembre 2000, *JDI*, 2001, p. 511, 1<sup>re</sup> esp., note J.-M. Jaquet.

ou du transporteur<sup>47</sup>. En second lieu, on reproche généralement un dévoiement de la technique des lois de police qui ne serait pas destinée à protéger des intérêts privés, mais plutôt l'intérêt général ou les intérêts publics. Autrement dit, la dérogation à la méthode conflictuelle ne serait acceptable que lorsque les enjeux seraient importants, ce qui ne serait pas le cas de la seule protection des intérêts privés d'une partie en état de faiblesse.

Il est possible de relativiser ces critiques en relevant que la protection d'une partie en état de faiblesse n'est pas le seul objectif poursuivi par les dispositions à l'œuvre. En protégeant une partie, on protège en réalité une catégorie de contractants. Il ne s'agit plus dès lors de seuls intérêts privés, mais également d'intérêts catégoriels ou collectifs<sup>48</sup>. Par ailleurs, la protection, telle qu'elle est conçue, poursuit un objectif d'intérêt général lié au libre jeu de la concurrence et, dans une optique communautaire, au bon fonctionnement du marché intérieur.

Le droit communautaire révèle particulièrement bien de telles logiques. Ainsi, contrairement à la Cour de cassation française<sup>49</sup>, la CJCE a-t-elle admis dans le fameux arrêt *Ingmar* que le dispositif de protection de l'agent commercial devait être qualifié de loi de police au motif que « *le régime prévu par les articles 17 à 19 de la directive [du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants] a ainsi pour objectif de protéger, à travers la catégorie des agents commerciaux, la liberté d'établissement et le jeu d'une concurrence non faussée dans le marché intérieur. L'observation desdites dispositions sur le territoire de la Communauté apparaît, de ce fait, nécessaire pour la réalisation de ces objectifs du traité* »<sup>50</sup>. Il en va de même de la protection du consommateur. Celui-ci n'est pas seulement protégé en tant que tel. Parmi les objectifs poursuivis, il y a la contribution à un meilleur fonctionnement du marché intérieur entre professionnels et consommateurs, en renforçant la confiance des consommateurs<sup>51</sup>. Est également en jeu le relèvement du niveau et de la qualité de vie dans l'ensemble de la Communauté<sup>52</sup>. On ne saurait donc considérer que l'ordre public communautaire en droit de la consommation est, selon les conceptions françaises, un simple ordre public de « protection ». Il est bien plus que cela et s'apparente, sur certains points, à ce que nous sommes habitués à appeler un ordre public de « direction ».

47. À propos de l'action directe du transporteur, v. CA Rennes, 5 septembre 2006, inédit (sur cet arrêt, v. C. Nourissat, « Retour sur les lois de police en matière de contrats internationaux », *Rev. Lamy dr. aff.*, novembre 2006, p. 69). V. aussi Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-13.358, inédit.

48. L. Boy, V° Intérêt(s) collectif(s), in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 634.

49. Cass. com., 28 novembre 2000, précité.

50. CJCE, 9 novembre 2000, *JDI*, 2001, p. 511, 2° esp., note J.-M. Jacquet ; *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 112, note L. Idot. V. L. Bernardeau, « Droit communautaire et lois de police. À la suite de l'arrêt CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar*, aff. C-381-98 », *JCP*, éd. G., 2001, I, 328.

51. V., par exemple, l'exposé des motifs de la Proposition de directive relative aux droits des consommateurs du 8 octobre 2008 (COM(2008) 614 final).

52. CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-168-05, *Mostaza Claro*, *Rev. arb.*, 2007, p. 109, note L. Idot ; *JCP*, éd. G., 2007, I, 168, obs. Ch. Seraglini ; *JDI*, 2007, p. 581, note A. Mourre.

La prise en compte des impératifs de la concurrence dans le cadre de la protection d'intérêts catégoriels a fait tache d'huile. Elle a été invoquée par l'avocat général Guérin à propos de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance<sup>53</sup>. Après avoir rappelé que la protection du sous-traitant s'expliquait par son état de dépendance économique, l'avocat général a défendu la qualification de loi de police, car la loi « répond à des raisons impérieuses d'ordre public, en assurant à la fois la protection de la partie faible, et une concurrence égale pour tous »<sup>54</sup>. On sait que, par son arrêt du 30 novembre 2007, la Cour de cassation a suivi l'avis de l'avocat général en qualifiant la loi de 1975 de loi de police, sans pour autant, bien sûr, s'expliquer sur les raisons profondes d'une telle qualification.

Une loi de police ne protège donc pas seulement des intérêts privés<sup>55</sup>. De même, la protection de professionnels peut être légitime<sup>56</sup>. Des objectifs d'intérêt général sont présents, toutes les fois où il est fait référence à la liberté et l'égalité de la concurrence et, dans le cadre communautaire, au bon fonctionnement du marché intérieur et aux objectifs de la Communauté. Comment dès lors expliquer l'hostilité d'une doctrine – apparemment majoritaire – quant à l'utilisation de la technique des lois de police, spécialement en matière de sous-traitance ? Il est raisonnable d'émettre les hypothèses suivantes, en schématisant nécessairement. Tout d'abord, il peut y avoir une réaction de défense de la méthode savignienne dans la mesure où la prolifération des lois de police ouvre une brèche dans la méthode conflictualiste classique. Certes, ce débat est ancien, mais il semble prendre un tour nouveau au regard de la multiplication récente des lois qualifiées par les juges de lois de police. Ensuite, une hostilité envers les règles impératives peut expliquer l'état d'esprit d'une partie de la doctrine. Les réticences à l'égard des lois de police protectrices rappellent les débats internes portant sur le caractère invasif de l'ordre public de protection. On a parlé à l'époque de « contrat déstabilisé »<sup>57</sup>. N'aurait-on pas peur aujourd'hui d'un « contrat international déstabilisé » ? Ne veut-on pas défendre la liberté des parties en matière internationale comme objectif de politique juridique ? On accepterait alors le jeu des règles impératives, pourvu qu'il soit cantonné à la sphère interne (ce qui serait, dans cette perspective, un moindre mal).

Certes, il n'est pas dans notre propos de sous-estimer les inconvénients de la méthode des lois de police (en termes d'imprévisibilité et de repli sur la loi du for). Mais le débat doit être replacé dans un contexte de mondialisation de l'économie : il est naturel qu'un ordre public accompagne l'accroissement des échanges économi-

53. Avis disponible sur le lien suivant : [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/chambres\\_mixtes\\_2740/guerin\\_avocat\\_11032.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/guerin_avocat_11032.html).

54. Et d'ajouter : « J'estime qu'il est très important, pour la sauvegarde de l'organisation sociale et économique de l'État, que la concurrence ne soit pas faussée entre sous-traitants intervenant en France et que leur protection soit assurée. »

55. En ce sens, M.M. Salah, *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé*, RCADI, t. 315, 2005, p. 141, spéc. p. 220.

56. M.M. Salah, *op. cit.*, p. 233 et s.

57. M. Armand-Prévost et D. Richard, « Le contrat déstabilisé : de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel », *JCP*, 1979, I, 2952.

ques internationaux. Les lois de police, avec toutes leurs imperfections, ne sont qu'un instrument parmi d'autres d'un droit de la mondialisation qui se construit<sup>58</sup>. Nous insistons ici pour dire la nécessité de bâtir un ordre public internationalisé incluant la protection d'intérêts catégoriels (ce qui contribue naturellement au brouillage de la distinction entre ordre public de « direction » et ordre public de « protection »).

La définition donnée des lois de police par l'article 9 du Règlement « Rome I » est-elle de nature à modifier la donne ? Il est vrai que l'article 9.1. vise expressément les lois destinées à sauvegarder des « intérêts publics ». Pour un auteur, « *la notion se 'publicise' et se rétrécit ainsi considérablement ; elle devient presque une peau de chagrin, de nature à remettre en cause les pratiques nationales préexistantes, qui se servent de l'échappatoire des lois de police pour la protection catégorielle des intérêts privés particuliers d'une partie jugée faible* »<sup>59</sup>. Sans pouvoir anticiper avec précision sur l'application future de la disposition par les juridictions nationales et sur son interprétation par la CJCE, il nous semble cependant qu'entre dans la notion d'intérêts publics, au sens large, la protection d'intérêts catégoriels, pour les raisons exposées ci-dessus. Dans ces conditions, il est possible que rien ne change... Il n'en demeure pas moins que le Règlement « Rome I » est le signe d'un affaiblissement potentiel des lois de police. Nous sommes alors confrontés à un risque très réel d'ineffectivité du droit économique dans le domaine international.

### 3 L'INEFFECTIVITÉ INTERNATIONALE DU DROIT ÉCONOMIQUE EN DÉPIT DES LOIS DE POLICE

L'altération de l'impérativité des lois de police est susceptible de provenir de deux phénomènes : la stipulation de clauses de règlement des litiges, d'une part (3.1) et l'application du droit communautaire qui veille à ce que la mise en œuvre des lois de police ne constitue pas une entrave aux échanges, d'autre part (3.2).

#### 3.1 La stipulation de clauses de règlement des litiges

Il s'agit en réalité des clauses attributives de juridiction et des clauses d'arbitrage. Comment la stipulation de telles clauses pourrait-elle amoindrir la force des lois de police et ainsi affecter l'effectivité internationale du droit économique ? Une telle question peut paraître étonnante dans la mesure où la désignation d'une juridiction appelée à trancher un litige est *a priori* une question indépendante de celle de l'application des lois de police. Il n'en est cependant rien. En choisissant leurs juges, les

58. M.M. Salah, *Les contradictions du droit mondialisé*, PUF, coll. Droit, éthique, société, 2002.

59. L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.*, 2008, p. 2165, spéc. p. 2167, l'auteur visant expressément l'arrêt de la Cour de cassation du 30 novembre 2007 sur la sous-traitance.

parties peuvent ainsi espérer éluder l'application de certaines lois de police. Dans un rapport de force inégalitaire, la stipulation de telles clauses peut aussi permettre à la partie puissante de tenter d'éviter l'application de lois de police protectrices de la partie faible. L'effet est décuplé lorsque les parties combinent une clause d'élection de for et une clause d'élection de droit, comme cela est fréquent en pratique.

S'agissant des clauses attributives de juridiction, il convient de faire état de l'arrêt de la Cour de cassation en date du 22 octobre 2008<sup>60</sup>. Dans cette affaire, désormais bien connue, un contrat de distribution exclusive de produits sur le territoire français avait été conclu entre un fournisseur établi aux États-Unis et un distributeur établi en France. Ce contrat contenait une clause attribuant compétence aux tribunaux de San Francisco. En dépit de cette clause, le distributeur français saisit les juridictions françaises d'une action fondée sur l'article L. 442-6 du Code de commerce en ce qu'il était relatif à l'abus de dépendance économique<sup>61</sup>. La Cour d'appel avait écarté la clause attributive de juridiction au motif qu'il s'agissait « *d'appliquer des dispositions impératives relevant de l'ordre public économique constitutives de lois de police* ». L'arrêt est cassé, car « *la clause attributive de juridiction contenue dans ce contrat [...] devait être mise en œuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige* ». Cette décision, rendue sur le terrain du droit international privé commun, est aisément explicable<sup>62</sup>. Elle repose sur la dissociation, qui est le fondement même du droit international privé, de la compétence juridictionnelle et de la compétence législative, du *forum* et du *jus*. L'arrêt de la Cour de cassation va cependant plus loin en décidant que la présence de lois de police ne modifie pas la solution. Autrement dit, l'applicabilité d'une loi de police française ne permet pas d'écarter une clause attribuant compétence à un juge étranger pour donner compétence au juge français. La qualification de loi de police n'entraîne pas de dérogation possible aux stipulations portant sur la compétence juridictionnelle. La décision est assurément marquée du sceau du libéralisme et renforce l'efficacité des clauses de juridiction.

S'agissant des clauses d'arbitrage, l'évolution est parfaitement claire : la présence de lois de police ne rend pas le litige inarbitrable<sup>63</sup>. C'est l'un des apports

60. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 octobre 2008, *JCP*, éd. G., 2008, II, 10187, note L. d'Avout; *D.*, 2009, p. 200, note F. Jault-Seseke; *RDC*, 2009, p. 691, note E. Treppoz; *JCP*, éd. E., 2009, 1409; *Rev. Lamy dr. aff.*, mars 2009, p. 63, note G. Chabot. V., aussi, A. Huet, « Clause attributive de juridiction à un tribunal étranger et loi française de police et de sûreté (étude du droit commun) », *D.*, 2009, p. 684; D. Bureau et H. Muir Watt, « L'impérativité désactivée ? (à propos de Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008) », *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 1.

61. Cet article a été depuis lors modifié à la faveur de la loi du 4 août 2008. L'article L. 442-6-I, 2<sup>o</sup> prévoit désormais qu'engage la responsabilité de son auteur le fait de « *soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* » (V. M. Malaurie-Vignal, *Contrats Conc. Consom.*, novembre 2008, 5; M. Béhar-Touchais, *RDC*, 2009, p. 202).

62. Dans le même sens, en droit américain, v. H. Muir Watt, « L'affaire *Lloyd's* : globalisation des marchés et contentieux contractuel », *Rev. crit. DIP*, 2002, p. 509.

63. J.-B. Racine, « Arbitrabilité et lois de police », *Revue brésilienne de l'arbitrage*, 2009, n<sup>o</sup> 23, p. 79.

de l'arrêt *Labinal* rendu par la Cour d'appel de Paris le 19 mai 1993<sup>64</sup> : les arbitres peuvent non seulement appliquer les lois de police, mais également en sanctionner la violation (en prononçant des sanctions civiles, telles l'annulation et l'attribution de dommages et intérêts<sup>65</sup>). Les lois de police ne sont pas un obstacle à la compétence des arbitres. Dès lors, ceux-ci, bien que juges privés, ont le pouvoir d'appliquer les lois de police alors même qu'elles contribuent à la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique d'un pays. C'est notamment le cas en droit de la concurrence où les arbitres sont régulièrement appelés à se prononcer sur la compatibilité d'un contrat avec les règles de concurrence et sur les conséquences civiles attachées à leur éventuelle violation<sup>66</sup>.

L'affaire est donc entendue : les parties ont la liberté de stipuler des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage sans que l'applicabilité d'une loi de police puisse remettre en cause ce choix. Pour autant, est-il possible de contrôler *a posteriori* l'application (ou la non-application) de la loi de police par le juge étranger ou par l'arbitre ?

À propos de l'effet des jugements étrangers, on sait que la Cour de cassation a abandonné le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger dans le fameux arrêt *Cornelissen*<sup>67</sup>. Il n'est plus possible, par ce biais, de refuser de donner effet à un jugement étranger qui n'aurait pas appliqué une loi de police française. Restent la réserve de l'ordre public international et celle de la fraude. On pourrait considérer que le non-respect par un juge étranger d'une loi de police française est susceptible de constituer une contrariété à l'ordre public international. Toutefois, la solution ne coule pas de source. Encore faut-il intégrer les lois de police dans le domaine de la réserve d'ordre public. Certains considèrent que les lois de police n'y ont pas leur place<sup>68</sup>. Par ailleurs, à supposer une telle intégration possible<sup>69</sup>, toutes les lois de police seraient-elles concernées ? Ne faudrait-il pas opérer un tri entre les lois de police qui incarneraient des valeurs fondamentales et les autres ? Dans cette perspective, les lois de police protectrices d'intérêts catégoriels risqueraient de ne pas être retenues au rang des lois de police « fondamentales ». Le fait que l'arrêt du 22 octobre 2008 se soit prononcé sur l'article L. 442-6 du Code de commerce est intéressant. Cette disposition sanctionnait notamment, avant sa réécriture en 2008,

64. Précité.

65. Ch. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale, op. cit.* ; L.G. Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial international et lois de police*, RCADI, t. 315, 2005, p. 265.

66. L. Idot, « La place de l'arbitrage dans la résolution des litiges en droit de la concurrence », *D.*, 2007, p. 2681.

67. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 février 2007, *D.*, 2007, p. 1115, note L. d'Avout et S. Bollée ; *JDI*, 2007, p. 1195, note F.-X. Train ; *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt.

68. L.G. Radicati di Brozolo, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 1. Cependant, l'auteur réserve, dans sa pensée, quelques exceptions (*ibid.*, pp. 23-24).

69. En ce sens, F.-X. Train, note précitée, p. 1202 ; M.-L. Niboyet, « L'abandon du contrôle de la compétence législative indirecte (le 'grand arrêt' *Cornelissen* du 20 février 2007) », *Gaz. Pal.*, 3 mai 2007, n° 123, p. 2.

l'abus de dépendance économique<sup>70</sup>. En cela, elle était, et est toujours sous une autre formulation, protectrice des professionnels. Certes, sa qualification de loi de police semble être établie<sup>71</sup>, mais, même si cela nous paraîtrait souhaitable, il n'est pas sûr et certain que cette disposition puisse être intégrée au sein de la réserve de l'ordre public utilisée dans l'accueil des jugements étrangers. Ajoutons que dans le cadre des effets en France des jugements étrangers, la révision au fond est prohibée et que la contrariété à l'ordre public s'apprécie nécessairement *in concreto*<sup>72</sup>. Quant à la fraude à la loi, qui a été préservée par la Cour de cassation dans son arrêt *Cornelissen*, elle ne peut fonctionner que pour des cas rares où l'on arriverait à établir une intention de frauder l'application d'une loi de police française. La difficulté est d'autant plus aiguë qu'à la suite du revirement du 20 février 2007, il est certainement nécessaire de démontrer une fraude au jugement plutôt qu'une fraude à la loi<sup>73</sup>. L'ensemble du dispositif laisse donc peu de place à un véritable contrôle des jugements étrangers à travers le prisme des lois de police.

À propos du contrôle des sentences arbitrales, les solutions sont encore plus claires (et plus radicales). Le droit français, depuis l'arrêt *Thalès* de 2004, a choisi une conception ultra restrictive, spécialement dans le domaine du droit communautaire de la concurrence, exigeant une violation de l'ordre public international « *flagrante, concrète et effective* »<sup>74</sup>. Il n'y a donc pas véritablement de contrôle de l'application ou de l'inapplication des lois de police par les arbitres. La reconnaissance de l'arbitrabilité dans ce domaine n'a pas été compensée par un contrôle réel de la décision rendue au fond. La jurisprudence est devenue tellement libérale à l'égard de l'admission des sentences arbitrales que les demandes fondées sur une contrariété de la sentence à l'ordre public international n'ont qu'une chance hypothétique de prospérer.

La situation peut convenir à certains. Il a ainsi été avancé que la validité des clauses de juridiction et d'arbitrage en présence de lois de police était le signe d'une adhésion aux principes du libéralisme économique, spécialement dans le cadre d'une économie mondialisée<sup>75</sup>. Pour le même auteur, les lois de police seraient devenues

70. Abus qui est appréhendé, mais à un autre titre, par l'article L. 420-2 al. 2 du Code de commerce. V., sous l'empire de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, A. Pirovano et M. Salah, « L'abus de dépendance économique : une notion subversive ? », *LPA*, 21 septembre 1990, n° 114, p. 4.

71. V. S. Hotte, *JDI*, 2007, p. 1219 et s.

72. En outre, lorsque la réserve d'ordre public est appliquée, c'est le plus souvent en droit des personnes et de la famille et très rarement en droit économique.

73. P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., 2007, n° 391, p. 291.

74. Paris, 18 novembre 2004, *Thalès*, *Rev. arb.*, 2005, p. 751 ; *JDI*, 2005, p. 357, note A. Mourre ; *JCP*, éd. G., 2005, I, 134, n° 8, obs. Ch. Seraglini ; *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 104, note S. Bollée. V. L.G. Radicati di Brozolo, « L'illicéité 'qui crève les yeux' : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt *Thalès* de la Cour d'appel de Paris) », *Rev. arb.*, 2005, p. 529. V. aussi, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juin 2008, *SNF/Cytec*, *Rev. arb.*, 2008, p. 473, note I. Fadlallah ; *JDI*, 2008, p. 1107, note A. Mourre.

75. L.G. Radicati di Brozolo, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », *op. cit.*, p. 25.

des règles d'application « *semi-nécessaire* » ou « *quasi nécessaire* », « *du moment qu'elles perdent leur caractère d'application nécessaire chaque fois que ce n'est pas le juge du for qui exerce la juridiction* »<sup>76</sup>. Il est vrai que prôner la nullité ou l'inefficacité des clauses de juridiction ou d'arbitrage en cas d'applicabilité d'une loi de police ne serait pas acceptable en l'état d'une économie mondialisée. Ce serait une attitude de méfiance, confinant au nationalisme et au repli sur soi. Il n'en demeure pas moins que la reconnaissance de la validité de telles clauses dans notre domaine entraîne nécessairement une édulcoration des lois de police, autrement dit un « *phénomène de dilution de l'impérativité* »<sup>77</sup>. En termes économiques, la mondialisation permet et introduit une mise en concurrence des lois et des juridictions nationales<sup>78</sup>. Dès lors, il y a bel et bien un effet d'atténuation des ordres publics nationaux<sup>79</sup>. La conséquence en est une perte d'effectivité du droit économique dans l'ordre international. Comme l'écrivent des auteurs, « *on relève une réduction significative de l'impact effectif de certaines règles de droit économique pourtant réputées indérogeables lorsqu'elles sont mises en œuvre directement par les autorités du for* »<sup>80</sup>.

Il convient néanmoins de ne pas être trop alarmiste. Il n'est en effet pas exclu qu'un juge étranger, selon ses propres critères, applique ou tienne compte d'une loi de police étrangère. Certes, dans le cadre du Règlement « Rome I », la possibilité de prendre en considération les lois de police étrangères a été restreinte par rapport à la Convention de Rome<sup>81</sup>. Toutefois, il est possible d'imaginer et d'espérer à l'avenir une prise en compte des lois de police étrangères tant les valeurs défendues et les objectifs poursuivis par les différents États se rapprochent à l'heure actuelle (comme en matière de concurrence)<sup>82</sup>. Quant aux arbitres, il n'est pas certain qu'ils appliquent moins souvent ou plus mal qu'un juge national les lois de police étatiques. D'évidence, ils ne sont pas les défenseurs naturels des politiques législatives poursuivies par les États. Mais l'intérêt bien compris des arbitres dans le cadre de ce que nous pouvons appeler « l'ordre juridique arbitral » est de respecter les intérêts que les États entendent défendre dans l'ordre international par le biais des lois de police. Il en va de la crédibilité de l'arbitrage, de son aptitude à allier les intérêts privés et les intérêts publics. Même si l'arbitrage est loin d'être en danger, les arbitres, étant devenus les juges de droit commun des litiges commerciaux internationaux, doivent selon nous endosser de nouvelles tâches : ne plus être exclusivement les juges du contrat, mais également participer, à leur manière, à la régulation de l'économie mondialisée.

76. *Op. cit.*, n° 37, p. 35.

77. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, PUF, 2007, tome I, n° 557, p. 563.

78. H. Muir Watt, *Aspects économiques du droit international privé*, RCADI, t. 307, 2005.

79. G. Farjat, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 152.

80. D. Bureau et H. Muir Watt, *op. cit.*, p. 564.

81. L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *op. cit.*

82. Il convient néanmoins d'être réaliste : en l'état du droit positif, dans certains domaines, les objectifs poursuivis par les États sont tout à fait différents, de telle sorte que manque la condition de « fongibilité » entre les lois (D. Bureau et H. Muir Watt, *op. cit.*, n° 559, p. 565, les auteurs prenant l'exemple du droit de la faillite).

### 3.2 Le contrôle de l'entrave aux échanges en droit communautaire

La mise en œuvre d'une loi de police nationale est susceptible de constituer une atteinte aux libertés de circulation posées par le droit communautaire. La question est fort bien connue<sup>83</sup>, et illustre de manière plus générale les liens entre droit communautaire et droit international privé<sup>84</sup>. L'État d'accueil ne peut normalement pas imposer l'application de l'une de ses lois de police à l'encontre de l'application de la loi du pays d'origine en portant atteinte, ce faisant, aux libertés de circulation garanties par le droit communautaire primaire. Il en va cependant autrement s'il est possible d'établir que la mesure constituant l'entrave est justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elle n'est pas discriminatoire, qu'elle est proportionnée aux objectifs à atteindre et que l'intérêt poursuivi n'est pas déjà assuré par les règles de l'État d'origine<sup>85</sup>. Dans cette perspective, c'est notamment la notion d'équivalence qui permet de confronter la loi de l'État d'accueil à la loi du pays d'origine<sup>86</sup>. Dès lors, les lois de police nationales sont soumises à un test de compatibilité avec le droit communautaire. Dans une controverse célèbre, certains s'en sont émus à l'occasion de la proposition de Règlement « Rome I » de 2005 considérant que « *l'objectif ultime est l'abolition pure et simple de la plupart des règles impératives en matière contractuelle* »<sup>87</sup>. La critique est bien entendu excessive, dans la mesure notamment où les lois de police nationales ne sont pas systématiquement considérées comme constituant des entraves aux échanges<sup>88</sup>. Toutefois, le contrôle exercé sur les lois de police nationales restreint potentiellement la faculté des États de réglementer comme ils l'entendent certains secteurs de l'économie. Ainsi, dans l'affaire *Inspire Art*<sup>89</sup>, la loi de police néerlandaise imposant certaines règles

83. E. Pataut, « Lois de police et ordre juridique communautaire », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, op. cit., p. 117 ; Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, op. cit., p. 158 et s.

84. V., notamment, L. Idot, « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *LPA*, 12 décembre 2002, n° 248, p. 27.

85. En droit du travail, v. CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, précité ; CJCE, 15 mars 2001, *Mazzoleni*, *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 495, note E. Pataut ; en droit des sociétés, v. CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, *D.*, 2004, p. 491, note E. Pataut ; *JDI*, 2004, p. 916, note M. Menjucq ; *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 151, note H. Muir Watt.

86. H. Gaudemet-Tallon, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ? », in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Mélanges P. Lagarde, Dalloz, 2005, p. 303, spéc., p. 315 et s.

87. Collectif, « L'Union européenne, la démocratie et l'État de droit : lettre ouverte au président de la République », *JCP*, éd. G., 2006, act. 586. V. la réponse collective d'autres universitaires, « Observations sur la lettre ouverte au président de la République intitulée 'L'Union européenne, la démocratie et l'État de droit' », *JCP*, éd. G., 2007, act. 18 ; et la réplique de V. Heuzé, « L'honneur des professeurs, explication d'une lettre ouverte sur l'Union européenne, la démocratie et l'État de droit », *JCP*, éd. G., 2007, I, 116.

88. V. par ex. l'arrêt *Mazzoleni* (précité) rendu à propos d'une loi fixant une rémunération minimale à payer aux salariés. Dans le même sens v. l'arrêt *Arblade* (précité).

89. Précité.

contraignantes (en termes de publicité, de capital minimal et de responsabilité des administrateurs) aux sociétés constituées dans un autre État exerçant une activité aux Pays-Bas a-t-elle été jugée contraire à la liberté d'établissement. En droit du travail, les très célèbres arrêts de la CJCE rendus dans les affaires *Viking*<sup>90</sup> et *Laval*<sup>91</sup> ont introduit une limitation de l'exercice du droit de grève au nom de la liberté d'établissement et de la liberté de prestation de services<sup>92</sup>. Par ailleurs, le contrôle exercé accroît l'imprévisibilité : il est parfois difficile d'identifier une loi de police ; une fois identifiée comme telle, la loi doit, en plus, passer un test de compatibilité avec le droit communautaire dont le résultat n'est pas garanti à l'avance (en raison par exemple de l'utilisation de critères flous comme celui de proportionnalité). Le droit communautaire entraîne ainsi un double risque : celui de l'ineffectivité des lois de police nationales exprimant une politique des États et celui d'un renforcement de l'imprévisibilité des solutions.

Une tendance forte est cependant à l'œuvre. Il y a en effet un déplacement de l'impérativité à l'échelle communautaire. Si le droit communautaire contrôle les lois de police nationales en ce qu'elles peuvent constituer des entraves aux échanges, il établit lui-même des lois de police. On l'a vu avec les articles 81 et 82 du Traité CE<sup>93</sup> (renumérotés 101 et 102 à la suite de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne) et avec l'arrêt *Ingmar*<sup>94</sup>. De même, l'article 3.4 du Règlement « Rome I » prévoit que « lorsque tous les éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for ». Cette disposition concerne le choix d'une loi d'un État tiers à l'Union européenne en présence d'un contrat « intracommunautaire ». Dans ce cas, les dispositions impératives du droit communautaire s'appliquent. Cet article ne renvoie pas nécessairement à la notion de loi de police<sup>95</sup>. Il s'agirait plutôt d'une forme d'ordre public communautaire bâti sur le modèle de l'ordre public interne. Quoi qu'il en soit, le droit communautaire est fortement marqué par l'ordre public<sup>96</sup>. C'est une évolution remarquable de l'ordre public (et plus spécialement des lois de police). L'évolution est logique au regard de l'expansion du droit communautaire et elle correspond assez bien à une logique

90. CJCE, 11 décembre 2007, aff. C-438-05, *Rec. I*-10779.

91. CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-341-05, *Rec. I*-11767.

92. M. Fallon, « Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes », *Rev. crit. DIP*, 2008, p. 781. Pour une critique, v. E. Dockès, « Sens et contresens dans la jurisprudence relative aux droits de l'homme dans l'entreprise », in L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, 2009, p. 245.

93. V. *supra*.

94. Précité.

95. V. P. Deumier et J.-B. Racine, « Règlement Rome I : le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle », *RDC*, 2008, p. 1309, spéc., p. 1317 et s.

96. D. Archer, *Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflits de lois)*, thèse Cergy-Pontoise, 2006.

d'économie mondialisée. Il faut en effet un ordre public lui-même internationalisé (ou communautarisé) de manière à en renforcer l'effectivité dans le cadre d'une économie mondiale qui décuple la liberté des parties. Certes, des inconvénients existent. Il est à craindre que tout le droit communautaire soit considéré comme d'ordre public<sup>97</sup>. Le risque est alors de faire face à un ordre public tentaculaire. Il n'en demeure pas moins qu'à l'effacement des ordres publics nationaux correspond, et c'est heureux, le développement d'un ordre public régional.

### **SUMMARY : ECONOMIC LAW AND MANDATORY RULES ("LOIS DE POLICE")**

*The interfaces between economic law and mandatory rules or "lois de police", are obvious since economic law rules are related to the public order, and are of mandatory character in nature. The trend we have witnessed toward the internationalization of the economic law is a direct consequence of the globalization of the economy. The emerging international public order results from the increased enforcement of mandatory rules ("lois de police"), at an international level, especially in areas related to economic law. The international application of mandatory economic rules not only guarantees the regulation of the market at the international level, but also ensures a better protection of the economically weaker business actors. However this trend of setting up an international economic order by applying economic related rules can be hindered by the freedom of the economic actors to contractually regulate their potential litigations. Hence by exercising their freedom to choose the applicable law, to conclude forum choice agreements, or to solve their dispute by arbitration, economic actors can potentially hinder the effectivity of the mandatory economic rules. The community control of the enforcement of the national mandatory rules ("lois de police nationales") can also potentially undermine their enforceability. A solution could come from the setting up of an international public order, with international substantive rules of mandatory applicability.*

**Mots clés :** droit économique, lois de police, droit international privé, clause d'arbitrage, clause attributive de juridiction, droit communautaire, ordre public économique, droit de la concurrence

**Keywords :** economic law, mandatory rules ("Lois de police"), private international law, arbitration clause, choice of forum agreements, community law, public economic order, competition law

**Subject Descriptors (Econlit Classification System):** K 120, K 330, K410, L 420

97. V., spécialement en droit de la consommation, L. Gannagé, «La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation», in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 421.