



Article scientifique

Article

2007

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le choix des principes Unidroit par des contractants à l'épreuve des
dispositions impératives

Romano, Gian Paolo

How to cite

ROMANO, Gian Paolo. Le choix des principes Unidroit par des contractants à l'épreuve des dispositions impératives. In: Journal du droit international, 2007, vol. 134, n° 2, p. 473–495.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:46476>

Gian Paolo Romano*

Le choix des Principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives

On sait qu'au sujet de la possibilité pour les contractants de choisir les Principes UNIDROIT en tant que loi applicable à leur contrat, les esprits se divisent. Si l'on s'accorde en général à distinguer entre un véritable choix de *loi – kollisionsrechtliche Rechtswahl* selon la terminologie allemande, plus immédiatement efficace sur ce point – et un simple choix de *réglementation matérielle* incorporée dans le contrat – *materiellrechtliche Rechtswahl*¹ –, certains auteurs avancent qu'en l'état législatif actuel, notamment de la Convention de Rome, seul le second type d'élection² est ouvert aux parties et que c'est dans ce seul sens qu'il faut interpréter la volonté le cas échéant manifestée par elles de se soumettre aux Principes.³ Pour d'autres auteurs, en revanche, il leur serait d'ores et déjà loisible de situer la désignation des

* Docteur en droit, collaborateur scientifique de l'Institut suisse de droit comparé.

¹ V. p. ex., de manière tout à fait explicite, BOELE-WOELKI K., « Principles and Private International Law », 1 *Unif. L. Rev.* 652 n.s. (1996), p. 652 s., spéc. 663 s.; MANKOWSKI P., « Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschaftsverkehrs », *R.I.W.*, 2003, p. 2 s., spéc. p. 11; FERRARI F., « Le champ d'application des "principes pour les contrats commerciaux internationaux" élaborés par UNIDROIT », *R.I.D.C.*, 1995, p. 985 s., spéc. p. 988; GIARDINA A., « I Principi UNIDROIT quale legge regolatrice dei contratti internazionali (i Principi ed il diritto internazionale privato) », in BONELL M.J. (ed.), *Un « Codice » internazionale del diritto dei contratti : i Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*, Milano, 1995, p. 55 s.; VISCHER F., « The Relevance of the UNIDROIT Principles for Judges and Arbitrators in Disputes Arising out of International Contracts », 1 *Eur. J.L. Ref.* 203 (1999), spéc. p. 203 et p. 210; WICHARD J.C., « Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte », *RabelsZ*, 1996, p. 269 s., spéc. p. 284; LEIBLE S., « Aussenhandel und Rechtssicherheit », *ZvglRWiss.*, 1998, p. 286 s., spéc. p. 313; BERGER K.P., « Die Unidroit-Prinzipien für Internationale Handelsverträge, Indiz für ein autonomes Weltwirtschaftsrecht ? », *ZvglRWiss.*, 1995, p. 217 s.; MICHAELS R., « Privatautonomie und Privatkodifikation », *RabelsZ*, 1998, p. 596 s.; DROBNIG U., « The UNIDROIT Principles in the Conflict of Laws », 3 *Unif. L. Rev.* 385 (1998), spéc. p. 386.

² Sur l'utilisation du terme *electio iuris* en droit interne, v. *infra*, Para. I.B.2 et note 22.

³ FERRARI F., « Le champ d'application », cit., spéc. p. 988; KESSEDIAN C., « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : Les Principes proposés par l'Unidroit », *Rev. crit.*, 1995, p. 641 s., spéc. p. 658; DROBNIG U., « The UNIDROIT Principles in the Conflict of Laws », cit., p. 394; VAN HOUTTE H., « The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts », *Rev. dr. aff. int.*, 1996, p. 1 s., spéc. p. 9; POLAK M.V., « Principles en IPR : geen broodnodig en pasklaar alternatief "recht" », *W.P.N.R.*, 1996, p. 391 s., spéc. p. 392; PARRA-ARANGUREN G., « El proyecto de "Principios" de Unidroit – Aspectos de Derecho internacional Privado », in BONELL M.J. / SCHIPANI S. (eds.), *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, Padova, 1996, p. 35 s., spéc. p. 42; BAPTISTA L.O., « Os "Projeto de Principios para contratos comerciais internacionais" da Unidroit, Aspectos de Direito internacional privado », *ibidem*, p. 23 s., spéc. p. 30-31; LARROUMET Ch., « La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *J.C.P. éd. G.*, 1997 I 4011 no. 17; PERALLIS VISCASILLAS M., « El derecho uniforme del Comercio Internacional : los Principios de Unidroit », *Rev. der. merc.*, 1997, p. 221 s., spéc. p. 238; MICHAELS R., « Privatautonomie und Privatkodifikation », *RabelsZ*, 1998, p. 580 s., spéc. p. 597 s.; BLASE F., *Die Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts als Recht grenzüberschreitender Verträge*, Frankfurt a.M., 2001, spéc. p. 192 s.; STORME M.E., « Applications possibles et caractères généraux des Principes de droit uniforme des contrats », *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1993, 309 s., spéc. p. 313 s.; MANKOWSKI P., « Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl », cit., spéc. p. 11; v., du même auteur, « Stillschweigende Rechtswahl und wählbares Recht », in LEIBLE S. (ed.), *Das Grünbuch zum internationalen Vertragsrecht*, München, 2004, p. 63 s., spéc. 91.

Principes sur le plan proprement conflictuel, à l'instar de n'importe quelle loi étatique.⁴ La lettre de la Convention sur ce point n'est pas jugée à tel point décisive⁵ qu'elle empêche chacun d'y donner l'interprétation la plus en harmonie avec ce qui devrait, pour lui, être le droit. Si le projet de Règlement communautaire dit « Rome I » tranche expressément en faveur de la seconde option,⁶ prêtant ainsi le flanc aux griefs des tenants de la première, il n'est pas sûr que la disposition y relative passera dans le texte définitif et, en tout cas, aussi longtemps que le Règlement ne sera pas en vigueur, l'incertitude est vouée à persister.

Il n'est pas certain que la question ait des retombées pratiques aussi importantes qu'on le prétend généralement.⁷ Il n'est en effet pas exclu que l'admission de la seule *materiellrechtliche Rechtswahl* soit susceptible d'aboutir à des résultats pratiquement équivalents à ceux que souhaitent les zéloteurs de la *kollisionsrechtliche Rechtswahl*. C'est bien ce que ces pages s'emploient à vérifier. Puisqu'il semble que la question gravite autour du type et du nombre des dispositions impératives applicables,⁸ dont on laisse en général entendre, mais sans guère s'y attarder, qu'ils seraient différents selon le parti auquel on veut se rallier,⁹ ce sont bien ces dispositions

⁴ LANDO O., « Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations », *7 King's College L. J.* 55 (1996/1997), p. 62 ; STRIKWERDA L., « Kroniek van het internationaal privaatrecht », *Ned. Jbld.*, 1996, p. 408 s., spéc. p. 411 s. ; BOELE-WOELKI K., « Principles and Private International Law », cit., spéc. p. 663 (v. du même auteur, « Die Anwendung der UNIDROIT-Principles auf internationale Handelsverträge », *IPRax*, 1997, p. 166 s., spéc. 164 s.) ; WICHARD J.C., « Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien », cit., spéc. p. 282 s. ; STEENHOFF G.J.W., compte rendu de STRIKWERDA L., *De overeenkomst in het IPR*, 1995, *N.T.B.R.*, 1997, p. 196 s., p. 198 ; LEIBLE S., « Aussenhandel und Rechtssicherheit », cit., p. 313 s. ; PATOCCHI P.M. / FAVRE-BULLE X., « Les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international. Une introduction », *Sem. Jud.*, 1998, p. 569 s., p. 603 s. ; DUTOIT B., in VON HOFFMANN B. (ed.), *European Private International Law*, 1998, p. 39 s., spéc. p. 44 ; VISCHER F., « The Relevance of the UNIDROIT Principles », cit., spéc. p. 210 s. ; SCHILF S., *Allgemeine Vertragsgrundregeln als Vertragsstatut*, Tübingen, 2005, passim ; rapp. BERGER K.P., « Die Unidroit-Prinzipien für Internationale Handelsverträge », cit., spéc. p. 224.

⁵ V. p. ex. LEIBLE S., « Aussenhandel und Rechtssicherheit », cit., p. 314 ; WICHARD J.C., « Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien », cit., spéc. p. 282 s. ; *contra* MICHAELS R., « Privatautonomie und Privatkodifikation », cit., p. 597.

⁶ Art. 3 § 2, 1^e phrase de la Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), présentée par la Commission le 15 décembre 2005, COM(2005) 650 final : « Les parties peuvent également choisir comme loi applicable des principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire » ; v. pour un commentaire de cette disposition, LEIN E., « Proposal for A Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations – A Short Commentary », *Yearbook P.I.L.*, 2005, p. 391 s., spéc. p. 400 s.

⁷ V. SCHILF S., *Allgemeine Vertragsgrundregeln*, cit., p. 418 : « The question of whether (...) the UNIDROIT Principles (...) could be applied as the law governing the contract is of utmost practical importance » ; en revanche, pour MANKOWSKI P., « Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl », cit., p. 11, cette question est « von überragendem theoretischem Interesse » ; cf. ég. GIARDINA A., « I Principi UNIDROIT », cit., p. 58.

⁸ V. MICHAELS R., « Privatautonomie und Privatkodifikation », cit., p. 596 s. ; BERGER K.P., « Die Unidroit-Prinzipien für Internationale Handelsverträge », cit., p. 224 ; DROBNIG U., « The Use of the UNIDROIT Principles by National and Supranational Courts », *International Chamber of Commerce, UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts, A New Lex Mercatoria ?*, 1995 (ICC Publication, 490/1), p. 223 s., spéc. p. 226 ; KESSEDIAN C., « Un exercice de rénovation des sources », cit., p. 657 s. ; GIARDINA A., « Les Principes UNIDROIT sur les contrats internationaux », *Chunet*, 1995, p. 547 s. ; LEIBLE S., « Aussenhandel und Rechtssicherheit », cit., p. 313.

⁹ D'après l'art. 1.4 des Principes, consacré aux « règles impératives », « ces Principes ne limitent pas l'application des règles impératives, d'origine nationale, internationale ou supranationale, applicables selon les règles pertinentes du droit international privé ». Faut-il croire que cette disposition entend réserver, en sus des règles impératives *internationales* ou « lois de police », également les règles impératives dites *internes* (v. pour cette différence, *infra*, Section I.A) appartenant à la loi applicable au contrat selon les règles de d.i.p. pertinentes ? Sur ce que rien de concluant à cet égard ne se laisse déduire de la formule adoptée par l'art. 1.4, v. BERGER K.P., « Die Unidroit-Prinzipien für Internationale Handelsverträge », cit., p. 217.

qui nous retiendront. Aussi convient-il tout d'abord de rappeler à très larges traits la notion de dispositions impératives qui se dégage de la texture de la Convention de Rome (I), puis on mettra le choix des Principes UNIDROIT à l'épreuve de celles-ci (II).

I. Dispositions impératives et Convention de Rome

La Convention de Rome ménage une place à la fois aux dispositions impératives qu'on qualifie d'*internes* et à celles qu'on dénomme *internationales* (A). Le critère de distinction entre les unes et les autres communément invoqué, fondé sur la différence de *source* entre la norme incompatible avec la disposition impérative interne, d'une part, et la norme incompatible avec la disposition impérative internationale, d'autre part, ne semble pas à lui seul décisif (B). Il convient plutôt de prendre appui sur le constat de la variabilité de la charge d'*impérativité* d'une disposition selon le degré de *proximité* entre la situation et l'Etat qui l'édicte et de rechercher les raisons de cette corrélation (C). La découverte de celles-ci permet en effet de vérifier si, lorsqu'une disposition n'est pas impérativement applicable à un contrat international, elle est, à l'égard de ce contrat, *facultative* ou *disponible* pour les parties voire *supplétive* de leur volonté (D).

A. Place des dispositions impératives internes et internationales dans la Convention de Rome

On considérera tout d'abord les dispositions impératives *internes* (1), puis les dispositions impératives *internationales* (2).

1. Dispositions impératives internes

Nul n'ignore qu'un contrat qui est entièrement rattaché à un seul pays et dont le seul élément tourné vers l'étranger est représenté par le choix des contractants en faveur de la loi d'un autre pays, est déjà justiciable de la Convention de Rome.¹⁰ Celle-ci tient ce choix pour valable en soi ; pour autant, il ne peut pas – ainsi que l'art. 3 § 3 de la Convention nous l'apprend – porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi du pays dans lequel l'intégralité des éléments du contrat est localisée « ne permet pas de déroger par contrat ». Aussi bien, les contractants ne peuvent-ils se prévaloir de l'élection d'une loi étrangère que dans l'exercice de la liberté contractuelle que le seul Etat objectivement rattaché leur accorde ; par ce choix, il leur est loisible d'écartier les seules dispositions *supplétives* de volonté de la loi de cet Etat. C'est bien sûr au législateur de celui-ci qu'il appartient de décider, de façon par ailleurs parfaitement autonome, à la fois quel est le contenu qu'il convient de donner aux dispositions qu'il édicte en matière contractuelle et quelle est la nature, impérative ou supplétive, qu'il est bon d'attribuer à chacune d'entre elles. En cas d'incertitude sur

¹⁰ V. LAGARDE P., « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit.*, 1991, p. 287 s., p. 293 ; BONOMI A., *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zürich, 1998, p. 18 ; TREVES T., « Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 », in TREVES T. (ed.), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, p. 25 s.

cette nature – ce qui n'est pas rare¹¹ – ce sont les juges de ce pays qui trancheront en se substituant au législateur. Les juges des autres pays n'ont quant à eux qu'à respecter dans la mesure du possible, aussi bien le contenu de chaque règle que leur nature, tels qu'ils se dégagent du droit législatif ou jurisprudentiel de l'Etat en question.

2. Dispositions impératives internationales

Il suffit qu'un seul élément d'extranéité de quelque importance dans l'économie du rapport,¹² s'y introduise non frauduleusement¹³ pour que l'art. 3 § 3 de la Convention de Rome cesse d'être applicable. Faut-il pour autant conclure que l'Etat en question, dont on supposera qu'il est toujours celui auquel conduirait la mise en œuvre de l'art. 4, soit par là même automatiquement dépourvu de la possibilité d'intervenir dans le règlement contractuel par l'entremise de ses dispositions impératives ?¹⁴ Assurément non : il le peut toujours, sauf qu'en présence d'un choix de loi par les parties, c'est l'art. 7 de la Convention qui l'y autorise.¹⁵ Ces dispositions – dit-on alors – dans la mesure où l'Etat entend en prolonger l'efficacité à ce contrat international, ne sont pas (seulement) impératives sur le plan *interne*, mais (également) sur le plan *international* ; elles s'imposent à titre de « dispositions internationalement impératives » ou de « lois de police ». ¹⁶ Ici de nouveau, il appartient au législateur de l'Etat en question de déterminer si et dans quelle mesure il souhaite appliquer ses règles impératives à un contrat objectivement international.¹⁷ On se prend alors à se

¹¹ V. PERES-DOURDOU C., *La règle supplétive*, Paris, 2004, p. 300 : v. p. ex. en France, la controverse au sujet de la nature supplétive ou impérative des articles 26 à 29 de la loi n° 69-8 du 3 janvier 1969 en matière de remorquage maritime, rapportée par l'auteur, à p. 284 s.

¹² C'est, pour certains auteurs, la condition permettant d'exclure le régime de l'art. 3 § 3 de la Convention de Rome : v. p. ex. BONOMI A., *Norme imperative*, cit., p. 22 s. ; cf. STOLL H., « Rechtliche Inhaltskontrolle bei internationalen Handelsgeschäften », *Festschrift G. Kegel*, 1987, p. 623 s., spéc., p. 630, qui, dans un contexte similaire, évoque la présence de « schon ganz geringfügige Berührungspunkte zum Ausland ».

¹³ En effet, selon certains auteurs, la loi frauduleusement choisie par les parties peut ne pas être prise en compte par le juge : v. p. ex. GAUDEMET-TALLON H., « Le nouveau droit international privé européen », *Rev. trim. dr. eur.*, 1981, p. 215 s.

¹⁴ Puisque notre Etat est, par hypothèse, celui que désignerait l'art. 4 en absence de choix, il ne peut être question d'applicabilité impérative de ses dispositions que lorsque les parties désignent la loi d'un autre Etat en vertu de l'art. 3.

¹⁵ Les auteurs qui n'admettent pas la mise à l'écart du choix frauduleux s'appuient sur cette disposition pour en stériliser les effets : v. BONOMI A., *Norme imperative*, cit., p. 21 ; BALLARINO T., *Diritto internazionale privato*, 3. ed., Padova, 1999, p. 617 ; cf. ég. ANCEL B., « Autonomia conflictual y derecho material del comercio internacional en los Convenios de Roma y de México », *AEDIPr*, 2002, p. 33 s., p. 37.

¹⁶ L'art. 8 du Projet de Règlement communautaire dit « Rome I » (v. *supra*, note 6) substitue l'appellation « lois de police » à la formule, plus ambiguë, « dispositions impératives », que retient l'art. 7 de la Convention de Rome ; cf. ég. les art. 17 et 18 de la LDIP helvétique.

¹⁷ V. sur ce point STOLL H., « Rechtliche Inhaltskontrolle », cit., p. 631. Il est par ailleurs – dit-on souvent – dans l'intérêt de tout Etat qu'il exerce une certaine retenue, un champ d'application impératif trop amplement défini risquant d'entraver le commerce international que cet Etat souhaite en revanche favoriser par son droit international privé. De plus, si ce sont les juges d'un autre pays qui sont saisis d'un éventuel litige, ces dispositions impératives ont d'autant moins de chances d'être mises en œuvre par le juge étranger que leur domaine d'application est « impérialiste » (v. MAYER P., « Les lois de police étrangères », *Clunet*, 1981, p. 277 s.). L'Etat du for, requis par hypothèse de reconnaître la décision qui les a méconnues, se trouvera donc face à une rude alternative : soit il refusera la reconnaissance en érigeant ainsi un obstacle au commerce international, soit il l'accordera en renonçant *a posteriori* aux dispositions impératives qu'il avait commencé par déclarer applicables, si bien qu'elles sont en réalité, a-t-on dit, des « règles d'application semi-nécessaires » : v. RADICATI DI BROZOLO L., « Mondialisation, Juridiction, Arbitrage : vers des règles d'application sémi-nécessaire », *Rev. crit.*, 2003, p. 1 s. ; cf. ANCEL B. / LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française*

demander par quel élément les dispositions impératives internationales se singularisent par rapport aux dispositions impératives internes.

B. Un critère de distinction non décisif : la source de la norme incompatible écartée par la disposition impérative

Le critère de distinction entre les dispositions impératives internes et les dispositions impératives internationales qui se laisse déduire de la vue dominante (1) ne semble pas toujours pertinent (2).

1. Enoncé du critère de distinction

On considère généralement qu'il n'existe pas de dispositions internationalement impératives qui ne soient également impératives sur le plan interne.¹⁸ Il est en revanche communément admis que l'inverse ne vaut pas, car toutes les dispositions impératives sur le plan interne ne le sont pas sur le plan international.

On dit souvent que les dispositions impératives internes sont celles que les parties ne peuvent écarter par stipulation contractuelle, tandis que les lois de police sont celles auxquelles ne peut faire échec l'applicabilité au contrat d'une loi étrangère ou, plus exactement, d'une loi édictée par un Etat autre que celui qui édicte la loi de police. Les dispositions impératives internes et internationales ont donc en commun de dresser un obstacle à l'application d'une disposition *différente et incompatible* avec elles, disposition que l'une et l'autre priment en effet. C'est là le propre de celle des multiples notions d'impérativité d'une règle de droit qui est seule envisagée ici, laquelle se réduit à un critère de *prédominance* visant à résoudre l'incompatibilité entre deux normes au profit de la norme impérative.¹⁹ C'est là, peut-on dire, le *genus proximum* auquel les deux types de dispositions impératives appartiennent.

La *differentia specifica* qui les sépare résiderait en substance, selon cette vue, dans la *source* des deux normes incompatibles que l'une et l'autre écartent :²⁰ s'il s'agit d'une norme (contractuelle) établie par la *volonté normatrice des parties*, la disposition impérative qui l'écarte est du type *interne* ; s'il s'agit d'une norme (législative) édictée par la *volonté normatrice du législateur d'un Etat* autre que celui qui édicte la disposition impérative, celle-ci, qui écarte celle-là, est de type *internationale* ou *de police*.

2. La non-pertinence du critère de distinction

Or, le critère de distinction qui vient d'être dit ne semble pas résister à l'analyse dans l'hypothèse où l'intervention d'une loi de police est de loin la plus récurrente,

de d.i.p., 5^e éd., Paris, 2006, p. 503.

¹⁸ V. BONOMI A., *Le norme imperative*, cit., p. 141 s., auquel on se permet de renvoyer pour l'indication des opinions dissidentes ; cf. ég. ANCEL B., « Autonomía conflictual y derecho material del comercio internacional », cit., p. 38.

¹⁹ Cf. BODEN D., *L'ordre public : limites et conditions de la tolérance – Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse Paris I, 2002, t. I, p. 96 ; cf. ég. BILLARANT S., *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, Paris, 2004, p. 298-299.

²⁰ Sur ce que la notion d'impérativité ici envisagée suppose une *dualité* de sources, v. BODEN D., *L'ordre public*, cit., p. 96 ; v. ég. ROMANO G.P., *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, thèse Univ. Paris 2 et Padoue, 2005, vol. II, p. 428.

c'est-à-dire celle où la loi applicable au contrat a été *désignée par les parties*. Dans ce cas, en effet, la loi étrangère (au sens précisé plus haut) que la disposition impérative écarte *ne doit son applicabilité qu'à la désignation des contractants*. Autrement dit, la *source* de l'applicabilité de la norme incompatible, au contact de laquelle la disposition impérative qui l'écarte révèle son impérativité, procède dans ce cas également de la *volonté des parties*. La différence que postule le critère dont il est ici question semble bien s'estomper.²¹

Il serait évidemment vain d'essayer de sauver ce critère en précisant que les dispositions impératives *internes* sont celles que ne peut évincer une norme incompatible *immédiatement élaborée par les parties* et qu'aucun législateur n'a posée et que les dispositions impératives internationales sont celles que ne peut évincer une norme incompatible *immédiatement élaborée par un législateur étranger*, que les parties s'approprient *de façon médiate* en désignant le droit auquel elle appartient. D'une part, en raisonnant dans un cadre purement interne, la doctrine civiliste, notamment française, s'est récemment intéressée à ce à quoi elle a pu donner le nom évocateur de *choix de la loi du contrat* (ou *l'electio iuris*) *en droit interne* ou d'application d'une règle *par choix de règle de droit* par les parties²² : il s'agit de l'application d'un corps de règles *directement élaborées par le législateur* mais dont les conditions d'application ne sont pas réunies, si bien qu'il reçoit efficacité du seul fait de la *volonté des parties*. Nul doute que les dispositions impératives auxquelles ne peut pas faire échec cette forme d'*electio iuris* – la doctrine et la jurisprudence y insistent²³ – soient du type dit *interne*. S'agissant d'un contrat international, il est communément admis que les parties, au lieu de forger elles-mêmes et de toutes pièces un règlement contractuel dans le respect des limites que leur fixe la loi applicable au contrat, ont tout le loisir de s'en remettre à un droit élaboré par un *législateur étranger*.

La différence de *source* entre la norme incompatible avec la disposition impérative *interne* et celle incompatible avec la disposition impérative *internationale*, ne

²¹ Les partisans de la désignation purement matérielle des Principes UNIDROIT expriment et étayent leur position par des formules qui se prêtent assez bien à une extension de leur domaine de pertinence dans le champ de la *kollisionsrechtliche Verweisung*. C'est-à-dire qu'il est troublant de constater que ces formules pourraient être reprises par celui qui se livrerait à une description de la source de l'applicabilité, à tout contrat international, de n'importe quelle loi étatique à l'exception de celle que désignerait l'art. 4 s'il était applicable. On a par exemple dit des Principes qu'ils « s'appliquent lorsque les parties acceptent d'y soumettre leur contrat » (Préambule), que leur application est conditionnée à la « référence faite à ces principes dans le contrat » (HUET J., « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux principes d'Unidroit, une nouvelle *lex mercatoria* ? », *Petites Affiches*, 10 nov. 1995, p. 8 s.), que « [leur] force obligatoire est puisée dans la volonté des parties à un contrat international » (LARROUMET Ch., « La valeur des principes d'Unidroit », cit., n. 12), qu'ils « ne sont obligatoires que parce que les parties s'y sont référées » (*ibidem*, n° 17), qu'« ils ne doivent leur entrée en jeu qu'à la volonté des parties qui doit s'être manifestée sur ce point » (PERES-DOURDOU C., *La règle supplétive*, cit., p. 401), qu'ils « ne s'imposent pas au juge, à l'arbitre, ni même aux parties n'ayant fait aucune référence (...) à ces dispositions » (MARTY R., « Conflits d'application entre les Principes Unidroit et la loi française applicable au contrat, A propos d'un dualisme », *D. Affaires*, 1997, p. 100 s., p. 101). Or, toute loi étatique – sauf celle désignée par l'art. 4 – n'est applicable à un contrat international donné que lorsque les parties « acceptent de s'y soumettre », elle « n'est obligatoire pour elles que parce qu'elles s'y sont référées », elle « ne s'impose pas aux parties n'y ayant fait aucune référence ».

²² PERES-DOURDOU C., *La règle supplétive*, cit., p. 158 ; LEMAIRE S., « Le choix de la loi du contrat en droit interne », *R.R.J. Droit prospectif*, 2001-3, p. 1431 s. ; cf. aussi SEUBE S.-B., « L'*electio iuris* en droit interne ou la soumission volontaire par les parties à un droit protecteur », *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Paris, 2003, p. 1009 s.

²³ V. PERES-DOURDOU C., *La règle supplétive*, cit., p. 161 et références jurisprudentielles à la note 358.

semble donc pas livrer un critère de distinction vraiment décisif. Il convient plutôt de prendre appui sur le constat que l'intensité de l'impérativité, à l'égard d'une situation donnée, d'une disposition édictée par un Etat donné, est fonction de la *proximité* de la situation avec cet Etat et partant varie selon que cette situation est *interne* ou *internationale* et, dans ce dernier cas, selon le *degré d'internationalité* de celle-ci.

C. Variabilité de l'impérativité d'une disposition en fonction de la proximité entre l'Etat qui l'édicte et la situation contractuelle

Il convient tout d'abord d'illustrer brièvement la corrélation entre impérativité et proximité (1), puis de rechercher la raison d'être de cette corrélation (2).

1. Corrélation entre impérativité et proximité

Lorsque la proximité entre un contrat et l'ordre socio-économique d'un Etat atteint son maximum, le contrat étant entièrement localisé à l'intérieur de cet ordre, l'impérativité de toute disposition que cet Etat déclare applicable à ce contrat est aussi à son maximum. A mesure que le contrat se dégage de l'emprise exclusive du système de cet Etat pour s'inscrire également dans l'ordre socio-économique d'un autre Etat (ou de plusieurs autres Etats), diminue corrélativement l'intensité de cette charge d'impérativité.²⁴ Aussi bien, il existe, peut-on dire, pour chaque disposition impérative, un *seuil de proximité* de la situation avec l'Etat dont elle est émanée, en-deçà duquel la charge d'impérativité est encore suffisamment forte pour s'imposer face à une norme incompatible avec elle, élaborée contractuellement par les parties ou désignée par elles par référence à une loi étrangère, et au-delà duquel elle devient en revanche trop faible pour résister à celle-ci.

D'où l'inexactitude de l'impression, parfois suggérée, qu'il y aurait, en matière contractuelle, deux ensembles, parfaitement étanches, de règles ontologiquement distinctes : la « disposition impérative (de façon interne) », d'une part, et la « loi de police », d'autre part : *la règle est la même*.²⁵ A l'égard des contrats localisés entièrement dans le for, elle s'applique à l'encontre de toute norme incompatible, sans qu'il importe de savoir si celle-ci a été contractuellement élaborée par les parties ou bien édictée par un Etat étranger dont la loi a été désignée par elles : c'est bien ce qui résulte de l'art. 3 § 3 de la Convention de Rome.²⁶ Pour ce qui est des contrats

²⁴ Au demeurant, en déplaçant ainsi son centre de gravité, le contrat peut par là même s'approcher de l'orbite d'impérativité propre aux dispositions édictées par d'autres Etats, jusqu'à être attiré à l'intérieur de celle-ci. On sait que le for peut tenir compte de cette situation et prêter son appui à l'impérativité de ces dispositions étrangères en vertu de l'art. 7 § 1 de la Convention de Rome : v. *infra*, notes 31 et 33.

²⁵ La méconnaissance de cette donnée a conduit la doctrine à essayer de dégager la singularité des règles impératives internationales au moyen de tout un pan de critères d'identification (v. LOUSSOUARN Y., « Cours général de droit international privé », *Rec. cours*, 1973-II, p. 328-329) pour aboutir à la conclusion que « la qualification de loi de police ne peut résulter que d'un examen concret de chaque disposition législative » (op. cit. ; cf. ANCEL B. / LEQUETTE Y., *Grands arrêts*, cit., p. 499).

²⁶ C'est la situation visée à l'art. 3 § 3 de la Convention de Rome qui montre le plus clairement que la différence entre dispositions impératives *internes* et dispositions impératives *internationales* n'est pas *intrinsèque* aux dispositions elles-mêmes, en ce sens que les unes et les autres auraient un *objet* ou poursuivraient un *but* ou une *politique législative différents*. Si les parties désignent une loi étrangère et que l'on considère que le contrat, par ailleurs objectivement interne, est de ce fait international, il est question de dispositions impératives *internationales*, mais le nombre et la qualité de celles qui sont

non localisés entièrement dans le for, de deux choses l'une : soit l'élément d'extranéité, pour être présent, n'est pas tel que le for estime devoir adopter une attitude différente et il appliquera dès lors la règle en question à l'encontre de toute norme incompatible, sans qu'il importe, là encore, que la volonté des parties en soit la source immédiate ou médiate, au sens précisé plus haut – cette dernière est l'hypothèse envisagée par l'art. 7 de la Convention de Rome ; soit l'élément d'extranéité est de nature à réduire la proximité du contrat avec l'Etat du for à tel point que celui-ci juge préférable ne pas imposer sa règle à l'encontre d'une telle norme incompatible. Dans ce dernier cas, la règle du for *n'est pas, au regard de l'ordre du for et par rapport à ce contrat international, impérative, tout en le restant par rapport à la précédente, purement interne, et pouvant l'être aussi par rapport à d'autres contrats internationaux*, plus significativement rattachés au for d'un point de vue qualitatif ou quantitatif.

La formule, si célèbre, selon laquelle entre les lois de police et les dispositions impératives qui ne sont pas de police « il n'y a pas de différence de *nature* », mais « une simple différence de *degré* »²⁷ est parfaitement justifiée dans la mesure où l'on ne voit en ce « degré » rien d'autre que le reflet du degré de *proximité* entre l'espèce et l'Etat qui les édicte. La nature variable de la mesure de l'impérativité d'une disposition en fonction de la proximité de l'espèce avec l'Etat qui l'édicte s'explique d'ailleurs par la genèse de l'impérativité telle qu'elle est observable tout d'abord dans l'ordre interne.²⁸

applicables à ce contrat sont *identiques* au nombre et à la qualité des règles impératives *internes* qui auraient été applicables si les parties à ce contrat objectivement interne avaient, au lieu de désigner une loi étatique, établi elles-mêmes un règlement contractuel sans référence à aucune loi. C'est là le sens de l'art. 3 § 3. Dès lors qu'un seul et insignifiant élément objectif est rattaché à l'étranger, le contrat est *objectivement* international, mais rien ne change pourtant : les règles impératives applicables sont là encore identiques en nombre et qualité à celles qui auraient été applicables si le seul élément rattaché à l'étranger avait été lui aussi rattaché au for.

²⁷ LOUSSOUARN Y., « Cours général de droit international privé », cit., p. 328-329.

²⁸ L'idée selon laquelle il n'est pas pertinent de parler d'impérativité *interne* qu'à propos des contrats *internes* et d'impérativité *internationale* qu'à propos des contrats internationaux, ne tient pas compte – pourrait-on objecter – du fait qu'à l'égard d'un contrat *international*, il peut bien être question de l'applicabilité d'une disposition qui, pour n'être pas impérativement applicable à ce contrat international dès lors que les parties désignent la loi d'un Etat autre que celui qui l'édicte, pourrait néanmoins l'être dès lors que cette disposition appartient à la loi applicable au contrat, et ce aussi bien dans l'hypothèse où les parties ont désigné cette loi en vertu de l'art. 3 de la Convention de Rome (à l'exception de son § 3, qui n'est pas pertinent ici) que dans l'hypothèse où celle-ci est applicable à défaut de choix en vertu de l'art. 4. Ne s'agit-il pas là d'une impérativité de type *interne* se manifestant à l'égard d'un contrat *international* ? Il convient de distinguer les deux hypothèses évoquées. 1° Si les parties ont désigné la loi à laquelle la disposition en question appartient, c'est bien qu'elles se sont soumises à cette loi et donc aussi, à tout le moins indirectement, à cette disposition, qu'elles auraient d'ailleurs souvent pu soustraire à l'emprise de la loi désignée en se livrant au *dépeçage*. Si les parties élaborent ensuite une norme contractuelle incompatible avec la disposition en question – c'est là la situation qui pousse celle-ci, si elle est de nature impérative, à révéler cette nature – il y a là *incompatibilité de deux normes dont l'applicabilité au contrat international en question procède, en définitive, pour l'une comme pour l'autre, de la volonté des parties* : la norme, d'origine législative certes, mais qui ne doit son applicabilité à ce contrat particulier qu'à la *volonté des parties* (v. *supra*, para. B.2), et la norme *contractuelle* élaborée par elles qui, dans la mesure où elle est valablement formée, leur « tient lieu de *loi* » (selon la formule célèbre de l'art. 1134 C.civ.). Il est raisonnable de penser que cette contradiction doit être résolue par une interprétation de la volonté des contractants qui en est la source (par analogie aux procédés utilisés pour résoudre les contradictions entre les stipulations contractuelles d'un même contrat). Tantôt on pourra penser que les contractants n'ont pas entendu se priver de la protection de la loi qu'ils ont désignée, y compris donc la disposition en question – même si elle entraîne le cas échéant la nullité de la norme contractuelle incompatible voire du contrat tout entier –, si bien qu'il conviendra faire prévaloir celle-là sur celle-ci (cf. GOTHOT P., « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », *Trav. com. fr. DIP*, Année 1977, p. 201 s., p. 205 : c'est en effet ce qu'a fait parfois la jurisprudence : Cass. Belgique, 3ème ch.,

2. Raison d'être de la corrélation entre impérativité et proximité

Lorsqu'il édicte une disposition en matière contractuelle, tout législateur doit bien – a-t-on rappelé plus haut – se poser la question du caractère *impératif* ou *supplétif* de celle-ci. Le parti est rude car il s'agit là de trouver le meilleur équilibre entre deux soucis dont il a également la charge : celui de ménager aux parties à un contrat la

27 nov. 1974, *Debecker* ; Cass Belgique, 1^{re} ch., 21 févr. 1975, *Bohme*, *Rev. crit.*, 1976, p. 660 s., n. GOTHOT P.). Tantôt les circonstances conduiront à estimer que les parties ont entendu soustraire au domaine couvert par la loi désignée la question réglée par la norme contractuelle qui y déroge, et qu'il est dès lors plus conforme à leur volonté que l'on tranche en faveur de cette dernière (c'est p. ex. une des lectures possibles – v. PONSARD A., « La jurisprudence de la Cour de cassation et le droit commercial international », *Mélanges B. Goldman*, Paris, 1983, p. 241 s., p. 257 – de Cass. com. 19 janv. 1976, *Bull. civ.* IV, n° 20, *Rev. crit.*, 1977, p. 503, note BATIFFOL H., *Clunet*, 1977, p. 651, note LYON-CAEN A., obs. HOMARD, *Rev. trim. dr. com.*, 1977, p. 156-157 ; v. ég. l'exemple, tiré de l'arbitrage, donné par VISCHER F., « The Relevance of the UNIDROIT Principles », cit., p. 213, n. 11). Dans un cas comme dans l'autre, on voit mal comment il pourrait être question d'*impérativité* de la disposition en question par rapport au contrat international en question puisque, dans le premier cas, celle-ci ne doit son applicabilité qu'aux vœux des parties tels que l'interprétation les aura fait apparaître, cependant que, dans le deuxième cas, elle n'est même pas applicable. 2° Si les parties n'ont pas fait de choix de loi applicable, c'est qu'elles ne se sont pas opposées à l'application de la loi désignée par l'art. 4 à laquelle appartient la disposition en question. Il est certain qu'elles auraient pu, du point de vue de l'ordre de l'Etat qui l'édicte, en exclure l'application par leur simple volonté. Il semble au surplus qu'en tirant profit du *dépeçage*, elles auraient le plus souvent pu désigner une autre loi à l'égard de la *seule* question couverte par elle ou du moins de la *seule* partie du contrat, logiquement et fonctionnellement séparable du reste de celui-ci, à laquelle est intégrée la stipulation contractuelle incompatible (cf. ANCEL B., « Autonomía conflictual y derecho material del comercio internacional », cit., p. 44, pour qui « todas [las leyes] se ponen a disposición de los contratantes y éstos están facultados para extraer de aquí y de allá las soluciones más ajustadas a su común deseo » ; une telle possibilité par ailleurs, selon l'auteur, « legitima la "canibalización" de las leyes, a saber, de las leyes estatales » ; cf. ég. STORME M.E., « Applications possibles et caractères généraux », cit., p. 313). Demeure-t-on vraiment fidèle à l'*essence* de l'*impérativité* de la règle de droit si l'on attribue nature impérative à la règle édictée par un ordre juridique qui accepte que les parties s'y *soustraient* en se référant à une disposition incompatible avec elle ? On pourrait être tenté de rapprocher cette situation de celle où, en droit interne, les « sujets de droit sont autorisés à substituer à la règle impérative en principe applicable une réglementation individuelle distincte dont le législateur fixe lui-même les contours » : v. PERES-DOURDOU C., *La règle supplétive*, cit., p. 268 s. et les illustrations, tirées des c.d. *accords dérogatoires* en matière de droit du travail et des *baux dérogatoires*. De façon intéressante, la doctrine civiliste est divisée sur le point de savoir si la « règle impérative assortie d'une faculté de dérogation » demeure à l'intérieur de l'*impératif* ou est déjà du ressort du *supplétif* (pour une présentation des deux thèses, v. PERES-DOURDOU C., cit., 273 s., qui adhère à la première). A concéder même qu'il s'agit là encore d'*impérativité*, il semble malaisé, à bien y réfléchir, de transposer cette conclusion à l'exemple du contrat international dont il est question : d'une part, il est difficile de soutenir qu'à l'égard de celui-ci, les limites imposées à la « faculté de dérogation » sont strictement définies par le législateur, les parties pouvant en effet opter pour n'importe quelle loi du monde entier (v. *infra*, Para. II.B.1.b. et note 48) ; d'autre part, et surtout, on voit mal comment on pourrait reléguer la faculté de choix ouverte par l'art. 3 de la Convention de Rome à une simple « faculté de dérogation » au droit de l'Etat que désignerait l'art. 4 (droit qui demeurerait – à s'en tenir au modèle évoqué – *impérativement* applicable) : l'art. 3 semble bien *encourager* les parties à choisir la loi la plus conforme à leurs intérêts et ce n'est qu'à titre *supplétif* et en quelque sorte *résiduel* que l'on a recours à l'art. 4. En revenant à l'incompatibilité des deux normes à laquelle se ramène cette deuxième hypothèse (la disposition en question appartient à la loi désignée par l'art. 4 applicable en l'espèce), si la norme d'origine législative est *supplétive*, il faudrait systématiquement lui préférer la norme contractuelle élaborée par les parties. Le résultat auquel on aboutit de la sorte peut ici surprendre. Il y a lieu cependant de proposer une solution plus nuancée. De façon analogue à ce que l'on a observé plus haut, on peut parfois expliquer la suprématie qu'on accorde à la norme législative en considérant que les parties n'ont pas élaboré la norme contractuelle dans le but de se priver de la protection de la loi de l'Etat le plus proche de leur contrat, loi qu'elles n'ont en effet pas écartée alors qu'elles le pouvaient. En quelque sorte, la norme élaborée par les parties aurait dans ces cas, pour celles-ci, une nature davantage *supplétive* que la norme législative, elle-même *supplétive*, si bien qu'il est en définitive conforme à leur volonté que l'on tranche en faveur de cette dernière. On peut aussi soutenir que dans la mesure où l'on fait prévaloir la norme législative sur la norme contractuelle malgré la volonté claire des parties d'y déroger, c'est en réalité que la norme législative s'applique à titre de disposition *internationalement impérative*, c'est-à-dire que cette norme aurait été applicable, en vertu de l'art. 7 de la Convention, dans l'hypothèse même où les parties auraient désigné comme applicable à leur contrat en vertu de l'art. 3 une loi autre que celle à laquelle appartient cette disposition.

liberté de s'organiser comme bon leur semble ; celui d'assurer la protection des contractants contre des actes qui leur seraient préjudiciables de même que d'empêcher la survenance de ce que l'analyse économique, tant en vogue aujourd'hui, qualifie d'*externalités négatives* dans la sphère des tiers, y compris la collectivité toute entière.²⁹ Ces deux soucis sont souvent en conflit entre eux en ce sens que le for ne peut pas les réaliser tous deux à la fois au plus haut degré : ou bien il penche en faveur d'une liberté contractuelle presque totale, ou bien il opte pour une restriction plus ou moins importante de celle-ci afin de protéger les contractants ou les tiers. On connaît la nature éminemment politique de ce choix.³⁰ Aussi bien, c'est à une pesée de ces intérêts que le for se livre à l'égard de chaque catégorie d'espèces, abstraitement définies par lui, afin de détecter et fixer le point d'équilibre de la balance que chacune lui paraît commander. L'attribution à chacune de ses règles d'une nature impérative ou supplétive est la résultante de cette pesée délicate.

Or, ce point d'équilibre peut ne plus être le même à mesure que le centre de gravité de la situation, demeurée par hypothèse inchangée matériellement, se déplace géographiquement. Lorsque la partie qu'une disposition vise à protéger est rattachée au for, par exemple par sa résidence habituelle, le souci de la protéger est susceptible de prévaloir sur celui d'accorder, à elle et à l'autre partie, la possibilité de déterminer librement le règlement contractuel. Lorsque cette partie n'est pas significativement rattachée au for voire ne l'est pas du tout, le lien que présente le contrat avec le for prenant appui sur l'autre partie ou sur l'objet du contrat, il se peut, et même il est raisonnable, que, pour le for, l'emporte le souci opposé, celui de ne pas restreindre la liberté des contractants. Il en va de même lorsque l'intérêt protégé par une disposition impérative du for est celui des tiers, notamment de la collectivité toute entière. Il est possible que la communauté étatique dont le for a la charge soit à tel point affectée par l'opération contractuelle en question que le for souhaite intervenir au moyen des normes qui en sauvegardent l'organisation. Lorsque sa communauté n'est pas touchée de façon suffisamment sensible, le souci de laisser la plus grande liberté aux parties s'étend corrélativement.³¹

Il faut se garder d'en déduire qu'à l'égard des espèces qui, pour être insérées chez lui de façon significative, ne le sont cependant pas à tel point que le souci de protection persisterait à l'emporter sur celui de liberté, le législateur du for serait indifférent à la réglementation du contrat et, notamment, qu'il se *refuserait* à y étendre sa loi ; on peut à l'opposé affirmer que c'est le souci de liberté qui prend le dessus dans ces cas.³² Le point d'équilibre entre souci de protection et souci de

²⁹ Cf. SACCO R., *Il contratto*, t. II, Torino, 1996, p. 10.

³⁰ Cf. SACCO R., *Il contratto*, cit., p. 1-17 ; rapp. PERES-DOURDOU C., *La règle supplétive*, cit., p. 303, pour qui « [e]n définitive, le choix de la supplétivité est un acte de volonté, non de *re-connaissance* ».

³¹ Cela n'emporte pas que, dans le premier exemple, la partie que l'impérativité visait à protéger restera toujours dépourvue de protection. C'est au législateur de l'Etat auquel elle est significativement rattachée, s'il y en a un, que revient de déterminer si et dans quelle mesure il faut lui accorder cette protection, et ce à travers les règles substantielles qu'il édicte et le domaine d'applicabilité impératif qu'il entend leur attribuer. Si cet Etat s'est effectivement doté des règles de protection dont il veut imposer l'observation, le for peut leur accorder effet au visa de l'art. 7 § 1^{er} de la Convention de Rome. Semblablement, il se peut qu'à défaut d'impliquer les intérêts de la collectivité du for, l'opération contractuelle affecte l'organisation d'un Etat étranger de telle sorte que celui-ci souhaite y étendre l'emprise de ses règles protectrices, vœu dont l'art. 7 § 1^{er} de la Convention de Rome permet au for, là encore, de tenir compte.

³² Cf. la « règle négative » évoquée par MAYER P. / HEUZE V., *Droit international privé*, 8^e éd., Paris,

liberté s'étant *déplacé vers ce dernier*, la loi du for fait état de ce nouvel équilibre en ce qu'elle ne prévoit plus, à l'égard de ces espèces, des normes protectrices, la raison de comprimer la liberté contractuelle au profit du souci de protection s'étant, pour le for, désormais estompée.³³ Cela nous conduit à examiner un dernier point.

D. Supplétivité et disponibilité internationales d'une disposition en dehors de son champ d'application impératif

Que l'on songe à une disposition qui est impérative de façon interne, les parties à un contrat entièrement rattaché à l'Etat qui l'édicte ne pouvant pas y déroger, et qui l'est également sur le plan international, puisqu'elle est également applicable à un certain nombre d'espèces significativement rattachées au for mais présentant un ou plusieurs éléments d'extranéité. Or, par rapport aux espèces internationales, elles aussi rattachées au for, à l'égard desquelles elle n'est pas applicable, c'est-à-dire à l'égard desquelles elle n'est pas impérative, est-elle *supplétive de volonté*, c'est-à-dire applicable en cas de volonté défaillante des parties, notamment en cas d'absence de choix de loi applicable, ou à tout le moins *facultative*³⁴ ou *disponible pour les parties*, au sens propre du terme, c'est-à-dire mise à la disposition de celles-ci et susceptible de s'appliquer dès lors qu'elles ont manifesté la volonté de s'y soumettre, notamment par la désignation de la loi à laquelle elle appartient ? Pour y répondre, il convient de reprendre la distinction entre les *deux* séries de lois de police qu'a parfois détectées la doctrine, en fonction des deux objets possibles, déjà évoqués, de la protection qu'elles assurent³⁵ : celles visant à protéger, du moins de

2004, p. 91 ; v. ég. de MAYER P., *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973, n. 102-109.

33 V. p. ex. PONSARD A., « La jurisprudence de la Cour de cassation et le droit commercial international », *Mélanges B. Goldman*, Paris, 1983, p. 241 s. Il semble qu'à l'admission de ce résultat ne fait pas obstacle le constat que le for, ainsi que l'art. 7 § 1 de la Convention de Rome évoqué plus haut (v. *supra*, notes 24 et 31) l'y autorise, est parfois prêt, dans un but d'uniformité, à écarter de nouveau son souci de liberté en faveur du souci de protection manifesté le cas échéant par un Etat étranger dès lors que ce souci lui apparaît légitime : tel est le cas, par exemple, en présence d'un lien de proximité entre l'espèce et cet Etat étranger tel que, s'il s'était concrétisé chez lui, le for aurait appliqué ses dispositions. Au sujet de l'application par choix de la règle de droit, on a pu écrire que « l'extension conventionnelle ne peut empêcher l'application des règles impératives dont les conditions d'application sont, elles, réunies » : PERES-DOURDOU C., *La règle supplétive*, cit., p. 161 (références jurispruden-tielles à la note 358).

34 Cf. PERES-DOURDOU C., *La règle supplétive*, cit., p. 401, pour qui les Principes UNIDROIT « ne constituent pas des règles supplétives », bien qu'ils soient « facultatifs pour les particuliers » (p. 100).

35 Voir VISCHER F., « The Relevance of the UNIDROIT Principles », cit., p. 210-211, qui distingue les « mandatory rules of private law, whose primary aim is to guarantee and mediate between the private interests of the parties (...) » des normes ayant « a particularly close relationship to governmental policies and express specific, social or legal concerns » (p. 215), que l'auteur qualifie, selon la terminologie germanique, d'*Engriffsnormen* ; v. ég. WICHARD J.C., « Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien », cit., p. 287. Dans la catégorie des lois de police, la doctrine allemande distingue en effet entre *Parteischutzvorschriften*, dont l'objet serait la protection d'intérêts privés, et *Eingriffsnormen*, visant à la poursuite d'objectifs économiques et politiques, donc de nature publique. BONOMI A., *Le norme imperative*, cit., p. 175 s. s'est montré réservé à l'égard de la pertinence de ce critère de classification en raison de la difficulté récurrente de séparer les intérêts privés des intérêts publics ou collectifs. A notre avis, on peut renoncer à la dichotomie entre privé et public, qui est effectivement susceptible de prêter à controverse, tout en sauvegardant la distinction évoquée mais en précisant que les unes visent au premier chef à protéger les *parties au contrat ou l'une d'entre elles* et les autres visent au premier chef à protéger les *tiers* ou la *collectivité*. Ainsi aménagée, cette distinction recoupe celle entre « lois de police de protection » et « lois de police de direction » proposée par une certaine doctrine française : v. BOUCOBZA X., *L'acquisition internationale des sociétés*, Paris, 1999, p. 357 s. ; cf. ég. NUYTS A., « L'application des lois de police dans l'espace », *Rev. crit.*, 1999, p. 31 s. et 245 s. qui distingue « lois de police administratives » et « lois de police protectrices » (spéc. p. 41 s.). Cette

façon prépondérante, les intérêts des parties au contrat – on peut parler à cet égard de source d'impérativité *intrinsèque au contrat* ou *endogène* (1) ; celles qui prennent surtout en charge un intérêt extérieur aux parties et au contrat, notamment les intérêts des tiers ou collectifs et dont la source d'impérativité est dès lors, peut-on dire, *extrinsèque au contrat* ou *exogène* (2).

1. Dispositions à impérativité de source « endogène »

Prenons une législation établissant impérativement une série de règles protectrices du locataire dans un contrat de bail. Il semble bien que chacune de ces dispositions soit, à l'égard des espèces internationales par rapport auxquelles elle n'est pas impérativement applicable, *internationalement « facultative » ou « disponible »*, à savoir *à la disposition des parties, lesquelles peuvent s'y soumettre de bonne volonté, en s'y référant dans leur contrat, notamment en désignant comme applicable la loi à laquelle elle appartient, mais peuvent aussi ne pas s'y soumettre en désignant une autre loi*.³⁶ A l'égard d'un contrat de bail interne ou même international mais rattaché au for par la situation de l'immeuble objet de location jointe à la résidence du locataire, une telle disposition prend place sur le plateau de la balance sur lequel pèse le souci de protection ; du fait de la situation différente de l'immeuble d'un exemple à l'autre, elle migre sur l'autre plateau, tout en restant ontologiquement la même, ce qui a varié lors de la transition d'une hypothèse à l'autre étant la quantité ou qualité des liens de proximité avec le for.³⁷

distinction ne fait au fond que reproduire celle qui, dans l'ordre interne, oppose « ordre public de protection » et « ordre public de direction » : v. CARBONNIER J., *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, 22^e éd., Paris, 2000, p. 147-148 : « l'ordre public de protection (...) n'a d'autre but que de protéger, dans divers contrats, la partie économiquement faible » ; « l'ordre public de direction se propose de concourir à une certaine direction (...) de l'économie nationale en éliminant des contrats privés tout ce qui pourrait la contrarier ».

³⁶ V. LAGARDE P., note sous Conseil d'Etat, 5 juin 1987, *Rev. crit.*, 1989, p. 694, à propos des règles protectrices des travailleurs ; MAYER P. / HEUZE V., *D.i.p.*, cit., p. 91 en matière de règles relatives à la protection des consommateurs ; NUYS A., « L'application des lois de police dans l'espace », cit., p. 70 s. par rapport aux règles en matière de distribution commerciale ; cf. GOTHOT P., « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », *Trav. com. fr. DIP*, Année 1977, p. 201 s., p. 203. Ce principe s'applique également aux contrats internes par rapport à une législation qui ne leur est en elle-même pas applicable : v. DAGOT M., « La clause d'extension conventionnelle du statut des baux commerciaux », *J.C.P.*, éd. N, 1991, I, p. 315, n° 26 qui, à propos du décret de 1953 relatif aux baux commerciaux, relève que « ce que le statut interdit (...) de par l'ordre public qui lui est attaché, c'est d'échapper à son application lorsque toutes les conditions en sont réunies. Il n'interdit nulle part de le rendre applicable si toutes les conditions n'en sont pas réunies. Le principe de la liberté des conventions permet une telle extension » ; en matière de consommation, la Cour de cassation française a pu récemment établir que « les parties sont libres, sauf disposition contraire de la loi, de soumettre volontairement aux régimes de protection définies par le Code de la consommation des contrats de crédits qui n'en relèvent pas en vertu des dispositions de ce code » (Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1999, *Bull. civ.*, I, n° 188, *R.J.D.A.*, 1999, n° 991).

³⁷ En raisonnant sur ce type de règles, la doctrine civiliste en est venue à relativiser la dichotomie entre règle supplétive et règle impérative : « la règle choisie ne supplée pas la volonté des parties contractantes mais, à l'inverse, procède de cette volonté dont les juges vérifient avec soin l'existence, la certitude et la précision » (PERES-DOURDOU C., *La règle supplétive*, cit., p. 169), si bien que, « ni impérative, ni supplétive, la règle choisie échappe à l'emprise de cette classification dont elle révèle, en retour, les vertus limitées » (cf. é.g. VINEY G., « Préface », p. VI). Nous nous proposons d'appeler ce type de règle *disponible* pour les parties – *internationalement disponible* dans un contexte international – en ce sens qu'elle peut être utilisée par celles-ci mais elle ne s'applique pas, même pas à titre supplétif, si les parties n'ont pas manifesté de volonté en ce sens. Cf. l'appellation (allemande) *international disponible* proposée par NEUHAUS P. H. à l'égard des règles édictées par le for « die (...) von den beteiligten Privatpersonen im Wege der Rechtswahl angezogen oder ausgeschlossen werden können » (compte rendu de PILENKO A., « Droit spatial et droit international privé », *Ius gentium*, 1953, p. 34 s., *RabelsZ*, 1955, p. 597 s.).

Mais il y a davantage. Lorsque la disposition à impérativité endogène appartient à l'Etat auquel conduirait la mise en oeuvre de l'art. 4 de la Convention, à l'égard des espèces internationales auxquelles elle ne s'applique pas impérativement, elle est non seulement *disponible* au sens précisé, mais aussi *supplétive de volonté* en ce sens qu'elle s'applique lorsque les parties n'ont pas choisi, immédiatement ou médiatement, c'est-à-dire par l'entremise de la désignation d'une loi étrangère, une disposition incompatible avec elle.

2. Dispositions à impérativité de source « exogène »

S'agissant des règles impératives protégeant au premier chef les intérêts des tiers ou les intérêts collectifs, il ne semble pas qu'à l'égard des espèces tombant en dehors du cercle de celles qu'elles régissent impérativement, elles puissent être supplétives pas plus que disponibles pour les parties. C'est ce qu'illustrent de manière exemplaire les normes en matière de *concurrence* ou celles imposant l'obtention d'une *autorisation administrative*. Dès que l'espèce tombe en dehors du champ d'application impératif de la règle prohibant la conduite, jugée anticoncurrentielle, objet du contrat ou imposant une autorisation pour l'exercice d'une telle conduite, on discerne mal comment l'application de cette règle peut être conforme aux souhaits communs et raisonnables des parties.³⁸

Conclusions

Il existe donc des dispositions qui sont impératives à l'égard d'un certain cercle de situations, y compris internationales, mais dont on peut dire qu'en dehors de ce cercle et dans la mesure où l'Etat qui les édicte est celui auquel conduit la mise en oeuvre de l'art. 4 de la Convention de Rome, elles sont *internationalement supplétives de volonté* ; dans la mesure où elles sont émanées de tout autre Etat, elles sont *internationalement disponibles*, c'est-à-dire elles sont *mises à la disposition des parties mais elles ne s'imposent pas à elles*. Voilà qui illustre combien la gamme des degrés existant dans la liberté peut être large, davantage encore au sein de l'ordre international que dans l'ordre interne.³⁹ A l'opposé, il existe d'autres règles qui sont impératives dans un certain domaine lui aussi comportant des espèces internationales, mais qui, en dehors de ce domaine, ne sont par leur nature en principe pas applicables, la volonté des parties qu'elles le soient n'étant même pas concevable : *ces règles ne sont dès lors ni internationalement supplétives de volonté, ni internationalement disponibles*.

Ces réflexions préalables achevées, il est temps de s'interroger sur le rapport qu'entretiennent la désignation des Principes UNIDROIT et les dispositions impératives.

³⁸ V. très clairement NUYTS A., « L'application des lois de police dans l'espace », cit., p. 71. Rapp. MAYER P. / HEUZE V., *D.i.p.*, cit., p. 91. Cf. la distinction entre lois de police « autolimitées » et lois de police qui ne le sont pas : v. l'explication et les exemples donnés par BONOMI A., *Le norme imperativa*, cit., p. 157 s.

³⁹ V. BATIFFOL H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956, réimpr. Paris 2002, p. 93.

II. Choix des Principes UNIDROIT et dispositions impératives

On supposera tout d'abord que le contrat que les parties souhaitent soumettre aux Principes UNIDROIT est purement interne (A), puis international (B).

A. Principes UNIDROIT et contrat objectivement interne

Il est généralement admis que, lorsqu'un contrat s'inscrit exclusivement à l'intérieur de l'ordre socio-économique d'un Etat, les parties contractantes peuvent le soumettre aux Principes UNIDROIT dans l'exercice de la liberté que leur reconnaît l'art. 3 § 3 de la Convention.⁴⁰ Il importe de préciser que ce choix est *valable*, quitte à se demander quelle est la force de résistance développée par les Principes ainsi désignés face aux dispositions impératives.⁴¹ Cette force ne peut à l'évidence qu'être celle-là même qu'est susceptible d'y opposer n'importe quelle loi étrangère optée par les parties pour régir un contrat qui n'est international qu'en vertu de cette option : la réglementation du contrat est empruntée aux Principes UNIDROIT pour tout ce qui n'est pas du ressort des dispositions de la loi du seul Etat objectivement rattaché auxquelles les parties ne peuvent pas déroger par contrat. En somme, il importe peu que l'autonomie des parties soit dans ces cas exercée par désignation d'une loi étatique étrangère ou des Principes UNIDROIT, les limites qui lui sont imposées étant en effet identiques : il s'agit, dans un cas comme dans l'autre, de ce qu'on qualifie de désignation « matérielle », de *materiellrechtliche Rechtswahl*.

B. Principes UNIDROIT et contrat objectivement international

On supposera maintenant que l'espèce est assortie d'un élément d'extranéité suffisant à évincer l'application de l'art. 3 § 3 de la Convention. Il serait assez paradoxal que, d'une part, on hésite sur la validité du choix des Principes UNIDROIT dans ce cadre international et, d'autre part, que l'on tienne pour certaine la validité du même choix lorsqu'on se meut dans le cadre purement interne dont il vient d'être question. La validité de cette option n'est pas contestable ; encore faut-il fixer les limites de son *efficacité*. On touche là au cœur de la controverse à laquelle on a fait allusion en débutant car, à la différence des partisans de la *kollisionsrechtliche Rechtswahl*, les adversaires de celle-ci semblent bien estimer que ce choix ne peut pas porter atteinte aux dispositions impératives de l'*Etat dont la loi est désignée par l'art. 4 de la Convention* établissant la loi applicable à défaut de choix. Pour bien cerner cette limite, il convient de distinguer selon que cet Etat soit le for (1) ou bien un autre Etat (2).

⁴⁰ Rappr. PARRA-ARANGUREN G., « Conflict of Law Aspects of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts », 69 *Tul. L. Rev.* 1239 (1994-1995), p. 1245 : « Even though the UNIDROIT Principles were drafted for international commercial contracts, there is nothing to prevent their application, by agreement of the parties, to a purely domestic contract » ; rappr. VISCHER F., « The Relevance of the UNIDROIT Principles », cit., p. 203 : « There is no question that such a substantive-law reference to the Principle is admissible » ; v. ég. DROBNIG U., « The UNIDROIT Principles », cit., p. 386 ; LEIBLE S., « Aussenhandel und Rechtssicherheit », *ZvgIRWiss.*, 1998, p. 286 s., spéc. p. 313 ; LARROUMET Ch., « La valeur des principes d'Unidroit », cit., n. 17 ; GIARDINA A., « Les Principes UNIDROIT », cit., p. 549 s.

⁴¹ Rappr. MICHAELS R., « Privatautonomie und Privatkodifikation », cit., p. 595-596 : « [f]raglich ist lediglich die Wirkung dieser Vereinbarung ».

1. Le pays auquel conduit le critère adopté par l'art. 4 est le for

Quelles sont les règles dont le for, auquel le contrat est par hypothèse le plus significativement rattaché selon l'art. 4 de la Convention de Rome, imposerait l'observation aux contractants même à l'encontre des dispositions incompatibles que contiennent les Principes UNIDROIT choisis par eux ? Il s'agit, semble-t-il, selon les partisans de la *materiellrechtliche Rechtswahl*, des mêmes dispositions que celles visées à l'art. 3 § 3 de la Convention, c'est-à-dire celles « auxquelles les parties ne peuvent pas déroger par contrat ». Or, de deux choses l'une : soit ces dispositions impératives internes le sont aussi internationalement, ou, pour mieux dire, le sont également à l'égard du contrat international *spécifique* dont il est question, soit, bien qu'applicables à un contrat interne et le cas échéant à un autre contrat international, rattaché à l'ordre du for de façon plus significative encore, elles ne prétendent pas s'appliquer impérativement à ce contrat. Dans le premier cas, elles s'appliquent à l'encontre de toute réglementation différente élaborée ou désignée par les parties, sans qu'il importe de savoir si, dans ce dernier cas, les parties ont désigné une loi étatique étrangère ou les Principes UNIDROIT.⁴² C'est l'art. 7 § 2 de la Convention qui assure ce résultat lorsqu'il n'est pas atteint autrement. Dans le deuxième cas, elles ne sont évidemment pas applicables en vertu de l'art. 7 § 2. Si les contractants ont désigné une loi étrangère étatique, cette désignation suffit à les évincer. En va-t-il autrement si les parties ont désigné les Principes UNIDROIT ? Il convient, pour y répondre, de prendre pour point de départ la distinction entre impérativité de source « endogène » (b) et « exogène » (a) à laquelle on a fait allusion plus haut.

a. Dispositions à impérativité de source exogène

Il suffit en effet de s'arrêter sur les dispositions à impérativité de source *exogène* pour mesurer l'inexactitude de l'idée selon laquelle l'admission de la nature matérielle de la désignation des Principes obligerait le for à appliquer *toutes les mêmes* dispositions de sa loi auxquelles les parties ne peuvent pas déroger par contrat qui seraient applicables à un contrat *purement interne* visé à l'art. 3 § 3. Il semble en effet certain que la loi du for, désignée le cas échéant par l'art. 4 de la Convention, *doit être à tout le moins défrichée de toutes les dispositions du for à impérativité exogène dont le champ d'application, qu'il soit explicite ou implicite, n'englobe pas le contrat international en question.*⁴³ Que l'on songe par exemple aux normes en matière de concurrence : peut-on soutenir que, s'agissant de deux contrats identiques quant à leur proximité avec le for, ces normes interviennent dans celui que les parties ont, par hypothèse, soumis aux Principes UNIDROIT et s'abstiennent d'intervenir dans celui qu'elles ont, par hypothèse, soumis à une loi étatique étrangère ? Assurément non : dès que le contrat affecte l'ordre concurrentiel de l'Etat du for, ces règles sont applicables, peu importe que les parties aient désigné pour le régir une loi étrangère étatique ou les Principes UNIDROIT ; dans la mesure où le contrat n'affecte plus cet ordre, elles ne s'y appliquent plus, peu importe, là encore, que les

⁴² C'est le sens le moins discutable de l'art. 1.4. des Principes (v. *supra*, note 9). V. expressément MICHAELS R., « Privatautonomie und Privatkodifikation », cit., p. 600 ; cf. WICHARD J.C., « Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien », cit., p. 287-288.

⁴³ Rapp. VISCHER F., « The Relevance of the UNIDROIT Principles », cit., p. 215.

parties se soient référées à l'une ou aux autres.⁴⁴ La distinction entre *désignation matérielle* et *désignation conflictuelle* des Principes UNIDROIT demeure sans effet ici.⁴⁵ En va-t-il autrement s'agissant de dispositions à impérativité de source endogène ?

b. Dispositions à impérativité de source endogène

Ces dispositions ne refusent pas, a-t-on dit, de s'appliquer à un contrat échappant à leur domaine d'efficacité internationale *impératif*. La singularité de ces dispositions est d'être dotées d'un champ d'application non impératif : celui-ci est formé, d'une part, par tous les contrats ne contenant pas de choix de loi et présentant avec l'Etat dont elles émanent de liens faisant de lui l'Etat le plus significativement rattaché selon l'art. 4 de la Convention de Rome : c'est là, peut-on dire, le champ d'application internationale *supplétif de volonté* de ces dispositions ; d'autre part, par tous les contrats que les parties ont soumis à la loi de cet Etat et ce indépendamment du degré de proximité liant le contrat et l'ordre de cet Etat : c'est là leur champ d'application internationale *facultatif ou disponible*. Le contrat international en question tombe dans ce champ d'application dans la mesure où les parties ont désigné la loi de l'Etat du for ou n'ont pas fait de choix et que c'est à la loi du for que conduit la mise en œuvre de l'art. 4, hypothèse envisagée ici. Cela ressort clairement de la mise en perspective de deux contrats identiques en ce qui concerne leur rattachements géographiques, mais différents en ce que les parties ont soumis le premier à une loi étrangère alors qu'elles n'ont pas fait de choix de loi applicable à l'égard du second : les dispositions en question ne s'appliquent pas au premier contrat parce que les parties ont voulu écarter la loi à laquelle elles appartiennent tandis qu'elles s'appliquent au second contrat en suppléant leur volonté défaillante.⁴⁶

Que l'on se pose la question de l'applicabilité, à un contrat que les parties ont soumis aux Principes UNIDROIT, des dispositions du for qui, pour être impératives à l'égard des contrats internes et de certains contrats internationaux particulièrement rattachés au for, ne le sont pas à l'égard du contrat international en question. Or, à l'égard de celui-ci, elles sont non seulement *facultatives ou disponibles* en ce sens qu'elles sont à la *disposition des parties* au sens précisé plus haut, mais également *supplétives de volonté* car elles s'appliquent en tant qu'appartenant à la loi de l'Etat le plus significativement rattaché selon l'art. 4 dès lors que les parties n'ont pas manifesté une volonté contraire. S'il n'entend pas les imposer aux parties, le for accepte de les appliquer si celles-ci les désignent et les déclare applicables dès lors que les parties n'ont pas désigné une autre loi. Le souci de protection n'ayant pas de raison d'agir ici, le souci de liberté recouvre sa plénitude. Les questions traitées par ces dispositions échappent à la réglementation internationalement *impérative* de l'Etat du for pour être attirées dans l'orbite, pourrait-on dire, internationalement *supplétive* de cette réglementation. Si les contractants ont soumis leur contrat à une réglementation incompatible avec ces dispositions, elles se rétractent pour laisser libre cours au souci de liberté auquel le for assigne désormais primauté.

⁴⁴ Cf. BONOMI A., *Le norme imperative*, cit., p. 157.

⁴⁵ Rappr. VISCHER F., « The Relevance of the UNIDROIT Principles », cit., p. 215.

⁴⁶ Cf. PERES-DOURDOU C., *La règle supplétive*, cit., p. 311 s.

Si le raisonnement mené jusque-là est exact, on discerne mal pourquoi la désignation des Principes UNIDROIT, dans la mesure où elle fait état de façon non équivoque de la volonté des parties de soustraire le contrat à l'emprise des dispositions du for qui sont, à l'égard de ce contrat, internationalement supplétives au sens précisé plus haut, ne devrait pas avoir pour effet qu'elles se rétractent au profit des dispositions différentes des Principes sur lesquelles s'est portée la volonté des parties, pour autant que ceux-ci soient suffisamment déterminés.

Pour soutenir que les dispositions du for priment les Principes UNIDROIT à l'égard d'un contrat international échappant à leur orbite d'application impérative et s'inscrivant dans leur orbite d'application supplétive, il faudrait démontrer que le for n'accepte de muer ses règles, d'internationalement impératives en internationalement supplétives – de les « désimpérativiser », si l'on nous permet le néologisme – qu'au profit de la loi d'un autre Etat. Or, s'il faut admettre qu'une telle démarche est en soi concevable et qu'elle est peut-être au fond celle que les Etats adoptent lorsqu'ils ouvrent une élection de droit limitée en d'autres domaines que les contrats,⁴⁷ il semble difficile de la voir à l'œuvre en matière contractuelle, en tout cas dans la texture de la Convention de Rome, pour au moins deux raisons : la première est que, pour justifier une telle restriction, il est impossible d'invoquer les liens géographiques rattachant le contrat à la loi étrangère au profit de laquelle le for consentirait à cette « désimpérativisation » de ses règles impératives, car – chacun le sait – il n'est nullement requis que, pour évincer la loi la plus significativement rattachée du for, la loi étrangère désignée soit celle d'un Etat présentant des liens quelconques avec le contrat ;⁴⁸ en second lieu, cette loi peut fort bien être celle d'un Etat non contractant, si bien que l'on ne peut pas voir en cette « désimpérativisation » une renonciation du for conditionnée à la finalité d'encourager la réciprocité entre les Etats membres.

Il semble en tout cas que la Convention de Rome n'impose rien du tout à l'Etat le plus significativement rattaché selon l'art. 4, qui est, par hypothèse, celui du for.⁴⁹ Même s'il était tenu d'appliquer les dispositions de sa loi auxquelles les parties ne peuvent pas déroger par contrat, ainsi que s'exprime l'art. 3 § 3, c'est au for que revient de déterminer quelles sont ces dispositions. Tout comme il peut se déterminer librement sur le contenu de celles-ci et sur leur nature, impérative ou supplétive de volonté, sur le plan interne, on voit mal comment on peut lui nier la

⁴⁷ Ces situations peuvent être rapprochées de celles, déjà évoquées, où, en droit interne, les « sujets de droit sont autorisés à substituer à la règle impérative en principe applicable une réglementation individuelle distincte dont le législateur fixe lui-même les contours » (v. *supra*, note 28). Que l'on songe p. ex. à la *professio iuris* parfois accordée en d.i.p. des successions, et notamment à la possibilité que le testateur écarte les règles impératives de sa loi nationale en choisissant la loi de sa résidence habituelle. Les possibilités de déroger à la règle impérative sont ici strictement limitées et cette limite s'impose « à l'encontre de toute volonté contraire » (c'est là, semble-t-il, une des marques du phénomène tel qu'il est observable en droit interne : v. PERES-DOURDOU C., *La règle supplétive*, cit., p. 268). Aussi bien, s'agissant d'un *de cuius* ayant sa résidence habituelle dans un pays autre que celui dont il a la nationalité, il n'est peut-être pas abusif de dire des règles impératives du droit national qu'elles sont « impératives [également à l'égard de cette espèce internationale, mais] avec faculté de dérogation » (v. pour des exemples de règles impératives avec faculté dérogatoire en droit interne, PERES-DOURDOU C., op. cit., p. 268 s.).

⁴⁸ V. ANCEL B., « Autonomía conflictual y derecho material del comercio internacional », cit., p. 43-44 ; DE MIGUEL ASENSIO P.A., « El derecho internacional privado ante la globalización », *AEDIPr*, 2001, p. 69 ; cf. VISCHER F., « The Relevance of the UNIDROIT Principles », cit., p. 210-211.

⁴⁹ Rappr. STORME M.E., « Applications possibles et caractères généraux », cit., p. 313-314 ; PARRA-ARANGUREN G., « Conflict of Law Aspects of the UNIDROIT Principles », cit., p. 1245.

liberté, non seulement de déterminer quelles sont les espèces internationales par rapport auxquelles ces règles sont, pour lui, impératives ou supplétives de volonté, mais également quels sont les *modes d'expression de la volonté des parties permettant à ces règles de révéler leur supplétivité en se rétractant face à cette volonté*.⁵⁰ Aussi, il semble bien que le for ait le loisir d'attacher un tel effet à la désignation des Principes UNIDROIT.

On observera que, sous cet éclairage, la crainte animant les adversaires de la *kollisionsrechtliche Rechtswahl* que le choix conflictuel des Principes UNIDROIT conduise à accepter l'idée d'un contrat *sans loi étatique*,⁵¹ n'a pas lieu d'être. Et de fait, pour admettre qu'un contrat ne soit susceptible d'être appréhendé que par une loi étatique, point n'est besoin d'imposer à un contrat international donné l'application des règles internationales impératives de l'Etat le plus fortement rattaché mais internationalement supplétives par rapport à ce contrat, au sens précisé plus haut.⁵² Pour s'en convaincre, il suffit de songer à ce que le domaine d'application impératif des règles limitant la liberté des contractants varie en fonction de la proximité, ce que la doctrine a pu constater il y a longtemps déjà en explorant la jurisprudence relative aux lois de police.⁵³ Cela prouve qu'en matière contractuelle, le contenu de la loi d'un Etat, y compris de l'Etat le plus significativement rattaché selon l'art. 4, peut être différent selon le degré et la qualité des liens que le contrat présente avec lui en ce que variable est le degré de liberté laissée aux parties, élément-clé de la réglementation contractuelle.⁵⁴ C'est ce qui ressort peut-être plus clairement encore de l'hypothèse où l'art. 4 conduit à la loi d'un pays autre que le for.

⁵⁰ Cf. l'art. 1.4 des Principes qui réserve, on l'a vu, les « règles impératives applicables selon les règles pertinentes de droit international privé » : cf. VISCHER F., « The Relevance of the UNIDROIT Principles », cit., p. 214-215 ; v. ég. DROBNIG U., « The UNIDROIT Principles », cit., p. 386.

⁵¹ V. clairement MANKOWSKI P., « Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl », cit., p. 11 s. ; BORTOLOTTI F., « Référence aux Principes UNIDROIT dans la pratique contractuelle et les contrats modèles », in « Principes Unidroit : nouvelles évolutions et applications » – Supplément spécial 2005, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, p. 61 s., p. 65 ; cf. LAGARDE P., « Le nouveau droit international privé des contrats », cit., p. 300 s. ; SPICKHOFF A., « Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten », *RabelsZ.*, 1992, p. 116 s., p. 128 s. ; BAPTISTA L.O., « Os "Projeto de Princípios para contratos comerciais internacionais" da Unidroit », cit., p. 23 s., p. 30-31.

⁵² Cf. DE MIGUEL ASENSIO P.A., « El derecho internacional privado ante la globalización », cit., p. 37 s., spéc. p. 68 s., pour qui, d'une part, « propiamente ley del contrato solo puede serlo una estatal », mais que « si las partes se han remitido a los Principios no parece admisible que las normas imperativas de Derecho de obligaciones del ordenamiento objetivamente aplicable prevalezcan con carácter general sobre las de los Principios (...) » (p. 68-69). Rapp. les observations de BOGGIANO A., « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les Principes UNIDROIT », 1 *Unif. L. Rev.* n.s. 219 (1996), p. 220 : à l'égard de l'art. 9 par. 2 in fine de la Convention de Mexico qui ouvre la voie à la *lex mercatoria*, cet auteur précise que celle-ci « est toujours encadrée par un droit étatique applicable, comme l'atteste la référence faite aux dispositions impératives de la loi du for ou d'un autre Etat avec lequel le contrat présente des liens étroits » : la « référence » évoquée est celle qu'opère l'art. 11 de la Convention de Mexico qui est analogue à l'art. 7 de la Convention de Rome. V. aussi ANCEL B., « Autonomía conflictual y derecho material del comercio internacional », cit., p. 40, pour qui « la libertad de elección (...) únicamente se expresará en el espacio dejado por las normas imperativas del art. 11, por un lado, y por las normas objetivas del comercio internacional del art. 10, por otro ». Pour cet auteur, l'admission du choix des Principes UNIDROIT en tant que manifestation de cette « autonomía conflictual » (v. *infra*, note 56) n'entraîne pas l'admission d'un « contrato sin ley » : v. op. cit., p. 41-42. Rapp. ég. LEIBLE S., « Aussenhandel und Rechtssicherheit », cit., p. 314-315.

⁵³ V. p. ex. WENGLER W., « Immunité législative des contrats internationaux », *Rev. crit.*, 1971, p. 41 s., spéc. p. 64.

⁵⁴ Cf. HEUZE V., *La réglementation française des contrats internationaux*, Paris, 1990, p. 124 s.

2. Le pays auquel conduit le critère adopté par l'art. 4 est un Etat autre que le for

Si l'on se tourne vers l'hypothèse dans laquelle la loi la plus significativement rattachée est une loi autre que celle du for, le juge du for commencera par écarter les normes de cet Etat à impérativité de source exogène dont le champ d'application international impératif n'englobe pas le contrat en question. Quant aux dispositions à impérativité de source endogène, si le contrat entre dans leur orbite d'impérativité internationale, il en fera sans doute application ; si la proximité de ce contrat à cet ordre, bien qu'étant davantage significative que celle qui le rattache à tout autre pays, y compris le for, n'est cependant pas suffisante pour le pousser à l'intérieur de cette orbite, et que le juge du for sait pertinemment que l'Etat étranger, par règle législative ou développée par ses substituts prétoriens, tient, à l'égard de ce contrat, désormais pour *supplétives* les dispositions en question, y compris face à la désignation des Principes UNIDROIT, il devra respecter cette volonté et écarter celles-là au profit de ceux-ci. En d'autres termes, *le juge du for devra fixer au respect de l'efficacité de la désignation des Principes UNIDROIT la même limite que lui fixe l'ordre du pays étranger désigné par l'art. 4 de la Convention de Rome*. Il serait absurde, et contraire à l'objectif premier de la Convention de Rome – c'est-à-dire l'uniformité du règlement contractuel, donc la prévisibilité de celui-ci pour les parties et les tiers, donc la sécurité juridique dans l'espace européen⁵⁵ – que le juge du for aboutisse à attribuer aux règles matérielles de la loi de l'Etat désigné par l'art. 4 une nature, impérative ou supplétive, différente de celle qu'elles revêtent pour cet Etat par rapport au contrat en question.

Conclusion

Appréhendée à travers le prisme des dispositions impératives, l'alternative opposant, à l'égard du choix des Principes UNIDROIT, la doctrine de la *materiellrechtliche Rechtswahl* à celle de la *kollisionsrechtliche Rechtswahl*, si elle n'est pas oiseuse, risque d'avoir une emprise pratique peu perceptible. Cette conclusion – objecterai-je – n'est-elle pas susceptible d'entraîner une remise en question généralisée de l'alternative évoquée, dont on connaît pourtant le confort méthodologique qu'elle apporte dans la matière, encore aujourd'hui passablement controversée, du droit international privé des contrats ? D'éminents auteurs n'ont pas été loin – nous semble-t-il – de franchir un tel pas.⁵⁶ Et de fait, il faut reconnaître que, dans la mesure où

⁵⁵ Cf. l'« Exposé des motifs » accompagnant la Proposition de Règlement dit « Rome I » (citée *supra*, note 3), point 3.2 ; cf. ég. LEIN E., « Proposal for A Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations », cit., p. 400 s.

⁵⁶ V. ANCEL B., « Autonomía conflictual y derecho material del comercio internacional », cit., p. 4, pour qui « las partes gozan, en el espacio abierto a su autonomía, del dominio de la regulación material de su contrato », dont, pour l'auteur, elles devraient pouvoir tirer profit entre autres en adoptant les Principes UNIDROIT ; peu après, l'auteur qualifie cette liberté, à l'intérieur de laquelle les parties « componen a su gusto la reglamentación contractual », d'« autonomía conflictual », limitée par « el surtido muy completo de disposiciones aptas para garantizar la autoridad de los Estados, sus normas imperativas y los intereses generales que protegen », dispositions que contient la Convention de Rome (« normas imperativas » sont ici, pour l'auteur, celles dont il a traité à la Section II consacrée à l'« ámbito de la libertad », c'est-à-dire, aux fins qui nous occupent, les dispositions impératives réservées par l'art. 7). Pour PICONE P., *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Napoli, 1998,

aucun des Etats qu'affecte une opération contractuelle internationale n'entend y imposer ses dispositions impératives internationales ou lois de police, c'est que chacun retire à celles-ci leur impérativité à l'égard de cette opération en élargissant l'espace de liberté dont, à l'égard de son ordre, jouissent les contractants.⁵⁷ Ces dispositions, lorsqu'elles ont été dictées au premier chef par le souci de protection des contractants ou de l'un d'entre eux, demeurent ici – a-t-on relevé – internationalement disponibles en ce sens qu'elles sont mises à la disposition des parties d'un contrat international, celles-ci pouvant s'y soumettre, notamment en choisissant la loi de l'Etat qui l'édicte ; celles de l'Etat le plus significativement rattaché sont au surplus internationalement supplétives de volonté en ce qu'elles s'appliquent dès lors que les parties n'ont pas manifesté de volonté contraire, notamment par l'entremise du choix d'une autre loi.⁵⁸ On se plaît à considérer que la supplétivité, lorsqu'elle est appréciée au regard d'un contrat entièrement rattaché à un Etat, se fait jour en présence du choix par les parties d'une disposition différente sans qu'il importe que celle-ci ait été établie immédiatement par elles ou médiatement, par référence à une loi étrangère ou aux Principes UNIDROIT. Il est naturel de se demander pourquoi une telle supplétivité ne pourrait pas également se manifester en cas de désignation par les parties des Principes UNIDROIT dès lors qu'elle tire son origine du caractère international du contrat et du fait notamment que la charge d'impérativité des dispositions de l'Etat le plus fortement rattaché est trop faible pour qu'il souhaite les imposer face au souci de liberté qui, pour lui, prime désormais. Il semble d'autant plus justifié de se poser cette question à l'égard des Principes UNIDROIT, que l'écart des dispositions qu'ils contiennent par rapport aux législations des Etats membres de la Convention est assurément moins important que celui qui sépare ces législations de celles de bien des Etats tiers, empreintes de cultures juridiques diverses, auxquelles, selon la Convention, il est pourtant loisible aux parties de soumettre un contrat qui reste entièrement « communautaire » quant à ses rattachements objectifs.⁵⁹

p. 518-519, l'autonomie de la volonté en droit international privé des contrats est « un fattore di regolamentazione che si pone ormai ai limiti tra un criterio di collegamento internazionaleprivatistico tradizionale e una fonte di recezione diretta delle norme applicabili ». DE MIGUEL ASENSIO P.A., « El derecho internacional privado ante la globalización », cit., p. 68 et SIEHR K., « Die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht », *Festschrift M. Keller*, Zürich, 1989, p. 485 s., p. 509, ont eux aussi souligné que l'écart entre autonomie matérielle et autonomie conflictuelle est en train de se résorber.

⁵⁷ Rappr. PATOCCHI P.M. / FAVRE-BULLE X., « Les Principes UNIDROIT », cit., p. 604.

⁵⁸ A notre connaissance, ni la supplétivité internationale d'une règle internationalement impérative ni sa disponibilité internationale au sens précisé dans cette étude, n'ont en tant que telles fait l'objet d'approfondissement par les spécialistes du droit international privé. Cela est d'autant moins surprenant qu'en droit privé lui-même, l'analyse de la supplétivité de la règle de droit a été jusqu'à la parution de la thèse de PERES-DOURDOU C., *La règle supplétive*, Paris, 2004, « relativement délaissée » (VINEY G., « Préface », p. VIII), aucune étude d'ensemble n'y ayant été consacrée (PERES-DOURDOU C., *La règle supplétive*, cit., p. 1). Quant à la disponibilité pour les parties d'une règle de droit en dehors de son champ d'application impératif ou supplétif, il s'agit d'une notion fort peu explorée, la doctrine ayant du mal à pousser le regard au-delà de la dichotomie entre impérativité et supplétivité dans laquelle, on l'a vu, elle ne se laisse pourtant pas enfermer (v. *supra*, note 37).

⁵⁹ Cf. VISCHER F., « The Relevance of the UNIDROIT Principles », cit., p. 211, qui rappelle que la Convention permet le choix d'une « distant law » (l'exemple est celui d'une société suisse et d'une société française qui choisissent la loi chinoise). V. ég. op. cit., p. 213, où l'on souligne que les Principes « are based on a comparative analysis of the leading legal systems », et qu'en tant que tels « clearly are an instrument to develop "multinational" norms for such decisions ».