



Présentation / Intervention

2018

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

---

Plaidoyer pour une impérativité multi-nationale effective (et pour un renouvellement du paradigme de la théorie dite des « lois de police »)

---

Romano, Gian Paolo

**How to cite**

ROMANO, Gian Paolo. Plaidoyer pour une impérativité multi-nationale effective (et pour un renouvellement du paradigme de la théorie dite des « lois de police »). In: Table ronde dans le cadre de la XXXe Journée de droit international privé, « Le droit international privé dans le labyrinthe des plateformes digitales », Institut suisse de droit comparé Lausanne, 28 juin 2018. Lausanne. 2018. 1–8 p.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:135153>

# **Plaidoyer pour une impérativité multi-nationale effective (et pour un renouvellement du paradigme de la théorie dite des « lois de police »)**

**Table ronde dans le cadre de la  
XXX Journée de droit international privé consacrée au  
« Le droit international privé dans le labyrinthe des plateformes digitales »**

**Institut suisse de droit comparé  
Lausanne, 28 juin 2018**

Gian Paolo Romano  
Professeur ordinaire, Université de Genève

***[texte inséré dans la documentation distribuée aux participant-e-s]***

- 1. Le but premier de l'impérativité d'une règle de droit applicable aux relations contractuelles inégales est de conduire la partie à qui profite l'inégalité, partie « forte », à exécuter spontanément les obligations que la règle met à sa charge pour satisfaire le droit subjectif de la partie « faible », victime de l'inégalité et bénéficiaire de l'impérativité, en épargnant à celle-ci le temps, l'argent, les énergies que mobilise et le stress qu'inflige une action en justice.***
- 2. Le défi auquel font face les êtres humains parties à une relation inter-nationale – qui se déroule donc sur le territoire de plusieurs Etats-nations – est que l'un de ces Etats, par exemple de la résidence de la partie faible, pourrait souhaiter accorder à celle-ci un certain droit subjectif – moyennant une règle qu'il voudrait internationalement impérative – et que l'Etat « co-intéressé » par une telle relation humaine, qui est par exemple celui sur le territoire duquel l'autre partie est domiciliée, refuse d'imposer à celle-ci l'obligation correspondante en se tenant à la loi désignée par la règle de conflit qui n'en prévoit pas.***
- 3. Les justiciables s'en trouvent victimes d'un conflit international de lois, qui provoque une insécurité dans leur sphère, car ignorant si la règle en question est impérative ou si elle ne l'est pas, ils ignorent en définitive quels sont leurs droits et leurs obligations. Une telle situation, qui s'apparente à une anarchie juridique transnationale, est propre à encourager la litigiosité et la course vers le for mais se résout de facto le plus souvent au détriment de la partie faible, car la partie forte n'a pas d'incitation à s'exécuter spontanément d'une « semi-obligation », qui n'existe précisément pas du point de vue d'un des Etats « co-intéressés », et la partie faible n'a pas les ressources psychologiques et financières pour engager un procès dans lequel***

*elle ne pourrait faire valoir qu'un « semi-droit » (car du point de vue d'un des Etats « co-intéressés », elle ne le détient pas).*

*4. La fluidité, la rapidité, la sécurité des relations humaines transfrontalières, et notamment celles qui se nouent moyennant des plateformes électroniques, commandent de pallier à cette incertitude, ce qui ne semble pas pouvoir se faire autrement que par une coordination inter-étatique : celle-ci peut s'opérer ou bien dans le sens que plusieurs Etats adoptent ensemble une loi multi-nationale en l'assortissant ensemble du caractère impératif – comme c'est le cas, dans l'Union européenne, des dispositions résultant du GDPR – ou bien dans le sens que, si l'impérativité s'attache à une loi « mono-nationale », l'Etat d'origine en modère le champ d'application, en le limitant par exemple aux relations qui se déroulent de manière prépondérante sur le territoire d'un Etat, de manière à favoriser la coopération par l'autre Etat « co-intéressé », qui accepterait lui aussi de la mettre en œuvre.*

1. **L'essence de l'impérativité en droit privé.** En droit privé, notamment contractuel, une règle est impérative lorsqu'elle accorde un droit subjectif au profit d'un contractant – le bénéficiaire de l'impérativité – et qu'elle met à la charge de l'autre contractant l'obligation correspondante, en lui prescrivant la conduite nécessaire à satisfaire le droit du premier, et ce alors même que le contrat qu'ils ont formé exclut, notamment par une clause expresse, un tel couple de droit subjectif et obligation. La norme contractuelle est donc « évincée » par la règle impérative, « norme évinçante », selon la terminologie proposée par Pierre Mayer. C'est que *« entre le faible et le fort, c'est la liberté qui opprime, et c'est la loi qui affranchit »*.

2. Le fondement de l'impérativité tient donc à ce qu'en raison de l'inégalité des pouvoirs dont disposent les parties, de leur déséquilibre originaire, le contractant « faible », très souvent personne physique, voit sa liberté naturellement diminuée, et susceptible d'être éclipsée par celle, prépondérante, du contractant « fort », assez souvent personne morale. Si *« seul est libre celui qui use de sa liberté »*, comme le rappelle, par une phrase mémorable, le Préambule de la Constitution fédérale, le contractant faible risque de ne pas vraiment être libre, car il ne peut pas *« user de sa liberté »*. La loi opère alors un rééquilibrage en lui permettant de bénéficier d'un surcroît de liberté sous la forme de l'exercice d'un droit subjectif que lui accorde la règle impérative alors même que le contrat auquel il a initialement adhérer le lui retirerait en prétendant y déroger.

3. Notons aussi que le premier but de la règle impérative se manifeste à un stade précontractuel et consiste à réduire les situations où la partie forte serait tentée d'insérer effectivement une clause contractuelle qui y serait contraire et partant vouée à l'inefficacité. Si une règle impérative visant, par exemple, les contrats de bail prescrit un montant maximum pour le loyer ou une durée minimum du contrat, comme c'est le cas en Italie de certains baux urbains, cette règle conduira le plus souvent – et c'est ce qui se passe semble-t-il – les bailleurs à ne pas proposer

une clause qui établirait un loyer supérieur ou une durée inférieure à ce que prescrit la loi impérative.

4. On comprend aussi que dans les sociétés étatiques les plus évoluées, des associations des consommateurs, des locataires, des travailleurs – les syndicats – se donnent entre autres pour mission de veiller à un tel respect en exigeant des professionnels intéressés qu'ils retirent, des modèles de contrats qu'ils offrent à leurs co-contractants, telle ou telle clause qui contreviendrait à la loi impérative. Il s'ensuit que l'impérativité est d'autant plus efficace que les catégories de contractants concernés sont en position de savoir que telle règle est impérative et qu'elle vise contrats qu'ils projettent ; elle ne peut en revanche pas déployer les effets escomptés dans la mesure et aussi longtemps qu'il y a incertitude sur la qualité de règle impérative ou la portée d'une telle impérativité. D'où l'indication, qu'on retrouve parfois dans les Codes ou lois spéciales, qui précise « cette disposition est impérative » ou les « contractants ne peuvent y déroger ».

**5. L'impérativité dans les relations internationales : sa dépendance congénitale du for saisi.** En droit international privé, et s'agissant des relations humaines transfrontalières que celui-ci prend en charge, il est communément admis qu'une règle – ou une série de règles – est impérative si elle s'applique à une relation internationale donnée, notamment contractuelle, quelle que soit la loi applicable au contrat : cette loi peut être soit le fruit de la désignation par les parties, soit du fonctionnement de la règle de conflit qui opère à défaut de choix. Aussi la règle ou série de règles en question est-elle d'« application immédiate » (Phocion Francescakis), ou « internationalement impérative » (Andrea Bonomi), ou encore « loi de police ». Comme sur le plan interne, une telle règle ou série de règles, et leur applicabilité « nécessaire », aspirent toujours à accorder un droit subjectif au profit d'un contractant et à mettre à la charge de l'autre une obligation, laquelle ici ne serait pas prévue par la loi applicable au contrat qui, par hypothèse, validerait une clause contractuelle qui l'exclut.

6. Seulement, une telle applicabilité dépend assez largement, selon la présentation traditionnelle de ce qu'on appelle parfois la « théorie des lois de police », de la question de savoir si le juge saisi est celui de l'Etat qui édicte la règle impérative ou bien le juge d'un autre Etat. Il faut en conséquence, nous enseigne une telle théorie, distinguer les lois de police du for et les lois de police étrangères, car les conditions d'application ne sont pas les mêmes, comme l'atteste la LDIP suisse aux articles 18 et 19. Le Règlement dit « Rome I », à l'article 9, va même plus loin qui, tout en permettant aux juges de chaque Etat d'appliquer les lois de police du for (à l'alinéa 2), limite (à l'alinéa 3 notamment) la possibilité pour les juges des autres Etats de prendre en considération ces mêmes lois, qui relèvent pour eux d'une impérativité étrangère. Ce régime inégal risque de provoquer une insécurité juridique pour les êtres humains qui sont ou projettent de devenir parties à un contrat international pouvant tomber sous le coup d'une loi que l'Etat qui l'édicte déclare impérativement applicable. Car avant de conclure le contrat, pendant la

durée de celui-ci, et tant qu'une procédure judiciaire n'a été introduite par l'un d'eux devant les juges de l'un ou l'autre Etats, ils sont condamnés à ignorer si la règle en question est vraiment impérative ou non – certains ont parlé de « semi-impérativité » (Radicati di Brozolo notamment)– et donc si le droit subjectif en question existe, et peut être exercé, et si l'obligation correspondante existe et doit être exécutée.

7. Bien que peu ordinaire à tant d'égards au point qu'elle pourrait passer pour un cas d'école, la récente affaire *Nikiforidis* (C-135/15) montre bien le paradoxe : soit un rapport de travail international, et spécialement gréco-allemand, en vertu duquel Grigorios Nikiforidis est envoyé en mission à Nuremberg pour y enseigner dans une école grecque ; une loi grecque est adoptée par la suite qui diminue de quelques 10.000 Euros par an le salaire fixé contractuellement ; pour la Grèce, une telle loi est applicable impérativement au contrat de travail liant M. Nikiforidis, dont le salaire doit donc subir une réduction, alors que, pour l'Allemagne, une telle loi grecque n'est pas applicable à un tel rapport, et donc le salaire de l'employé doit rester tel qu'il est fixé dans le contrat. M. Nikiforidis – que j'ai contacté par LinkedIn, plateforme numérique... – a-t-il en somme le droit de percevoir les 10.000 Euro ou non ? L'Allemagne dit oui et la Grèce dit non. Ce désaccord entre les Etats membres sur le cadre normatif applicable à la même relation internationale de travail, et donc sur des droits subjectifs et obligations qui en résultent pour les êtres humains qui en sont parties, finit par stimuler la litigiosité, parfois la course vers le for et – à la longue en tout cas – la perte de confiance des justiciables en l'administration de la justice. Si M. Nikiforidis parvient à se faire verser cet argent en Allemagne, rien n'empêchera a priori l'employeur grec de lui en demander la restitution en Grèce, ou de lui pratiquer des retenues sur les sommes due à titre de prestations sociales ou de retraite. Ce désordre n'est pas digne d'un espace de liberté et de justice. Et d'ailleurs il semble bien qu'une impérativité soi-disant internationale mais qui ne jouit que d'une validité territoriale « mononationalement » limitée, n'est pas une impérativité internationale digne de ce nom.

8. Une telle situation d'incertitude paraît bien contraire à la mission de l'impérativité. Celle-ci vise d'abord à agir sur la psychologie de l'obligé en le conduisant à s'acquiescer spontanément de la prestation qu'elle lui prescrit au profit de la partie faible, titulaire du droit subjectif correspondant, en tout cas dès que celle-ci communique à celui-là son intention de s'en prévaloir, mais de préférence déjà, on l'a vu, bien avant, en déterminant l'obligé à s'abstenir de proposer une clause contractuelle qui y contreviendrait. C'est que la meilleure manière de protéger la partie faible est de lui permettre d'obtenir ce à quoi elle a le droit en lui épargnant une procédure judiciaire, et la perte de temps, d'argent, d'énergie et le stress qui en résultent, dont la perspective suffit à décourager la grande majorité des êtres humains que nous sommes, pris en notre qualité de consommateurs, travailleurs ou internautes. Comment peut-on espérer qu'une personne, notamment un

commerçant ou une société commerciale, s'exécute spontanément de quelque chose qui entraîne pour elle un sacrifice patrimonial si un Etat lui dit qu'elle n'y est aucunement obligée, alors même qu'un autre l'Etat lui dit qu'elle l'est ? *In dubio pro libertate*. Dans les relations privées inégales qui se déroulent, « s'étirent », sur les territoires de deux ou plusieurs Etats, il y a donc lieu de craindre que toute incertitude sur l'impérativité ou la non-impérativité (ou supplétivité), d'une règle posée par l'un d'entre eux, et par conséquent toute incertitude sur l'existence d'un droit subjectif ou la non-existence – en gros : pour un Etat il existe car, pour lui, la règle en question s'applique impérativement à telle relation et, pour l'autre Etat, il n'existe pas car, pour lui, cette règle est supplétive et ne s'y applique pas lorsque le contrat, et la loi qui le régit, ne le prévoient pas – menace de se résoudre au profit de la partie forte et au détriment de la partie faible : face à l'incertitude, la partie forte pourra refuser de s'exécuter de cette espèce de semi-obligations et la partie faible, à laquelle il ne resterait en théorie que de s'astreindre à un *forum shopping* à l'issue très aléatoire, renoncera le plus souvent à faire valoir ses semi-droits.

9. Notons aussi qu'un tel régime qui mêle semi-impérativité et semi-supplétivité retire aux associations catégorielles représentant les contractants vulnérables l'arme légale la plus puissante pour affronter les professionnels, qui pourront leur opposer que telle règle n'est pas véritablement impérative et ils n'ont dès lors pas à la respecter.

10. **Vers une impérativité multi-nationale modérée mais réelle.** L'idée que ce n'est qu'une fois que le juge d'un Etat est saisi que peut se préciser le cadre juridique qui gouverne une relation inter-nationale entre personnes privées – et qu'un tel cadre varie en fonction du juge saisi – n'est pas adaptée aux besoins des êtres humains et contrevient même à la fonction facilitatrice du droit privé, et on peut alors penser que les Etats-communautés n'ont pas vraiment d'intérêt légitime à l'entretenir. La fluidité des relations privées transfrontalières, et spécialement celles qui se nouent au travers des plateformes numériques, transnationales par excellence, ne tolère pas une telle insécurité. Quelques outils devraient permettre d'y parer.

11. **1° Impérativité de source multi-nationale : l'exemple du « GDPR ».** Le premier consiste pour les Etats à s'accorder sur des lois de police de source multi-nationale, c'est-à-dire des lois qui sont intégrées à l'ordre juridique de tous les Etats concernés par une relation privée transfrontalière et dont tous ces Etats reconnaissent dès lors l'impérativité à l'égard de telle relation. Seulement, l'ambition qui sous-tend une telle démarche ne paraît pour l'instant réaliste qu'au sein d'un espace régional à forte intégration, par exemple et par excellence celui qu'ont créé les Etats membres de l'Union européenne. Si bon nombre des directives européennes ont fixé des standards minimum, par exemple pour protéger les consommateurs, elles n'en laissent pas moins subsister des différences et, avec elles, la menace du désaccord des Etats membres quant à l'applicabilité d'une

règle mono-nationale se voulant impérative issue de la transposition d'une directive (Directive 86/653 CEE), comme le montre l'affaire belgo-bulgare Unamar (C-184-12) : la loi belge de transposition de la directive protégeant les agents commerciaux accordait à l'agent commercial belge – réputée partie faible – des droits (sous la forme d'indemnité d'éviction) à l'encontre du commettant, bulgare en l'espèce, lequel, pour la loi bulgare de transposition de la même directive, n'avait pas l'obligation correspondante. Par où l'on constate que seuls les règlements peuvent véritablement attribuer des droits subjectifs et des obligations de source multi-nationale fixés de manière uniforme, « transterritorialement » a-t-on envie de dire, dans leur étendue.

12. On peut penser qu'un exemple d'une telle impérativité est offert par le Règlement général sur la protection des données (Règlement 2016/679, « GDPR »), qui vient d'entrer en vigueur. Après d'intenses débats, les Etats membres, et notamment les organes collectifs que sont le Conseil et le Parlement européen, ont surmonté leurs divergences de vue initiales en parvenant à s'accorder sur l'opportunité d'octroyer à leurs citoyens et résidents une série de droits subjectifs de source véritablement multi-nationale. Même s'il vise également un contexte extracontractuel, on peut penser que le GDPR puise sa raison d'être dans l'inégalité foncière qui marque la relation entre l'être humain auquel se rapportent les données en question (« data subject ») et le gérant auquel il confie ses données, en étant souvent pratiquement contraint de les lui confier, gérant (dénommé « responsable du traitement » des données) dont on sait qu'il s'agit parfois d'une multi-nationale dont la valeur de capitalisation est astronomique (que l'on pense aux « GAFA »). Lorsque la relation entre le titulaire des données et le gérant de celles-ci est de nature contractuelle et qu'elle se déroule à l'intérieur de l'Union européenne, le GDPR comporte des règles qui s'appliquent impérativement quelle que soit la loi qui gouverne le contrat – qui peut être une loi extra-européenne – et qui font que le titulaire des données devrait pouvoir compter sur des droits subjectifs multi-nationaux effectifs. Les mécanismes extrajudiciaires qu'organise le GDPR pour s'assurer du respect de ces droits par le gérant des données montrent que l'impérativité internationale est d'autant plus efficace que les obligés sont conduits à honorer spontanément les obligations qu'elle entraîne pour eux en épargnant aux bénéficiaires des droits subjectifs l'engagement de procédure judiciaire devant les tribunaux d'un Etat. L'on peut évoquer aussi, s'agissant de mécanismes extrajudiciaires, le règlement sur la résolution des litiges issus des transactions en ligne (Règlement n° 524/2013), en vigueur depuis le 15 février 2016, qui a semble-t-il déjà permis, par le biais d'une plateforme numérique (dite « plateforme ODR »), le règlement de plusieurs dizaines de milliers de différends entre consommateurs et entreprises ayant contracté – précisément – moyennant une plateforme numérique. L'inégalité inhérente aux relations inégales en droit international privé semble bien recommander de simplifier l'accès à la justice en le « déformalisant », le « déjudiciarisant » voire le « déterritorialisant », plus exactement en le « démonoterritorialisant ».

**13. 2° Impérativité de source mono-nationale mais acceptée par les Etats « co-intéressés ».** Le second outil intervient sur le terrain des lois impératives de source mono-nationale, celles qui sont édictées par un Etat tout seul et dont cet Etat proclame seul l'impérativité. Une telle impérativité n'est réellement effective que si l'autre Etat « co-intéressé » accepte de lui prêter main-forte en mettant en œuvre les droits et les obligations qu'elle crée même si la loi régissant le contrat, qui peut être la sienne, ne les prévoit pas. Le cas gréco-allemand Nikiforidis et le cas belgo-bulgare Unamar en attestent : si l'Allemagne ne coopère pas avec la Grèce pour ce qui est du droit subjectif que la Grèce prétend, par une loi grecque, accorder à l'employeur grec de réduire le salaire de l'employé grec travaillant en Allemagne, ou que la Bulgarie ne coopère pas avec la Belgique pour ce qui est de l'obligation que la Belgique prétend, par une loi belge, imposer au commettant bulgare de verser à l'agent belge une indemnité d'éviction, c'est un conflit allémano-grec de lois et un conflit belgo-bulgare de lois qui se produit, conflit générateur, on l'a vu, d'anarchie juridique, laquelle est aux antipodes du résultat auquel aspire une règle impérative et le législateur qui la pose.

14. Seulement, la seule manière pour que l'autre Etat « co-intéressé » accepte de fournir une telle coopération, en se coordonnant avec l'Etat à l'origine de l'impérativité et en parvenant avec lui à l'harmonie (inter-étatique) des solutions (qu'appelle une relation interindividuelle qui se rattache aux deux Etats), est que le champ d'application visé par l'Etat d'origine soit – justement – « acceptable » par les autres. La modération du champ d'application souhaité par un Etat pour les règles qu'il prétend qualifier d'impératives est le premier pas pour qu'un tel champ d'application soit réellement impératif, et que l'impérativité soit réellement internationale, c'est-à-dire observée par tous les Etats « co-intéressés », et non seulement un vœu pieux qui n'a pour résultat que de créer un désordre international dans la sphère des intéressés. Dans l'Union européenne, la Cour de justice devrait pouvoir exercer un contrôle sur l'étendue du domaine revendiqué par un Etat pour ses lois de police, tout comme elle le fait pour vérifier que l'opposition qu'un Etat est tenté de tirer de sa propre conception – « mono-nationale » donc – de l'ordre public international, par exemple à la reconnaissance d'une décision provenant d'un autre Etat membre, ne contrevient pas aux principes de la loi de l'Union européenne. A défaut, l'article 9 al. 2 du Règlement Rome I pourrait être ajusté de manière à le rendre compatible avec l'article 9 al. 3 : un Etat devrait limiter la portée de ses règles impératives aux relations qui se déroulent de manière prépondérante sur son territoire et devrait s'abstenir d'en prescrire l'observation aux relations dont la portion extra-territoriale est prépondérante.

15. Ainsi, la Grèce ne serait-elle habilitée à appliquer la loi d'austérité réduisant le salaire de ses fonctionnaires qu'aux relations de travail se déroulant de façon prépondérante sur le territoire grec, si bien qu'une telle loi ne s'appliquerait en définitive pas au rapport de travail liant Grigorios Nikiforidis dont la prestation



principale doit être fournie en Allemagne. De même, si l'agent belge fournit son travail principalement en Bulgarie, la Belgique se verrait privée de la possibilité de revendiquer à l'encontre de la Bulgarie l'applicabilité de la loi belge dans la relation belgo-bulgare et d'accorder un droit subjectif à l'agent belge ; inversement, si l'agent fournit sa prestation principalement en Bulgarie, la Belgique est fondée à protéger par sa loi l'agent belge et c'est la Bulgarie qui devra coopérer en acceptant que le commettant bulgare soit obligé de fournir l'indemnité d'éviction prescrite par la loi belge alors même que la loi bulgare, indiquée dans le contrat comme loi régissant celui-ci, n'en prévoit pas.

16. *Quid* si l'Union européenne veut prescrire l'observation de la loi impérative européenne, résultant notamment du GDPR (et ce pourrait être le cas : v. article 3 al. 2 premier tiret, « *Champ d'application territorial* »), aux relations euro-américaines afin de protéger les données personnelles que des résidents européens confient aux entreprises établies aux Etats Unis – pensons à un Français qui souhaiterait acheter un immeuble à Miami et qui consulte le site d'une agence floridienne aux activités essentiellement locales ? Il est clair que si les Etats-Unis refusent de se plier à l'impérativité revendiquée par la loi européenne en permettant aux entrepreneurs domiciliés outre-Atlantique qui n'ont pas d'établissements, de succursales ou de filiales en Europe (ce n'est bien sûr pas le cas des « GAFA ») de ne pas se plier aux exigences que la loi européenne prétendrait leur imposer quant au traitement des données qu'ils amassent, une telle impérativité risque de rester, à l'égard de ces relations transatlantiques, lettre morte. Auquel cas les soi-disant droits subjectifs que la loi européenne souhaite accorder à ses internautes européens seraient parfaitement illusoires, et en substance quasi-inexistants.

17. Il se vérifie une fois de plus qu'un Etat, dont la souveraineté – et la force exécutoire des lois qu'il édicte, et l'impérativité qui s'y attache – sont rigoureusement limitées à son « territoire intérieur » (« *Inland* »), ne saurait, pour ce qui des relations humaines multi-nationales, multi-territoriales, car par définition elles débordent son territoire en s'étirant sur les territoires de plusieurs Etats à la fois, faire – et imposer – grand-chose sans la coopération des autres Etats.