

Fondée par
Henry Solus
Professeur honoraire
à la Faculté de droit
et des sciences
économiques de Paris

BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PRIVÉ
TOME 240

Dirigée par
Jacques Ghestin
Professeur
à l'Université de Paris I
(Panthéon-Sorbonne)

LE FAIT DU PRINCE ÉTRANGER



Patrick Kinsch

Docteur en droit
Avocat au barreau de Luxembourg

Préface de
Jean-Marc Bischoff

Professeur à l'Université Robert Schuman de Strasbourg

*Prix de thèse de l'Université Robert Schuman de Strasbourg
et de l'Association pour le Développement des Relations
entre l'Économie et la Recherche
auprès des Universités de Strasbourg
et de l'Université de Haute-Alsace*

PARIS
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
26, rue Vercingétorix, 75014

Ouvrages parus dans la même collection

- Tome 1. - DESPAX (M.) : *L'entreprise et le droit*. Préface de G. Marty. 1957. Épuisé.
Tome 2. - TERRE (F.) : *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*. Préface de R. Le Balle. 1957. Épuisé.
Tome 3. - CHOUKROUN (C.) : *Les droits des associés non gérants dans les sociétés à responsabilité limitée*. Préface de A. Amiaud. 1957. Épuisé.
Tome 4. - BREDIN (J.-D.) : *L'entreprise semi-publique et publique et le droit privé*. Préface de H. Solus. Épuisé.
Tome 5. - DIDIER (P.) : *L'option de la femme commune en biens*. Préface de M. Fréjaville. Épuisé.
Tome 6. - MARTINE (E.N.) : *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*. 1957. Épuisé.
Tome 7. - SENN (J.P.) : *Les sociétés d'investissement en droit français*. Préface de R. Roblot. 1958.
Tome 8. - SOUM (H.) : *La transmission de la succession testamentaire*. Préface de P. Hébraud. 1957. Épuisé.
Tome 9. - GENDREL (M.) : *Les mariages « in-extremis »*. « Et Thalami et Tumuli sic fuit una dies ». 1958. Épuisé.
Tome 10. - LE GALCHER-BARON (M.) : *Les prérogatives de la femme commune en biens sur ses biens personnels et les biens réservés*. Préface de J. Boutard. 1959.
Tome 11. - BISCHOFF (J.-M.) : *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*. Préface de A. Weil. 1959. Épuisé.
Tome 12. - PETITJEAN (H.) : *Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais*. Préface de H. Batiffol. 1959. Épuisé.
Tome 13. - ROLAND (H.) : *Chose jugée et tierce opposition*. Préface de B. Starck. 1958. Épuisé.
Tome 14. - LEVEL (P.) : *Essai sur les conflits de lois dans le temps*. Contribution à la théorie générale du droit transitoire. Préface de H. Batiffol. 1959. Épuisé.
Tome 15. - LAGARDE (P.) : *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*. Préface de H. Batiffol. 1959. Épuisé.
Tome 16. - VANHAECKE (M.) : *Les groupes de sociétés*. Préface de R. Plaisant. Éd. 1959. Nouveau tirage 1962.
Tome 17. - CALAIS-AULOY (J.) : *Essai la notion d'apparence en droit commercial*. Préface de M. Cabrillac. 1959. Épuisé.
Tome 18. - BORRICAND (J.) : *Les effets du mariage après la dissolution*. Préface de P. Kayser. 1960.
Tome 19. - RIEG (A.) : *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*. Préface de R. Perrot. 1961. Épuisé.
Tome 20. - LAFON (J.) : *La responsabilité civile du fait des malades mentaux*. Préface de H. Mazeaud. 1960. Épuisé.
Tome 21. - DECOCQ (A.) : *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*. Préface de G. Levasseur. 1960. Épuisé.
Tome 22. - BOUREL (P.) : *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*. Préface de Y. Loussouarn. Épuisé.
Tome 23. - MOUSSERON (J.-M.) : *Le droit du breveté d'invention*. Contribution à une analyse conjonctive. Préface de M.-H. Cabrillac. 1961. Épuisé.
Tome 24. - OLLIER (P.-D.) : *La responsabilité civile des père et mère*. Étude critique de son régime légal (Art. 1384, al. 4 et 7 C. civ.). Préface de J. Carbonnier. 1961. Épuisé.
Tome 25. - CATALA (N.) : *La nature juridique du paiement*. Préface de J. Carbonnier. 1961. 2^e tirage.



- Tome 26. - *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*. Études de droit privé sous la direction de P. Durand, par MM. E.-L. Bach, J. Barrère, A. Decocq, J.-P. Doucet, M. Gendrel, O. Kuhnmmunch et J. Noirel. Préface de J. Carbonnier. 1961.
- Tome 27. - ROUJOU DE BOUBÉE (G.) : *Essai sur l'acte collectif*. Préface de G. Marty. 1961.
- Tome 28. - PÉLISSIER (J.) : *Les obligations alimentaires*. Préface de R. Nerson. 1961.
- Tome 29. - SORTAIS (J.-P.) : *Le titre et l'émolument*. Préface de R. Balle. 1961. Épuisé.
- Tome 30. - HUGUET (A.) : *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*. Études sur la loi du 11 mars 1957. Préface de R. Savatier. 1962.
- Tome 31. - PELLEGRIN (A.) : *De la nature juridique du partage d'ascendant*. Préface de P. Hébraud. 1961.
- Tome 32. - RIVES-LANGE (J.-L.) : *Les problèmes juridiques posés par l'opération d'es-compte*. Préface de J. Becque. 1962. Épuisé.
- Tome 33. - JULIEN (P.) : *Les contrats entre époux*. Préface de P. Kayser. 1962.
- Tome 34. - CHESNE (G.) : *L'Établissement des étrangers en France et la Communauté économique européenne*. 1962. Épuisé.
- Tome 35. - GRANCHET (G.) : *La notion de cessation de paiements dans la faillite et le règlement judiciaire*. 1962. Épuisé.
- Tome 36. - LE GALL (J.-P.) : *L'obligation de garantie dans le louage des choses*. Préface de A. Tunc. 1962. Épuisé.
- Tome 37. - FARJAT (G.) : *L'ordre public économique*. Préface de B. Goldman. 1963. Épuisé.
- Tome 38. - DUCOULOUX (C.) : *Les sociétés d'économie mixte en France et en Italie*. Préface de J. Brèthe de la Gressaye. 1963. Épuisé.
- Tome 39. - PRADEL (J.) : *La condition civile du malade*. Préface de G. Cornu. 1963. Épuisé.
- Tome 40. - VERDOT (R.) : *La notion d'acte d'administration en droit privé français*. Préface de P. Kayser. 1963.
- Tome 41. - GHESTIN (J.) : *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*. Préface de J. Boulanger. 2^e éd. 1971. Épuisé.
- Tome 42. - GROSS (R.) : *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*. Préface de D. Tallon. 1964. Épuisé.
- Tome 43. - BUFFELAN-LANORE (Y.) : *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*. Préface de P. Hébraud. 1963.
- Tome 44. - POULAIN (J.) : *La protection des émissions de radiodiffusion*. Préface de H. Desbois. 1963. Épuisé.
- Tome 45. - GOURDON (C.) : *La notion de cause de divorce étudiée dans ses rapports avec la faute*. Préface de J. Carbonnier. 1963.
- Tome 46. - DAHAN (M.) : *Sécurité sociale et responsabilité*. Étude critique du recours de la Sécurité sociale contre le tiers responsable. Préface de J. Carbonnier. 1963. Épuisé.
- Tome 47. - LINOSSIER (L.) : *Le partage des successions confondues*. Préface de R. Le Balle. 1963.
- Tome 48. - LOMBOIS (J.-C.) : *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils*. Préface de J. Carbonnier. 1963.
- Tome 49. - *L'immeuble urbain à usage d'habitation*. Études de droit privé, sous la direction de J. Carbonnier, et par MM. J.-M. Leloup, L. Linoossier, C. Lombois, J. Normand, A. Piedelièvre, E. du Pontavice, A. Rieg, J.-P. Sortais, R. Verdout et R. Willmann. 1963.
- Tome 50. - BIOLLEY (G.) : *Le droit de réponse en matière de presse*. Préface de A. Tunc. 1963. Épuisé.
- Tome 51. - GOULET (J.-M.) : *La condition juridique de l'enfant adultérin en droit italien*. Préface de Y. Lobin. 1964.
- Tome 52. - BOULANGER (F.) : *Étude comparative du droit international privé des successions en France et en Allemagne*. Préface de H. Batiffol. 1964.
- Tome 53. - VINEY (G.) : *Le déclin de la responsabilité individuelle*. Préface de A. Tunc. 1965. Épuisé.
- Tome 54. - AMBIALET (J.) : *Responsabilité du fait d'autrui en droit médical*. Préface de M. de Juglart. 1965. Épuisé.
- Tome 55. - LECLERCQ (P.) : *Les clientèles attachées à la personne*. Préface de P. Catala. 1965.

- Tome 56. - LABRUSSE-RIOU (C.) : *L'égalité des époux en droit allemand*. Préface de R. David. 1965.
- Tome 57. - DEJEAN DE LA BATIE (N.) : *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*. Préface de H. Mazeaud. 1965.
- Tome 58. - SPITERI (P.) : *L'égalité des époux dans le régime matrimonial légal*. (Étude de réforme législative). Préface de A. Breton. 1965.
- Tome 59. - MALINVAUD (Ph.) : *La responsabilité des incapables et de la femme dotale à l'occasion d'un contrat*. Préface de H. Mazeaud. 1965.
- Tome 60. - LANDREAU (D.) : *Le désaveu de paternité spécial de l'article 325 du code civil*. Essai de contribution à l'étude du rôle de la jurisprudence. Préface de P. Kayser. 1965. Épuisé.
- Tome 61. - DOUCET (J.-P.) : *L'indexation*. Préface de H. Mazeaud. 1965. Épuisé.
- Tome 62. - RAYMOND (G.) : *Le consentement des époux au mariage*. Étude de droit positif français. Préface de G. Cornu. 1965.
- Tome 63. - RUBELLIN-DEVICHI (J.) : *L'arbitrage, nature juridique droit interne et droit international privé*. Préface de J. Vincent. Épuisé.
- Tome 64. - TANAGHO (S.) : *De l'obligation judiciaire*. Étude morale et technique du contrat par le juge. Préface de P. Raynaud. 1965.
- Tome 65. - NORMAND (J.) : *Le juge et le litige*. Préface de R. Perrot. 1965. Épuisé.
- Tome 66. - JAUFFRET (C.) : *La responsabilité civile en matière d'accidents d'automobile* (étude comparée de droit espagnol, italien et français). Préface de Y. Lobin. 1965. Épuisé.
- Tome 67. - FROSSARD (J.) : *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultats*. Préface de R. Nerson. 1965. Épuisé.
- Tome 68. - LE BRIS (R.-F.) : *La relation de travail entre époux*. Préface de Y. Loussouarn. 1965.
- Tome 69. - *L'automobile en droit privé*, études de droit privé sous la direction et avec une préface de Y. Loussouarn, par R. Badinter, J. Borricand, F. Boulanger, G. Cas, M. Culioli, M. Dahan, H. Gaudemet-Tallon, C. Jauffret, J. Pélissier, C. Riou-Labrusse, G. Roujou de Boubée, J. Sayn, M. Veron. 1965.
- Tome 70. - PIROVANO (A.) : *Faute civile et faute pénale*. Préface de P. Bonassies. 1966. Épuisé.
- Tome 71. - LESERVOISIER (Y.) : *La responsabilité civile résultant du transport gratuit de personnes en droit français et en droit anglais*. Préface de B. Goldman. 1966.
- Tome 72. - MOREAU (J.-P.) : *Les limites au principe de la divisibilité de l'instance quant aux parties*. Préface de G. Cornu. 1966.
- Tome 73. - DAGOT (M.) : *La simulation en droit privé*. Préface de P. Hébraud. Épuisé.
- Tome 74. - COUVRAT (P.) : *Les agences de voyages en droit français*. Préface de G. Cornu. 1967. Épuisé.
- Tome 75. - DESJEUX (X.) : *La convention de Rome (10-26 octobre 1961) : Étude de la protection des artistes, interprètes ou exécutants, des protecteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*. Préface de H. Desbois. 1966.
- Tome 76. - SERNA (J.-C.) : *Le refus de contracter*. Préface de J. Carbonnier. 1967.
- Tome 77. - KHALIL (M.-S.) : *Le dirigisme économique et les contrats*. Étude de droit comparé. France, Égypte, U.R.S.S. Préface de R. David. 1967. Épuisé.
- Tome 78. - CHABAS (F.) : *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*. Préface de H. Mazeaud. 1967. Épuisé.
- Tome 79. - LEUC (A.) : *De la nature juridique de l'avancement d'hoirie*. Préface de P. Voirin. 1967.
- Tome 80. - OMAR (A.-M.) : *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*. Préface de P. Voirin. 1967.
- Tome 81. - BOURGEOIS (A.-M.) : *L'exploitation agricole dans la législation récente*. Préface de J. Stofflet. 1967.
- Tome 82. - CHEVALLIER (J.-Y.) : *Filiation naturelle simple et filiation alimentaire en droit international privé*. Préface de Y. Loussouarn. 1967.
- Tome 83. - EL GAMMAL (M.) : *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*. Préface de A. Tunc. 1967.
- Tome 84. - CELICE (B.) : *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*. Préface de J. Carbonnier. 1968.
- Tome 85. - NAJJAR (J.) : *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*. Préface de P. Raynaud. 1967.

- Tome 86. - DEMAIN (B.) : *La liquidation des biens des concubins*. Préface de J. Carbonnier. 1968.
- Tome 87. - JESTAZ (Ph.) : *L'urgence et les principes classiques du droit civil*. Préface de P. Raynaud. 1968.
- Tome 88. - GOMAA (N.M.K.) : *Théorie des sources de l'obligation*. Préface de J. Carbonnier. 1968.
- Tome 89. - DELHAY (F.) : *La nature juridique de l'indivision*. Préface de J. Patarin. 1968.
- Tome 90. - GILSON (B.) : *Inexécution et résolution en droit anglais*. Préface de A. David. 1969.
- Tome 91. - OVERSTAKE (J.-F.) : *Essai de classification des contrats spéciaux*. Préface de J. Brèthe de la Gressaye. 1969.
- Tome 92. - COZIAN (M.) : *L'action directe*. Préface de A. Ponsard. 1969.
- Tome 93. - GOUBEAUX (G.) : *La règle de l'accessoire en droit privé*. Préface de D. Tallon. 1969.
- Tome 94. - SAYAG (A.) : *Essai sur le besoin créateur de droit*. Préface de J. Carbonnier. 1969.
- Tome 95. - BLONDEL (P.) : *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*. Préface de A. Ponsard. 1969.
- Tome 96. - DUPICHOT (J.) : *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*. Préface de J. Flour. 1969.
- Tome 97. - MALAN (F.) : *Les offres publiques d'achat (O.P.A.) : l'expérience anglaise*. Préface de A. Tunc. 1969.
- Tome 98. - HONORAT (J.) : *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*. Préface de J. Flour. 1969. Épuisé.
- Tome 99. - ISSAD (M.) : *Le jugement étranger devant le juge de l'exequatur de la révision au contrôle*. Préface de Y. Loussouarn. 1970.
- Tome 100. - MARMIER (M.-P.) : *Sociologie de l'adoption*. Préface de J. Carbonnier. 1969.
- Tome 101. - SIMLER (Ph.) : *La nullité partielle des actes juridiques*. Préface de A. Weill. 1969. Épuisé.
- Tome 102. - AZEMA (J.) : *La durée des contrats successifs*. Préface de R. Nerson. 1969.
- Tome 103. - FAYARD (M.-C.) : *Les impenses*. Préface de R. Nerson. 1969.
- Tome 104. - MENDEGRIS (R.) : *La nature juridique de la compensation*. Préface de P. Catala. 1969.
- Tome 105. - SOINNE (B.) : *La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux*. Préface de J. Patarin. 2 vol. 1969.
- Tome 106. - GEBLER (M.-J.) : *Le droit français de la filiation et la vérité*. Préface de D. Tallon. 1970.
- Tome 107. - ALEXANDRE (D.) : *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*. Préface de A. Weill. 1970.
- Tome 108. - LE TOURNEAU (Ph.) : *La règle « nemo auditur »*. Préface de P. Raynaud. 1970. Épuisé.
- Tome 109. - AUBERT (J.-L.) : *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*. Préface de J. Flour. Épuisé.
- Tome 110. - OTTENHOFF (R.) : *Le droit pénal et la formation du contrat civil*. Préface de H. Blaise. 1970.
- Tome 111. - ISSA (H.-M.) : *Capitalisme et sociétés anonymes en Égypte*. Préface de A. Tunc. 1970.
- Tome 112. - GUGGENHEIM (D.) : *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé*. Préface de H. Kaufmann. 1970.
- Tome 113. - MOUREY (J.-L.) : *Les équilibres socio-psychologiques de la copropriété*. Préface de J. Carbonnier. 1970.
- Tome 114. - MERON (Y.) : *L'obligation alimentaire entre époux en droit musulman hanéfite*. Préface de Ch. Chehata. 1971.
- Tome 115. - MAURICE (R.) : *Le commissaire-priseur et les ventes publiques de meubles*. Préface de A. Robert. 1971.
- Tome 116. - CRAFFE (M.) : *La puissance paternelle en droit anglais*. Préface de R. David. 1971.
- Tome 117. - HAUSER (J.) : *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*. Préface de P. Raynaud. 1971.

- Tome 118. - SCHMIDT (A.) : *Les sociétés d'auteurs S.A.C.E.M.-S.A.C.D. — Contrats de représentation*. Préface de H. Desbois. 1971.
- Tome 119. - PILLEBOUT (J.-F.) : *Recherches sur l'exception d'inexécution*. Préface de P. Raynaud. 1971.
- Tome 120. - CHAMPENOIS (G.) : *Réclamation d'état et revendication d'enfant légitime*. Préface de J. Flour. 1971.
- Tome 121. - COUTURIER (G.) : *La confirmation des actes nuls*. Préface de J. Flour. 1971. Épuisé.
- Tome 122. - ALTER (M.) : *L'obligation de délivrance dans la vente des meubles corporels*. Préface de P. Catala. 1972.
- Tome 123. - BAUDRON (A.-M.) : *La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967*. Préface de C. Gavalda. 1972.
- Tome 124. - BOUT (R.) : *La gestion d'affaires en droit français contemporain*. Préface de P. Kayser. 1972. Épuisé.
- Tome 125. - SERLOOTEN (P.) : *Les biens réservés*. Préface de P. Hébraud. 1973.
- Tome 126. - Retiré de la vente.
- Tome 127. - DUPEYRON (Ch.) : *La régularisation des actes nuls*. Préface de P. Hébraud. 1973. Épuisé.
- Tome 128. - BENABENT (A.) : *La chance et le droit*. Préface de J. Carbonnier. 1973. Épuisé.
- Tome 129. - PUECH (M.) : *L'illicéité dans la responsabilité civile extra-contractuelle*. Préface de A. Rieg. 1973. Épuisé.
- Tome 130. - MICHELET (E.) : *La règle de non-cumul du possessoire et du pétitoire*. Préface de M. Perrot. 1973.
- Tome 131. - BERGEL (J.-L.) : *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation*. Préface de E. Bertrand. 1973.
- Tome 132. - BERLIOZ (G.) : *Le contrat d'adhésion*. Préface de B. Goldman. 2^e édition. 1975.
- Tome 133. - PENNEAU (J.) : *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*. A. Tunc. 1973. Épuisé.
- Tome 134. - MARTIN (D.) : *L'entreprise agricole dans les régimes matrimoniaux*. Préface de J. Béguin. 1974.
- Tome 135. - ROUJOU DE BOUBÉE (M.-E.) : *Essai sur la notion de réparation*. Préface de P. Hébraud. 1974.
- Tome 136. - POULPIQUET (J. de) : *La responsabilité civile et disciplinaire des notaires (de l'influence de la profession sur les mécanismes de la responsabilité)*. Préface de P.-A. Sigalat. 1974. Épuisé.
- Tome 137. - GUERRIERO (M.-A.) : *L'acte juridique solennel*. Préface de J. Vidal. 1975.
- Tome 138. - PIERRE-FRANÇOIS (G.-L.) : *La notion de dette de valeur en droit civil*. Essai d'une théorie. Préface de P. Raynaud. 1975.
- Tome 139. - TEYSSIE (B.) : *Les groupes de contrats*. Préface de J.-M. Mousseron. 1975.
- Tome 140. - CRIONNET (M.) : *Les droits intellectuels et les régimes matrimoniaux en droit français*. Préface de A. Françon. 1975.
- Tome 141. - TEMPLE (H.) : *Les sociétés de fait*. Préface de J. Calais-Auloy. 1975. Épuisé.
- Tome 142. - PAPACHRISTOS (A.-C.) : *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*. Préface de J. Carbonnier. 1975.
- Tome 143. - TOMASIN (D.) : *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*. Préface de P. Hébraud. 1975.
- Tome 144. - ROZES (L.) : *Les travaux et constructions du preneur sur le fonds loué*. Préface de P. Hébraud. 1976.
- Tome 145. - GUINCHARD (S.) : *L'affectation des biens en droit privé français*. Préface de R. Nerson. 1976.
- Tome 146. - GENIN-MERIC (R.) : *La maxime locus regit actum, nature et fondement*. Préface de J. Vincent. 1976.
- Tome 147. - PATENAUDE (P.) : *La protection des conversations en droit privé*. Étude comparative des droits américain, anglais, canadien, français et québécois. Préface de J.-L. Baudouin. 1976.
- Tome 148. - PETRANKER (L.) : *Droit français et droit allemand en matière de brevets concernant la protection de différentes inventions dans le domaine de la chimie*. Préface de A. Françon. 1976.

- Tome 149. - GASTAUD (J.-P.) : *Personnalité morale et droit subjectif*. Préface de J.-P. Sortais. 1977.
- Tome 150. - MIGUET (J.) : *Immutabilité et évolution du litige*. Préface de P. Hébraud. 1977.
- Tome 151. - DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) : *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*. Préface de M. Gobert. 1977.
- Tome 152. - *L'information en droit privé*. Travaux de la conférence d'agrégation, sous la direction de Y. Loussouarn et P. Lagarde, par I. Tallon-Frouin, M. Cherif Salah Bey, N. Guimezanes, M. Buy, E. Escolano, J. Veizian, G. Berlioz, C. Lucas de Leysac, B. Bonjean, E. Contamine-Raynaud, M. Crémieux, J.-C. Coviaux et A. du Cheyron. Préface de Y. Loussouarn. 1978.
- Tome 153. - RAVANAS (J.) : *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*. Préface de P. Kayser. 1978.
- Tome 154. - MALINVERNI (P.) : *Les conditions générales de vente et les contrats-types des Chambres syndicales*. Préface de J. Hémaré. 1978.
- Tome 155. - MARTY (J.-P.) : *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude de droit de superficie*. Préface de J. Hémaré. 1979.
- Tome 156. - VIANDIER (A.) : *La notion d'associé*. Préface de F. Terré. 1978.
- Tome 157. - CORLAY (P.) : *La notion de soustraction frauduleuse et la conception civile objective de la possession*. Préface de J.-D. Bredin. 1978.
- Tome 158. - LE CANNU (P.) : *La société anonyme à directoire*. Préface de J. Derruppé. 1979.
- Tome 159. - AUDIER (J.) : *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*. Préface de P. Kayser. 1979.
- Tome 160. - MESTRE (J.) : *La subrogation personnelle*. Préface de P. Kayser. 1979.
- Tome 161. - MAGNAN (J.-L.) : *Le notariat et le monde moderne*. Préface de J. Derruppé. 1979.
- Tome 162. - GRIDEL (J.-P.) : *Le signe et le droit (Les bornes — Les uniformes — La signalisation et autres)*. Préface de J. Carbonnier. 1979.
- Tome 163. - NERET (J.) : *Le sous-contrat*. Préface de P. Catala. 1979.
- Tome 164. - SAINT-ALARY-HOUIN (C.) : *Le droit de préemption*. Préface de P. Raynaud. 1979.
- Tome 165. - KORNPORST (E.) : *La notion de bonne foi, application au droit fiscal français*. Préface de J. Schmidt. 1980.
- Tome 166. - GHOZI (A.) : *La modification de l'obligation par la volonté des parties*. (Études de droit civil français). Préface de D. Tallon. 1980.
- Tome 167. - CARREAU (A.) : *Mérite et droit d'auteur*. Préface de A. Françon. 1981.
- Tome 168. - MUZUAGHI (A.S.) : *Le déclin des clauses d'exonération de responsabilité sous l'influence de l'ordre public nouveau*. Préface de P. Bonassies. 1981.
- Tome 169. - CABALLERO (F.) : *Essai sur la notion de nuisance*. Préface de J. Rivero. 1981.
- Tome 170. - PHILIPPE (C.) : *Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale*. Préface de G. Wiederkehr. 1981.
- Tome 171. - GOUTAL (J.-L.) : *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*. Préface de H. Batiffol. 1981.
- Tome 172. - STORCK (M.) : *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*. Préface de D. Huet-Weiller. 1982.
- Tome 173. - NANA (G.) : *La réparation des dommages causés par le vice d'une chose*. Préface de J. Ghestin. 1982.
- Tome 174. - PAMOUDJIAN (J.-P.) : *Le droit du parfum*. Préface de Ch. Gavalda. 1982.
- Tome 175. - BRICKS (H.) : *Les clauses abusives*. Préface de J. Calais-Auloy. 1982.
- Tome 176. - LALIGANT (O.) : *La divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français*. Avant-propos de P. Kayser. Préface de G. Lambert. 1983 avec mise à jour : loi du 3-7-1985.
- Tome 177. - BENAC-SCHMIDT (F.) : *Le contrat de promesse unilatérale de vente*. Préface de J. Ghestin. 1983.
- Tome 178. - JOBARD-BACHELLIER (M.-N.) : *L'apparence en droit international privé*. Préface de P. Lagarde. 1983.
- Tome 179. - DUCLOS (J.) : *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*. Préface de D. Martin. 1984.

- Tome 180. - GOYET (Ch.) : *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*. Préface de D. Schmidt. 1983.
- Tome 181. - LEVY (L.) : *La nationalité des sociétés*. Préface de B. Goldman. 1984.
- Tome 182. - NEIRINCK (C.) : *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*. Préface de B. Teyssié. 1984.
- Tome 183. - NASSAR (N.) : *Le droit du bail au Liban*. Préface de F. Terré. 1984.
- Tome 184. - MEAU-LAUTOUR (H.) : *La donation déguisée en droit civil français, contribution à la théorie générale de la donation*. Préface de P. Raynaud. 1985.
- Tome 185. - DREIFUSS-NETTER (F.) : *Les manifestations de volonté abdicatives*. Préface de A. Rieg. 1985.
- Tome 186. - BEN ABDERRAHMANE (D.) : *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*. Préface de M. Pédamon. 1985.
- Tome 187. - RANOUIL (V.) : *La subrogation réelle en droit civil français*. Préface de Ph. Malaurie. 1985.
- Tome 188. - DORSNER-DOLIVET (A.) : *Contribution à la restauration de la faute, contribution des responsabilités civile et pénale dans le domaine de l'homicide et des blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*. Préface de P. Raynaud. 1986.
- Tome 189. - URBAIN-PARLEANI (I.) : *Les comptes courants d'associés*. Préface de G. Gavalda. 1986.
- Tome 190. - VIRASSAMY (G.-J.) : *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*. Préface de J. Ghestin. 1986.
- Tome 191. - BARRE (M.) : *L'accession à la propriété d'une maison individuelle*. Préface de Ph. Fouchard. 1986.
- Tome 192. - LE FLOCH (P.) : *Le fonds de commerce, essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*. Préface de J. Paillusseau. 1986.
- Tome 193. - *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*. Colloque 6-7 nov. 1986, sous la direction de J. Ghestin. 1987.
- Tome 194. - PUGHON (J.-M.) : *Histoire doctrinale de l'échange*. Préface de J.-P. Braud. 1987.
- Tome 195. - VASSILAKAKIS (E.) : *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*. Préface de P. Lagarde. 1987.
- Tome 196. - *Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco-anglaises*, collectif sous la direction de D. Tallon et D. Harris. 1987.
- Tome 197. - MARGELLOS (T.-M.) : *La protection du vendeur à crédit d'objets mobiliers corporels à travers la clause de réserve de propriété*. Préface de J.-M. Bischoff. 1988.
- Tome 198. - JARROSSON (Ch.) : *La notion d'arbitrage*. Préface de B. Oppetit. 1987.
- Tome 199. - CHARDIN (N.) : *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Préface de J.-L. Aubert. 1988.
- Tome 200. - EL HASSANI (M.) : *Les groupes de sociétés au Maroc*. 2 vol., sous presse.
- Tome 201. - BUSSY-DUNAUD (F.) : *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*. Préface de J. Ghestin. 1988.
- Tome 202. - DUBOC (G.) : *La compensation et les droits des tiers*. Préface de J.-L. Mouralis. 1989.
- Tome 203. - PENNEAU (A.) : *Règles de l'art et normes techniques*. Préface de G. Viney. 1989.
- Tome 204. - CORDIER (B.) : *Le renforcement des fonds propres dans les sociétés anonymes*. Préface de Y. Guyon. 1989.
- Tome 205. - POLLAUD-DULIAN (F.) : *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*. Préface de A. Françon. 1989.
- Tome 206. - FERRY (C.) : *La validité des contrats en droit international privé, France-U.S.A.* Préface de B. Teyssié. 1989.
- Tome 207. - BILLIAU (M.) : *La délégation de créance, essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*. Préface de J. Ghestin. 1989.
- Tome 208. - PICOD (Y.) : *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*. Préface de G. Couturier. 1989.
- Tome 209. - MONTREDON (J.-F.) : *La désolennisation des libéralités*. Préface de B. Teyssié. 1989.

- Tome 210. - CONDOVASAINITIS (T.): *Le secteur public industriel et commercial au regard du droit français et du droit communautaire de la concurrence*. Préface de M. Pédamon. 1989.
- Tome 211. - MARKOVITS (Y.): *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*. Préface de J. Ghestin, 1990.
- Tome 212. - LEVENEUR (L.): *Situations de fait et droit privé*. Préface de M. Gobert. 1990.
- Tome 213. - CABRILLAC (R.): *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*. Préface de P. Catala. 1990.
- Tome 214. - FADEL RAAD (N.): *L'abus de la personnalité morale en droit privé*. Préface de F. Terré. 1991.
- Tome 215. - JAMIN (C.): *La notion d'action directe*. Préface de J. Ghestin. 1991.
- Tome 216. - HANNOUN (C.): *Le droit et les groupes de sociétés*. Préface de A. Lyon-Caen. 1991.
- Tome 217. - DURNERIN (P.): *La notion de passif successoral*. Préface de G. Cornu. 1992.
- Tome 218. - GUELFUCCI-THIBIERGE (C.): *Nullité, restitutions et responsabilité*. Préface de J. Ghestin, 1993.
- Tome 219. - PAMBOUKIS (C.): *L'acte public étranger en droit international privé*. Préface de P. Lagarde. 1992.
- Tome 220. - ANTONMATTEI (P.-H.): *Contribution à l'étude de la force majeure*. Préface de B. Teysie. 1992.
- Tome 221. - FABRE-MAGNAN (M.): *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*. Préface de J. Ghestin. 1992.
- Tome 222. - BRANLARD (J.-P.): *Le sexe et l'état des personnes*. Préface de F. Terré. 1993.
- Tome 223. - MAZEAUD (D.): *La notion de clause pénale*. Préface de F. Chabas. 1992.
- Tome 224. - OSMAN (F.): *Les principes généraux de la Lex Mercatoria*. Préface de E. Loquin. 1992.
- Tome 225. - LIBCHABER (R.): *Recherches sur la monnaie en droit privé*. Préface de P. Mayer. 1992.
- Tome 226. - DIAB (N. A.): *Le tribunal internationalement compétent en droit libanais et français*. Préface de J. Foyer. 1993.
- Tome 227. - FONTAINE (M.) GHESTIN (J.): *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*. 1992.
- Tome 228. - COLIN (Th.): *Le notaire français et le notaire suisse face à l'Europe*. Préface de J. Foyer. 1993.
- Tome 229. - COHEN (D.): *Arbitrage et société*. Préface de B. Oppetit. 1993.
- Tome 230. - COURSIER (Ph.): *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*. Préface de B. Teysie. 1993.
- Tome 231. - CASAUX (L.): *La pluriactivité ou l'exercice par une même personne physique de plusieurs activités professionnelles*. Préface de M. Despax. 1993.
- Tome 232. - DEZIYANNI (E.): *Le droit de représentation des auteurs face à la télévision transfrontalière par satellite et par câble*. Préface de A. Françon. 1993.
- Tome 233. - HOCHART (C.): *La garantie d'éviction dans la vente*. Préface de J. Ghestin. 1993.
- Tome 234. - BEIGNIER (B.): *L'honneur et le droit*. Préface de J. Foyer. 1993.
- Tome 235. - LASZLO-FENOUILLET (D.): *La conscience*. Préface de J. Cornu. 1993.
- Tome 236. - D'AMBRA (D.): *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*. Préface de G. Wiederkehr. 1994.
- Tome 237. - ROUTIER (R.): *Les fusions de sociétés commerciales*. Préface de G. Martin. 1994.
- Tome 238. - DUVAL-ARNOULD (D.): *Le corps de l'enfant*. Préface de J. Cornu. 1994.
- Tome 239. - LAGARDE (X.): *Réflexion critique sur le droit de la preuve*. Préface de J. Ghestin. 1994.
- Tome 240. - KINSCH (P.): *Le fait du prince étranger*. Préface de J.-M. Bischoff. 1994.
- Tome 241. - LABARTHE (F.): *La notion de document contractuel*. Préface de J. Ghestin. 1994.

PRÉFACE

Le fait du prince étranger : sous un intitulé au charme un peu suranné, c'est à un phénomène qui demeure d'une constante actualité qu'est consacré l'ouvrage de M. Patrick Kinsch que l'on a ici le plaisir de présenter.

L'hypothèse visée, principalement mais non uniquement, est celle d'un contrat international, par exemple un contrat de vente, parfaitement valable selon la loi qui le régit, mais dont l'exécution se heurte à une prohibition, par exemple une interdiction d'exportation, édictée par un autre Etat (l'Etat étranger) sur le territoire duquel tout ou partie de cette exécution doit se dérouler. Le débiteur de l'obligation en cause, le vendeur dans l'exemple retenu, est pris entre deux devoirs contradictoires :

— respecter ses obligations contractuelles, librement et valablement assumées, et donc livrer,

— mais respecter également la réglementation de l'Etat de provenance de la marchandise, dont la prohibition d'exportation peut d'ailleurs être assortie de sanctions pénales assez dissuasives.

Situation éminemment inconfortable, qui risque d'advenir de plus en plus fréquemment de nos jours avec la multiplication de mesures étatiques de type « boycott », « embargo », « blocage d'avoirs étrangers », ou encore avec les restrictions au commerce que fonde le souci de la protection des biens culturels ou des ressources naturelles. Situation qui peut d'ailleurs se présenter en dehors de relations contractuelles *stricto sensu*, par exemple s'agissant du droit de la concurrence et de la répression des ententes, où un ordre de fourniture de renseignements émanant d'une autorité publique d'un Etat peut se heurter au secret bancaire ou à une « loi de blocage » d'un autre Etat. Situation qu'on ne peut évidemment laisser sans solution.

En droit interne, ces interventions perturbatrices de la puissance publique constituent ce que l'on appelle le « fait du prince », manifestation particulière d'un concept plus large qui est celui de la force majeure. « A l'impossible nul n'est tenu », et si les prescriptions de l'autorité publique empêchent le débiteur d'exécuter ses obligations, celui-ci est libéré. Ne peut-on étendre la solution à l'ordre international et admettre que le fait du prince « étranger » puisse, lui aussi, avoir cet effet libératoire ? Telle est l'hypothèse émise par M. Kinsch et qu'il va développer tout au long de son étude.

Adoptant une démarche rigoureusement scientifique, l'auteur va d'abord vérifier son hypothèse, à titre expérimental pourrait-on dire, dans une première partie consacrée au « fait du prince étranger sous l'angle du droit matériel ». L'examen exhaustif de la pratique judiciaire, non seulement en France, mais également en Allemagne, en Angleterre, aux Etats-Unis d'Amérique et en Suisse (avec en outre quelques excursions dans la jurisprudence d'autres pays ainsi que dans la pratique arbitrale) lui permet de constater que l'effet libératoire du fait du prince étranger est effectivement admis, à l'heure actuelle, de manière très générale. Le fondement de cette solution apparaît comme double : le respect dû à la souveraineté de l'Etat étranger auteur de la norme contraignante, mais aussi et surtout la protection du débiteur dont on ne saurait raisonnablement exiger qu'il s'expose aux sanctions prévues en cas de violation de la loi étrangère. Ce souci de protection conduit d'ailleurs à privilégier l'effectivité de la norme étrangère sur sa légitimité comme condition de son effet libératoire, car, comme l'écrit très justement M. Kinsch (n. 182) : « Une norme étrangère contraire à l'ordre public du for ne devient pas pour autant résistible, prévisible, imputable au débiteur ; dès lors, il n'y a aucune raison de lui en faire supporter, par dérogation aux règles légales, les risques ». Et le même raisonnement peut être tenu s'agissant de la conformité ou de la contrariété de la règle étrangère par rapport au droit international public.

On trouve dans cette première partie nombre d'analyses extrêmement fines de droit matériel, sur les conditions de la force majeure (notamment son « irrésistibilité ») comme sur ses effets. Mais on voudrait également insister sur la superbe fresque de droit comparé qui est ici offerte au lecteur, servie par une triple culture linguistique, mais aussi juridique, littéraire et philosophique franco-germano-anglaise qui permet à l'auteur de travailler directement sur les nombreuses sources qu'il a su réunir (et dont on admirera, au surplus, l'extrême précision et la parfaite correction du système de références).

C'est également son excellente connaissance de la littérature et de la doctrine étrangères qui permettra à M. Kinsch de systématiser la théorie du fait du prince étranger au regard du droit international privé, ce qui constitue l'objet de la deuxième partie de son étude.

Pour l'auteur l'assimilation du fait du prince étranger à la force majeure constitue une application de la technique de *prise en considération* des normes étrangères, plus précisément encore une mise en oeuvre de la théorie des *data* développée en doctrine américaine par Currie et Ehrenzweig. Pour ces auteurs la loi étrangère, dans un litige international, peut jouer deux rôles distincts. Elle peut intervenir comme « règle de décision », applicable à la situation, et fournissant au juge la solution de droit matériel qu'il recherche. Elle peut également ne constituer qu'une « règle de conduite », prescrivant aux parties un certain comportement, sans fournir directement la règle de décision permettant de déterminer leurs droits et obligations respectifs. Cette « règle de conduite » pourra ou devra être « prise en considération » en tant que « *local datum* » par le juge saisi, dans un souci de réalisme, et ce dans le cadre des « clauses générales » qui, dans le droit matériel applicable selon la règle de conflit, confèrent au juge un certain pouvoir d'appréciation : « bonne foi », « intérêt de l'enfant », mais aussi « force majeure ». L'effet libératoire du fait du prince étranger constitue ainsi un exemple de prise en

considération d'une règle de conduite constituant un « *local datum* » que le juge saisi ne saurait ignorer.

L'explication est extrêmement intéressante et la démonstration qui y conduit parfaitement bien menée et séduisante à maints égards. Pour être totalement convaincante il lui fallait cependant subir encore l'épreuve de la confrontation avec d'autres mécanismes du droit international privé susceptibles de conduire à des résultats analogues.

La comparaison avec la théorie de l'*Act of State* montre très rapidement les défauts et les lacunes de cette dernière, au demeurant assez largement circonscrite au seul droit international privé américain. Mais le parti à prendre est moins net lorsque la confrontation se fait avec la théorie du rattachement spécial des lois de police étrangères (*Sonderanknüpfung*). Celle-ci est sans doute la seule qui puisse permettre de tenir compte de certaines lois de police contractuelle ayant le caractère de « règles de décision » et qui doivent pouvoir *s'appliquer (stricto sensu)* par dérogation à la loi qui régit normalement le contrat, comme c'est le cas par exemple des règles assurant la protection de la partie faible. En revanche lorsqu'il s'agit de « règles de conduite » du type de celles qui constituent des faits du prince étranger, la théorie de la « prise en considération » paraît présenter, aux yeux de M. Kinsch, des avantages tels (s'agissant notamment des normes contraignantes étrangères contraires à l'ordre public ou au droit international, ou encore des sanctions civiles devant assortir leur méconnaissance, avec un exemple tiré du droit anglais tout à fait convaincant) qu'elle devrait être préférée systématiquement à la technique du rattachement spécial des lois de police étrangères, sauf à reconnaître à celle-ci un rôle d'appoint pour quelques cas précis. A quoi l'on peut sans doute répliquer, en sens inverse, que la technique du rattachement spécial commençant (enfin) à être reconnue dans les textes (Convention de Rome notamment) et dans une certaine pratique judiciaire, s'imposant en outre de toute manière pour les « règles de décision », il serait peut-être plus opportun de la conserver pour les « règles de conduite », quitte à corriger certaines de ses imperfections par un appel subsidiaire à la théorie des *data* et à la technique de la prise en considération. En réalité, le pour et le contre s'équilibrent assez sensiblement dans ce débat, et c'est un peu à chacun de décider de son issue.

Mais c'est le mérite fondamental de M. Kinsch de l'avoir soulevé et d'avoir apporté les éléments qui le nourrissent. Une fois de plus il y a beaucoup à apprendre et beaucoup à penser à lire l'auteur. Si l'on ajoute que son ouvrage est rédigé dans un style dont la clarté et la concision s'allient avec la plus grande élégance, on a tous les ingrédients d'une grande thèse qui devrait avoir de quoi séduire non seulement les internationalistes, mais également les civilistes et les comparatistes. Un livre qui a parfaitement sa place dans la bibliothèque qui l'accueille.

JEAN-MARC BISCHOFF

Professeur à l'Université Robert Schuman de Strasbourg

TABLE DES ABRÉVIATIONS

A.2d	Atlantic Reporter, Second Series
A.C.	Law Reports, Appeal Cases
A.F.D.I.	Annuaire français de droit international
A.J.I.L.	American Journal of International Law
All E.R.	All England Law Reports
All E.R. Rep.	All England Law Reports — Reprint
A.L.R. Comm.	African Law Reports, Commercial Law Series
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Ann. Dig.	Annual Digest of Public International Law Cases
Ann. Louvain	Annales de droit de Louvain
Antitrust L.J.	Antitrust Law Journal
Arch. f. Eisenbahnwesen	Archiv für Eisenbahnwesen
Arch. phil. dr.	Archives de philosophie du droit
ASDI	Annuaire suisse de droit international
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel
AW/RiA	Außenwirtschaft/Recht im Außenhandel [Berlin-Est]
BerGesVR	Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-RGRK	<i>Das Bürgerliche Gesetzbuch — Kommentar, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofs, 12^e éd.</i>
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
B.J.	Belgique Judiciaire
BIZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
Buffalo L. Rev.	Buffalo Law Review
Bulletin ASA	Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
Bull. Inst. Jur. Int.	Bulletin de l'Institut Juridique International
Bull. transp.	Bulletin des transports
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht

BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
B.Y.B.I.L.	British Yearbook of International Law
C.A.	Court of Appeal
Calif. L. Rev.	California Law Review
Can. Bar Rev.	Canadian Bar Review
Can. Y.B.I.L.	Canadian Yearbook of International Law
Cass.	Cour de cassation
C.C.I.	Chambre de Commerce Internationale
C.D.E.	Cahiers de droit européen
C.D.F.I.	Cahiers de droit fiscal international
C.E.	Conseil d'Etat
Ch.	Law Reports, Chancery
C.I.L.R.	Cayman Islands Law Reports
Civ.	Cour de cassation, chambre civile
C.J.C.E.	Cour de justice des Communautés européennes
Cmnd.	Command Papers, Fifth Series
C.O.	Code des obligations
Colum. J. Transnat'l L.	Columbia Journal of Transnational Law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Com. eur. dr. h.	Commission européenne des droits de l'homme
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Cons. guerre	Conseil de guerre
C.P.C. (2d)	Carswell's Practice Cases, Second Series
C.P.D.	Law Reports (Second Series), Common Pleas Division
C.P.J.I.	Cour Permanente de Justice Internationale
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Crim. App. R.	Criminal Appeal Reports
D.	Dalloz (-Sirey)
D.A.I. (C.E.E.)	Droit et affaires internationales (C.E.E.)
Dall.	Dallas
D.C.	Divisional Court
D.C.	Dalloz, Recueil critique
Deac.	Deacon
D.H.	Dalloz, Recueil hebdomadaire
Dig.	Digeste
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
D.L.R.	Dominion Law Reports
D.M.F.	Droit maritime français
D.P.	Dalloz, Recueil périodique et critique
D.P.C.I.	Droit et pratique du commerce international
Dr. eur. transp.	Droit européen des transports
DRpfleger	Der deutsche Rechtspfleger
DtZ	Deutsch-deutsche Rechtszeitschrift
Duvergier	J.-B. Duvergier, <i>Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-d'Etat</i> , 2 ^e éd.

E.A.T.	Employment Appeal Tribunal
E.D.C.E.	Etudes et Documents du Conseil d'Etat
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
E.R.	English Reports (*)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
F.2d	Federal Reporter, Second Series
Fed.	Federal Reporter
FF	Feuille fédérale
FL OGH	Fürstlich Liechtensteinischer Oberster Gerichtshof
F.M.I.	Fonds Monétaire International
Foro it.	Foro italiano
F.R.D.	Federal Rules Decisions
F.S.R.	Fleet Street Patent Law Reports
F. Supp.	Federal Supplement
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Gaz. Trib.	Gazette des Tribunaux (Journal)
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, herausgegeben von Gruchot
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
G.Y.I.L.	German Yearbook of International Law
Halsbury	<i>Halsbury's Laws of England</i> , 4 ^e éd.
HansGZ	Hanseatische Gerichtszeitung
Harv. Int'l L.J.	Harvard International Law Journal
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings L.J.	Hastings Law Journal
H.K.L.R.	Hong Kong Law Reports
H.L.	House of Lords
I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
I.C.R.	Industrial Cases Reports
I.L.M.	International Legal Materials
I.L.R.	International Law Reports
I.L.R.M.	Irish Law Reports Monthly

(*) Réimpression systématique de la plupart des recueils de jurisprudence anglaise antérieurs à 1865 ; en l'occurrence : Ayley. — B. & S. : Best & Smith. — Beav. : Beavan. — Bing. : Bingham. — Bos. & Pul. : Bosanquet & Puller. — Cas. t. Hard. : Cases tempore Hardwicke. — C.B.(N.S.) : Common Bench, New Series. — Chan. Cas. : Cases in Chancery. — Cowp. : Cowper. — De G.F. & J. : De Gex, Fisher & Jones, tempore Campbell. — El. Bl. & El. : Ellis, Blackburn & Ellis. — East : East's Term Reports. — H.L. Cas. : House of Lords Cases. — H. & N. : Hurlstone & Norman. — M. & S. : Maule & Selwyn. — Q.B.R. : Queen's Bench Reports. — Sim. (N.S.) : Simons, New Series. — Swans. : Swanston. — Vent. : Ventris. — Vern. : Vernon. — Ves. Sen. : Vesey Senior.

Int. Fin. L. Rev.	International Financial Law Review
Int'l Law.	International Lawyer
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts
Iran-U.S. C.T.R.	Iran-United States Claims Tribunal Reports
IzRspr.	Sammlung der deutschen Entscheidungen zum interzonalen Privatrecht
JBI	Juristische Blätter
JbUTR	Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts
J.C.P.	Semaine juridique (Jurisclasseur périodique)
J.D.I.	Journal du droit international (Clunet) (« Journal du droit international privé » jusqu'en 1914)
J.I.B.L.	Journal of International Banking Law
J.O.	Journal officiel de la République française
J.O. déb., A.N.	Journal officiel de la République française, débats — Assemblée Nationale
J.O. déb., Sénat	Journal officiel de la République française, débats — Sénat
J.O.C.E.	Journal officiel des Communautés européennes
Journ. dr. fisc.	Journal de droit fiscal
Journ. trib. com.	Journal des tribunaux de commerce
J.P.A.	Jurisprudence du Port d'Anvers
JR	Juristische Rundschau
J. Soc.	Journal des sociétés
J.T.	Journal des Tribunaux [Bruxelles]
Jur. Liège	Jurisprudence de Liège
Jurisc.	Jurisclasseur
Jurispr. gén.	Jurisprudence générale Dalloz
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K.B.	Law Reports, King's Bench
KG	Kammergericht
Law & Pol'y Int'l Bus.	Law and Policy in International Business
L.D.I.P.	Loi fédérale sur le droit international privé
LG	Landgericht
Ll. L.R.	Lloyd's List Law Reports
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
L.Q.R.	Law Quarterly Review
L.R. ... A. & E.	Law Reports (First Series), Admiralty and Ecclesiastical Cases
L.R. ... Ch. App.	Law Reports (First Series), Chancery Appeal Cases
L.R. ... P.C.	Law Reports (First Series), Privy Council Appeals
L.R. ... Q.B.	Law Reports (First Series), Queen's Bench
L.T.	Law Times Reports
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht

Mass.	Massachusetts Reports
McGill L.J.	McGill Law Journal
McKinney	McKinney's Consolidated Laws of New York Annotated
Me.	Maine Reports
Md.	Maryland Reports
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
Mont. & Ch.	Montagu & Chitty
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2 ^e éd.
N.E.	North Eastern Reporter
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nouvelle Revue	Nouvelle Revue de droit international privé
Nw. U.L. Rev.	Northwestern Northwestern University Law Review
N.Y.L. Sch.	
J. Int'l & Comp. L.	New York Law School Journal of International and Comparative Law
N.Y.S.	West's New York Supplement
N.Y.S.2d	West's New York Supplement, Second Series
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
OGH	Oberster Gerichtshof
OGHBrZ	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
P.2d	Pacific Reporter, Second Series
P.A.	Les Petites Affiches
Palandt	Palandt, <i>Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar</i> , 53 ^e éd.
Palestine Y.I.L.	Palestine Yearbook of International Law
Pas. b.	Pasicrisie belge
Pas. lux.	Pasicrisie luxembourgeoise
P.C.	Privy Council
Penant	Recueil Penant (Revue de droit des pays de l'Afrique)
Q.B.	Law Reports, Queen's Bench
Q.B.D.	Law Reports (Second Series), Queen's Bench Division
Q.B.D.	High Court, Queen's Bench Division
R.	Revue critique de droit international privé (« Revue de droit international privé et de droit pénal international » jusqu'en 1921 ; « Revue de droit international privé » jusqu'en 1933 ; « Revue critique de droit international » jusqu'en 1946)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (jusqu'en 1961 : « Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht »)
R.C.A.D.I.	Recueil des cours de l'Académie de droit international
R.D.A.I.	Revue de droit des affaires internationales

R.D.P.	Revue du droit public
Rec.	Recueil
Rec. Gaz. Trib.	Recueil de la Gazette des Tribunaux
Réf.	juridiction des référés
Rép.	Répertoire
Rép. Lapradelle-Niboyet	<i>Répertoire de droit international</i> , publié par A. de Lapradelle et J.-P. Niboyet
Req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
Rev. aff. eur.	Revue des affaires européennes
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. b. dr. int.	Revue belge de droit international
Rev. dr. banc. bourse	Revue de droit bancaire et de la bourse
Rev. dr. com. b.	Revue de droit commercial belge
Rev. dr. int. dr. comp.	Revue de droit international et de droit comparé
Rev. dr. suisse	Revue de droit suisse
Rev. égypt. dr. int.	Revue égyptienne de droit international
Rev. fr. dr. aér.	Revue française de droit aérien
Rev. gén. ass. terr.	Revue générale des assurances terrestres
Rev. int. dr. comp.	Revue internationale de droit comparé
Rev. jur. Als. Lorr.	Revue juridique d'Alsace et de Lorraine
Rev. jur. pol.	Revue juridique et politique
Rev. loyers	Revue des loyers
Rev. soc.	Revue des sociétés
Rev. suisse dr. int. dr. eur.	Revue suisse de droit international et de droit européen
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Rev. trim. dr. com.	Revue trimestrielle de droit commercial
Rev. trim. dr. eur.	Revue trimestrielle de droit européen
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
R.I.D.A.	Revue internationale du droit d'auteur
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
ROW	Recht in Ost und West
R.P.S.	Revue pratique des sociétés
R.S.A.	Recueil des sentences arbitrales (Nations Unies)
Rutgers L. Rev.	Rutgers Law Review
S.	Sirey
S.A.	South African Law Reports
S.A.L.J.	South African Law Journal
S.C.	Session Cases
S. Ct.	Supreme Court Reporter
S. chron.	Sirey chronologique
Seuff. Arch.	J.A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung/Revue suisse de jurisprudence
S.J.L.S.	Singapore Journal of Legal Studies
S.L.R.	Singapore Law Reports
So.	Southern Reporter

Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
Soergel	Soergel, <i>Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar</i> , 11 ^e éd.
Stan. J. Int'l L.	Stanford Journal of International Law
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Staudinger	Staudinger, <i>Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch</i> , 12 ^e éd.
StAZ	Das Standesamt (Zeitschrift für Standesamtswesen)
StuR	Staat und Recht
S.W.	South Western Reporter
S.W.2d	South Western Reporter, Second Series
S.W.A.	South West Africa Supreme Court
T.A.	Tribunal administratif
T.C.	Tribunal des conflits
Tex. Int'l L.J.	Texas International Law Journal
TF	Tribunal fédéral
T.L.R.	Times Law Reports
T.P.I.C.E.	Tribunal de première instance des Communautés européennes
Trade Cas. (CCH)	Trade Cases (Commerce Clearing House, Inc.)
Trade Reg. Rep. (CCH)	Trade Regulation Reports (Commerce Clearing House, Inc.)
Trav. Com. fr.	Travaux du Comité français de droit international privé
Trib. arr.	Tribunal d'arrondissement
Trib. cass.	Tribunal de cassation
Trib. civ.	Tribunal civil
Trib. com.	Tribunal de commerce
Trib. corr.	Tribunal correctionnel
Trib. paix	Tribunal de paix
Trib. sup.	Tribunal supérieur
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U. Pitt. L. Rev.	University of Pittsburgh Law Review
U.S.	United States Reports
U.S.C.	United States Code
Va. J. Int'l L.	Virginia Journal of International Law
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
VersR	Versicherungsrecht
Vill. L. Rev.	Villanova Law Review
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
W.	Witwatersrand Local Division
Warn.	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts
Williamette L. Rev.	Williamette Law Review
W.L.R.	Weekly Law Reports
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb/Entscheidungssammlung

XXIV

LE FAIT DU PRINCE ÉTRANGER

Y.B.C.A.

Yearbook of Commercial Arbitration

ZaöRV

Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und
Völkerrecht

ZfRV

Zeitschrift für Rechtsvergleichung

ZIP

Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

ZRP

Zeitschrift für Rechtspolitik

ZVglRWiss

Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

à Agnès

INTRODUCTION

1. « Il y a conflit de lois toutes les fois qu'une situation juridique pouvant se rattacher à plusieurs pays, il faut choisir, entre les lois de ces différents Etats, celle qui sera appelée à régir le rapport de droit considéré. C'est donc essentiellement un problème d'option » (1). La définition (qui est aussi un programme) est classique. Elle correspond parfaitement à la notion traditionnelle du conflit de lois : confronté à une relation juridique internationale de droit privé, le juge détermine, parmi les différentes lois pouvant avoir quelque titre à s'appliquer à la question litigieuse, la loi qu'il y appliquera effectivement.

Le cas du contrat international constitue, à cet égard, un excellent exemple : on considère normalement que l'aboutissement du progrès jurisprudentiel et doctrinal en la matière est la reconnaissance de l'applicabilité d'une loi d'autonomie unique, régissant en principe l'ensemble des questions relatives à la formation et à l'exécution du contrat (2). Comme il est loisible, de surcroît, aux parties de désigner elles-mêmes par une clause contractuelle la loi applicable à leur contrat, la solution de ce conflit de lois sera évidente, et parfaitement prévisible : « la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée » (3).

2. Il n'est pas certain, pour autant, que tout conflit se trouve ainsi supprimé. Précisément, nous sommes par hypothèse en présence d'une relation juridique — par exemple contractuelle — internationale, et qui est donc susceptible d'intéresser plusieurs Etats. Il est possible que ceux-ci la considèrent avec des degrés très différents de bienveillance. L'exemple-type en est le contrat, en tous points valable et donc obligatoire au regard de la loi d'autonomie qui est aussi la loi du for, qui tend à l'exportation de marchandises d'un Etat étranger ... mais dont l'exécution se heurte à une interdiction d'exportation, pénalement sanctionnée, mise en vigueur dans l'Etat de provenance des marchandises.

(1) Loussouarn et Bourel, *Droit international privé*, 4^e éd., 1993, n° 5.

(2) cf. Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, 7^e éd., t. II, 1983, n°s 595 et s. ; A. Toubiana, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, 1972, n°s 11 et s.

(3) Civ. 5 décembre 1910, *American Trading Co.*, S. 1911. 1. 129 ; Ancel et Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 2^e éd., 1992, n° 11. — La solution est consacrée par l'article 3 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

La situation du débiteur se caractérise ainsi : la loi du contrat, telle que l'appliquera le juge du for, l'oblige *a priori* à exécuter son obligation de livraison ; s'il ne le fait pas, il risque la résolution du contrat et une condamnation à réparer le préjudice subi par son créancier — ou alors une condamnation à exécuter le contrat en nature, sous astreinte. Mais les juridictions répressives de l'Etat étranger, quant à elles, ne se sentiront pas liées par le fait que le contrat en vertu duquel les marchandises doivent être exportées n'est pas régi par leur droit national : les juges se borneront à appliquer leur propre loi déclarant illégaux les actes d'exécution du contrat. Le débiteur, lui, se trouve confronté à un dilemme apparemment inextricable.

Qu'il s'agisse là d'une réelle possibilité n'est pas douteux. Au même titre que le contrôle des changes ou le blocage d'avoirs étrangers, l'interdiction d'exportation, l'embargo restent des instruments, soit de politique économique, soit même de politique étrangère d'une indéniable actualité (4).

Et, si des mesures de droit public économique de ce type ont d'inévitables effets secondaires sur l'exécution des contrats internationaux, des conflits tout aussi redoutables peuvent surgir à propos de l'exécution, par les personnes privées, d'obligations purement légales. Une notion nouvelle, celle de « lois de blocage », a été spécialement créée afin de désigner certaines interventions législatives tendant à interdire aux particuliers d'obéir à des demandes de communication de documents ou renseignements dans des procédures instruites à l'étranger (5). De même, un magistrat anglais a pu énoncer qu'« il est axiomatique qu'en matière de droit de la concurrence la politique d'un Etat peut être de défendre ce qu'il est la politique d'un

(4) Il convient d'ajouter que le recours à pareilles mesures, même à des fins de pure politique étrangère, est généralement considéré comme licite tant au regard du droit international général qu'au regard des principales conventions internationales à vocation universelle intervenues, dans l'après-guerre, en matière de droit économique international : il en va ainsi du G.A.T.T. du 30 octobre 1947, de même que des accords de Bretton-Woods — Statuts du Fonds monétaire international — du 22 juillet 1944 (cf. H. Kausch, « Embargo », *Encyclopaedia of Public International Law*, vol. VIII, Amsterdam/New York/Oxford, 1985, p. 169 et s. ; D. Carreau, Th. Flory et P. Juillard, *Droit international économique*, 3^e éd., 1990, n^{os} 146, 174, 549 ; D. Carreau, « Les moyens de pression économique au regard du F.M.I., du G.A.T.T. et de l'O.C.D.E. », *Rev. b. dr. int.* 1984-1985. 20 ; W. Kewenig, « Die Anwendung wirtschaftlicher Zwangsmaßnahmen im Völkerrecht », *BerGesVR* 22 (1982) 7 ; G. Gornig, « Die völkerrechtliche Zulässigkeit eines Handelsembargos », *JZ* 1990. 113 ; *contra*, en ce qui concerne la licéité au regard du droit international général de certains embargos à motivation politique : J.J. Neuss, *Handelsembargos zwischen Völkerrecht und IPR*, Munich, 1989). — *Adde*, d'un point de vue plus général, A. Lowenfeld, *Trade Controls for Political Ends (International Economic Law)*, vol. III, 2^e éd., New York/San Francisco, 1983 ; L. Dubouis, « L'embargo dans la pratique contemporaine », *A.F.D.I.* 1967. 99 ; B. Lindemeyer, *Schiffsempargo und Handelsempargo*, Baden-Baden, 1975 ; et, en ce qui concerne la pratique communautaire, M. Vaucher, « L'évolution récente de la pratique des sanctions communautaires à l'encontre des Etats tiers », *Rev. trim. dr. eur.* 1993. 39.

(5) Sur ce phénomène, v. p. ex. les contributions in D.P.C.I. 1986, « Les lois de blocage », p. 513 à 630 ainsi que les indications bibliographiques données *infra*, n^o 96, notes 97 et 98. *Adde*, pour une vue d'ensemble sur la problématique plus générale des conflits en matière de droit économique, C. Olmstead (éd.), *Extra-territorial Application of Laws and Responses Thereto*, Oxford, 1984.

autre Etat d'attaquer» (6). La situation difficile de l'individu ainsi tenu d'obligations contradictoires est bien connue ; elle a même fait l'objet d'efforts internationaux d'atténuation (7) ; en tout cas, la considération de pareilles situations individuelles n'empêche manifestement pas les Etats d'édicter leurs normes prohibitives. Au demeurant, et en dehors même de tout conflit interétatique sous-jacent, l'intervention étatique dans l'exécution des obligations et la réglementation du comportement des opérateurs économiques sont des phénomènes qui n'ont rien d'inhabituel.

3. Il n'est pas difficile de qualifier ces situations en termes de droit international privé : les normes prohibitives auxquelles nous venons de faire allusion font partie de la catégorie des lois dites de police ou d'application immédiate, dont le caractère d'« élément perturbateur de la coordination des systèmes juridiques » a été déploré comme un « mal nécessaire » (8). Dans le cas du contrat international, la principale particularité de ce type de lois de police est, en ce qui concerne notre discussion, qu'alors même qu'elles ne s'imposeraient nullement au juge du contrat, elles s'imposent très certainement au juge étranger, compétent pour assurer — au besoin au moyen de sanctions pénales — leur respect effectif par les contractants. Il pourra en aller de même des *décisions* étrangères (9) : dès lors que l'un de ses organes aura pris une décision ayant trait aux opérations d'exécution du contrat, l'Etat étranger l'appliquera inévitablement ; ainsi, lorsque l'administration étrangère décide définitivement la confiscation de marchandises illégalement importées, leur détenteur ne pourra se soustraire à la confiscation en invoquant la loi française applicable au contrat de vente ou de transport dont ces marchandises faisaient l'objet. Supposons, de surcroît, que la décision étrangère, jugée contraire à l'ordre public international, soit insusceptible de reconnaissance par le juge français : celui-ci doit-il pour autant en ignorer l'existence ?

(6) « It is axiomatic that in anti-trust matters the policy of one state may be to defend what it is the policy of another state to attack » : *Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.* [1978] A.C. 547, 617, *per* Lord Wilberforce. — Des mécanismes de concertation ont toutefois été mis en place depuis les années 1970 entre les autorités administratives, chargées de la mise en oeuvre du droit de la concurrence, de différents Etats ; ils ont sans doute abouti, parfois, à prévenir certains conflits, mais sans résoudre les autres : cf. les exemples cités par J.-G. Castel, *Extraterritoriality in International Trade*, Toronto/Vancouver, 1988, p. 270-279 et par P.M. Roth, « Reasonable Extraterritoriality : Correcting the "Balance of Interests" » (1992) 41 *I.C.L.Q.* 245, 268-271. Un accord de coopération a été conclu entre le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et la Commission des Communautés européennes le 23 septembre 1991 (texte reproduit in *Rev. aff. eur.* 1991, n^o 4, p. 69 ; également 30 *I.L.M.* 1487 (1991)) ; v. le commentaire de P. Mozet, « Das Abkommen zwischen der EG und den USA über die Zusammenarbeit der Kartellbehörden », *EuZW* 1992. 201 ; cet accord a toutefois fait l'objet d'un recours en annulation introduit par la République française devant la Cour de Justice des Communautés européennes : aff. C-327/91, *J.O.C.E.* du 5 février 1992, N^o C 28, p. 4.

(7) cf. O. Audeoud, « L'O.C.D.E., l'O.N.U. et les obligations contradictoires », *D.P.C.I.* 1986. 617.

(8) Y. Loussouarn, « Cours général de droit international privé », *R.C.A.D.I.* 1973-II. 271, 337 ; comp. Loussouarn et Bourel, *op. cit.*, n^o 133.

(9) cf. P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, 1973 ; pour une comparaison entre les lois de police et les « décisions législatives », v. P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *J.D.I.* 1981. 277, n^o 31. Sur les inconvénients que peut avoir une conception trop extensive de cette dernière notion, v. toutefois *infra*, n^o 287 et la note 120.

La réponse à cette question ne peut se déduire de la théorie des conflits de lois dont nous avons ci-dessus rappelé la définition : « problème d'option », le conflit de lois se résout par la recherche de la loi applicable à la question litigieuse. Après épuisement de toutes les techniques de détermination de la loi applicable, le juge français peut parfaitement estimer qu'il n'y a pas lieu d'appliquer au contrat une loi autre que la loi française — soit parce que, dans les circonstances de l'espèce, l'application de la loi d'un Etat tiers ne lui paraît même pas envisageable, soit parce que l'ordre public du for s'oppose à son application effective. Le juge français appliquera donc la seule loi française ; l'application de la norme prohibitive étrangère étant exclue, il n'existera *a priori* aucune raison pour le juge de ne pas considérer le contrat comme pleinement efficace et de s'abstenir de sanctionner, conformément au droit français, son inexécution éventuelle. Et lorsqu'il s'agit du juge répressif ou administratif français, appelé à connaître de la sanction d'une obligation légale inexécutée, la question de la loi applicable ne se posera normalement même pas, quels que soient les éventuels éléments d'extranéité de la situation dont le juge est saisi : dans tous les cas, la loi française sera seule appliquée (10).

4. Une réflexion peut être ajoutée : même si l'« harmonie internationale des solutions » doit être un objectif primordial du droit international privé (11), il n'est pas étonnant en soi que la recherche de la loi applicable soit impuissante à résoudre le dilemme du débiteur confronté à des obligations contradictoires. Chaque Etat élaborant son propre système de conflits de lois, son propre droit pénal international et son propre droit administratif international, l'attitude du juge du for à l'égard d'une situation déterminée ne permet nullement de préjuger l'attitude, à l'égard de cette même situation, des juges d'un Etat étranger concerné. Même à supposer, dans notre exemple, que chacun des deux Etats en cause considère que le contrat est en principe régi par la loi française, il est loisible à l'Etat étranger d'y appliquer une loi de police inapplicable au regard du droit international privé français, ou de prendre à son propos une décision individuelle contraire à l'ordre public français : le système de conflits de chaque Etat est suffisamment riche pour que des solutions radicalement inconciliables soient possibles à propos de la même situation. En termes techniques, le problème des obligations contradictoires est donc une illustration (particulièrement désagréable, il est vrai, pour celui qui la subit) d'un problème plus général, celui des conflits positifs de systèmes.

(10) cf., sur le principe traditionnel — et parfois critiqué — de la solidarité des compétences judiciaire et législative en matière pénale, A. Huet, « Pour une application limitée de la loi pénale étrangère », J.D.I. 1982. 625 ; R. Koering-Joulin et A. Huet, « Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française — Infractions commises à l'étranger », *Juriscl. Int.*, fasc. 403-2, n^{os} 58 et s. — Sur l'application exclusive de la loi française en matière administrative, en ce qui concerne les actes unilatéraux de l'administration française, v. J. Foyer, « Le Conseil d'Etat et les conflits de lois », *Mélanges Dominique Holleaux*, 1990, p. 103 et s.

(11) H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, n^o 96 ; comp. W. Wengler, « The General Principles of Private International Law », R.C.A.D.I. 1961-III. 273, 279-288, et du même auteur « Die Gestaltung des internationalen Privatrechts der Schuldverträge unter allgemeinen Leitprinzipien », *RabelsZ* 1983. 215, 216-219.

Les conflits positifs de systèmes sont « les conflits dans lesquels le système du for ne conduit pas à un système étranger parce qu'il rend applicable sa propre loi interne » et dans lesquels le système étranger rend applicable, quant à lui, son propre droit interne (12). La question qui nous occupe relève de cette définition générale ... et appelle la même conclusion : les conflits positifs sont, de par leur nature même, insusceptibles d'être résolus par la méthode des conflits de lois — à moins que l'on ne considère la prépondérance inconditionnelle du système du for comme une solution (13).

5. Le débiteur ne peut-il pas songer, dès lors, à rechercher les éléments de sa protection non point dans les règles de conflits de lois, mais dans le droit matériel applicable lui-même ?

Résumons sa situation : il lui est impossible d'exécuter son contrat tout en respectant la loi étrangère dont il sait qu'elle se veut applicable — et dont il connaît les sanctions. Or à l'impossible, nul n'est tenu : c'est l'idée qui justifie, en droit, l'exception de force majeure. Et le fait du prince — les prescriptions de l'autorité publique, qu'elles soient des règles ou des décisions — constitue bien, en droit interne, un cas de force majeure libératoire. Le débiteur peut-il invoquer, par analogie, le fait du prince étranger, c'est-à-dire l'obstacle à l'exécution d'une obligation que constitue une norme étrangère d'application immédiate ? (14)

6. Un exemple jurisprudentiel fixera mieux les termes du débat ; il s'agit de l'affaire *Royal Dutch*.

(12) Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, 1958, n^o 56.

(13) *ibid.*, n^o 57, et l'opinion de Lewald citée en note. — Comp. G. Droz, « Regards sur le droit international privé comparé — Cours général de droit international privé », R.C.A.D.I. 1991-IV. 9, 298-306, qui indique plusieurs « réactions possibles » à l'égard du conflit positif de systèmes, dont aucune ne constitue une véritable solution.

(14) Effectivement, le terme « fait du prince », appliqué aux interventions d'une puissance publique étrangère, se retrouve en jurisprudence : v. Aix 7 décembre 1892 confirmé par Req. 5 novembre 1894, J.D.I. 1895. 134 ; Trib. com. Seine 9 juillet 1926, D.H. 1926. 431 ; Trib. com. Seine 29 juin 1932, J.D.I. 1934. 663 ; Paris 3 mai 1950, Gaz. Pal. 1950. 2. 71 ; Trib. com. Seine 18 novembre 1964, Gaz. Pal. 1965. 2. 241 ; Montpellier 27 janvier 1965, Gaz. Pal. 1965. 1. 424 ; Paris 10 juillet 1965, R. 1966. 63, note H.B. ; Soc. 22 février 1967, Bull. civ. IV, n^o 175 ; Soc. 6 novembre 1969, Bull. civ. V, n^o 590 et n^o 591 ; Orléans 25 juin 1970, J.D.I. 1971. 301, note Bredin ; Com. 7 juin 1971, Bull. civ. IV, n^o 162 ; Soc. 8 mai 1974, Bull. civ. V, n^o 282 (2 arrêts) ; R. 1975. 452, note Mayer. — *Addé*, en jurisprudence belge, Trib. com. Anvers 5 décembre 1884, J.P.A. 1886. 367 ; Liège 4 décembre 1918, Pas. b. 1919. 2. 94 ; luxembourgeoise : Trib. arr. Luxembourg 12 mars 1947, Pas. lux. 14. 239 ; suisse : TF 15 juillet 1916, ATF 42 II 379. — En Italie, « *il fatto del principe* » : Cass. 10 juin 1938, Foro it. 1939. I. 571, et la note Andrioli qui fait allusion au *factum principis*. — En Allemagne, les termes « *Verfügung von hoher Hand* » et « *Eingriff von hoher Hand* » (« intervention de haute main ») existent, même s'il sont rarement employés : comp. RG 10 décembre 1924, RGZ 109. 295 ; BGH 28 janvier 1965, IZRspr. 1964-65, n^o 68, p. 235 ; en législation, les §§ 608, 629, 634, 820 et 861 du *Handelsgesetzbuch*, consacrés au commerce maritime. — En droit maritime anglais, la notion de *restraint of princes* est traditionnelle (cf. *infra*, n^{os} 36 et s.). Sur la *Foreign Sovereign Compulsion Defense* du droit américain de la concurrence, v. *infra*, n^{os} 75 et s. — La concordance terminologique est significative en tant qu'indicateur de la concordance des solutions de fond.

Deux arrêtés royaux néerlandais des 17 septembre 1944 et 16 novembre 1945, dits « du rétablissement des relations de droit », avaient organisé une procédure administrative tendant à réparer les spoliations auxquelles s'était livré l'occupant allemand au détriment, notamment, des porteurs légitimes d'actions au porteur de sociétés néerlandaises. Il s'agissait principalement d'actions de la société Royal Dutch. Les textes s'appliquaient, également et peut-être surtout, aux titres à présent détenus par des porteurs étrangers, puisque les actions confisquées avaient été vendues par les Allemands dans les pays neutres ; les arrêtés prescrivaient aux porteurs de présenter, dans un délai déterminé, leurs titres à un « Conseil pour le redressement des droits civils », siégeant à La Haye, qui statuait sur leur validation. Lorsque le délai de dépôt était expiré sans que le porteur eût présenté son titre à l'enregistrement, le titre perdait sa validité : la société Royal Dutch devait en établir un duplicata dont la propriété était attribuée à l'Etat néerlandais. Cette obligation s'imposait à la société sous peine de sanctions correctionnelles frappant ses dirigeants.

Un certain nombre d'actionnaires français de la Royal Dutch — qui ont acquis leurs titres pendant la guerre, mais dans des conditions qu'ils disent légitimes — se retrouvent ainsi déchus de leurs droits d'actionnaires, puisqu'ils ont omis de déclarer leurs actions en temps utile. Ayant épuisé les voies de recours dont ils pouvaient disposer aux Pays-Bas, ils saisissent les tribunaux français — dont la compétence résulte d'ailleurs du seul article 14 du Code civil. L'Etat néerlandais, attributaire des actions invalidées, ne peut être défendeur : il bénéficie de l'immunité de juridiction. C'est par conséquent la société Royal Dutch elle-même qui sera assignée. La thèse des demandeurs est simple : actionnaires, ils l'étaient et le sont restés nonobstant la « confiscation » de leurs titres par l'Etat néerlandais. Celle-ci est contraire à l'ordre public français et ne saurait produire un quelconque effet devant le juge français. La société doit donc être condamnée à leur « restituer » les duplicata correspondant aux actions invalidées.

Devant la Cour de Paris, la société défenderesse fait plaider non seulement l'absence de violation de l'ordre public, mais encore la force majeure : elle est dans l'impossibilité de restituer les duplicata aux anciens actionnaires, puisqu'elle a dû les remettre, sous la contrainte d'une législation pénalement sanctionnée, à l'Etat néerlandais. L'argument tiré du fait du prince peut-il libérer la société de ses obligations ? « Assurément non », selon les conclusions du Ministère public, « car statuer de cette façon équivaldrait à homologuer le fait du prince, en lui faisant produire des effets en France » (15). Effectivement la Cour d'appel écarte les moyens de défense de la société, motifs pris de la méconnaissance de l'ordre public international ; et, pour effacer les conséquences des mesures « confiscatoires » intervenues aux Pays-Bas, elle condamne la Royal Dutch sous astreinte à remettre aux demandeurs les nouveaux titres émis aux lieu et place des titres originaires dont ils restent propriétaires (16).

(15) Conclusions Desangles : Gaz. Pal. 1963. I. 99 ; J.D.I. 1963. 424, se fondant sur une consultation délivrée par le professeur Goldman aux actionnaires.

(16) Paris 21 décembre 1962, Gaz. Pal. 1963. I. 99, concl. Desangles ; J.D.I. 1963. 424, conclusions Desangles, note Bredin ; Rev. trim. dr. com. 1963. 956, obs. Loussouarn ; J.C.P. 1963. II. 13447, note critique H. Mazeaud (reprochant à la Cour de Paris de s'être « laissée prendre au piège » du

La décision de la Cour de Paris sera cassée par un arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 1966 (17) : l'ordre public français n'a pas été méconnu. L'affaire est renvoyée devant la Cour d'Orléans.

L'arrêt de la Cour de renvoi à le mérite de distinguer les questions de conflit de lois et de droit matériel : avant même de statuer sur le conflit de lois et la compatibilité des textes néerlandais avec l'ordre public, la Cour note que ces textes « s'imposent à la Société Royal Dutch, sujet de droit néerlandais, qui a été dans l'obligation sous peine de sanctions pénales de remettre aux autorités de son pays, après déchéance des droits du titulaire, les duplicata des titres non déclarés ... et serait donc dans l'impossibilité ... de délivrer [au demandeur] les nouveaux titres émis par elle aux lieu et place des titres originaires ». Par ailleurs, rien ne s'oppose non plus à l'application pure et simple de la loi néerlandaise, non contraire à l'ordre public du for (18).

Ce raisonnement est approuvé par la Cour de cassation. La Cour rappelle que les juges du fond ont estimé que les textes néerlandais, d'ailleurs applicables en tant qu'éléments de la *lex societatis*, avaient en outre pour « conséquence inéluctable » de placer la société, sous peine de sanctions pénales, à la fois dans l'obligation de remettre aux autorités de son pays les duplicata des titres non déclarés et dans l'impossibilité de délivrer au demandeur de nouveaux titres ; elle en déduit

« qu'en l'état de ces énonciations, qui caractérisent de surcroît la force majeure contestée à tort par le pourvoi, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision » (19).

La formule employée par la Cour de cassation est à la fois prudente et riche en implications : les commentateurs de l'arrêt n'ont pas manqué de souligner qu'après avoir décidé que les arrêtés royaux faisaient partie de la loi applicable aux relations entre la société et ses actionnaires, la Cour n'était plus tenue d'examiner s'ils pouvaient, en plus, constituer un cas de force majeure libératoire. Le fait qu'elle ait néanmoins tenu à le faire, tout en marquant que la solution était donnée « de surcroît », c'est-à-dire indépendamment de l'applicabilité proprement dite des textes néerlandais, est d'autant plus significatif. Après tout, comme on l'a fait observer, un refus d'application d'une loi étrangère au nom de l'ordre public n'est jamais entièrement impossible (20). Mais il n'aurait pu justifier, en l'espèce, le refus de la libération de la société par la force majeure.

Ainsi comprise, la solution de la Cour de cassation est pleinement satisfaisante : contrairement à ce qu'avait (implicite) jugé la Cour de Paris,

raisonnement conflictualiste et d'avoir méconnu les principes de la force majeure). *Adde* Y. Loussouarn, « Quelques aspects nouveaux de la protection des actionnaires français de sociétés étrangères », D. 1964 chron. 279.

(17) Civ 1^{re} 25 janvier 1966, D. 1966. 391, note critique Loussouarn ; J.D.I. 1966. 631, note critique Bredin ; R. 1966. 238, note Francescakis. L'arrêt n'a pas trait à l'exception de force majeure ; son intérêt majeur consiste dans la contribution qu'il apporte à la notion d'ordre public international et dans la reconnaissance de l'applicabilité, devant le juge français, de toutes les dispositions de la *lex causae*, fussent-elles de police ou de droit public.

(18) Orléans 25 juin 1970, J.D.I. 1971. 301, note critique Bredin.

(19) Civ. 1^{re} 17 octobre 1972, R. 1973. 520, note Batiffol ; J.D.I. 1973. 716, note Oppetit.

(20) H. Batiffol, note précitée, p. 523.

reconnaître l'effet libératoire du fait du prince étranger n'est pas l'« homologuer » en lui faisant produire des effets de droit en France. C'est reconnaître le caractère inéluctable de ses effets de fait et en tirer les conséquences légales au regard de la notion de force majeure.

Il peut être utile d'ajouter que devant les juridictions suisses, l'affaire *Royal Dutch* a connu la même solution : les arrêtés néerlandais ne sont pas contraires à l'ordre public suisse (21), mais en tout état de cause la société ne pouvait se soustraire à leur application et la « restitution » des titres est donc impossible (22).

7. Une première conclusion se déduit de ce qui précède : l'effet libératoire du fait du prince étranger résulte du droit matériel. La technique des conflits de lois, elle, ne permet pas de résoudre le dilemme du débiteur confronté à une loi de police étrangère lorsque le juge du for refuse, pour une raison ou pour une autre, de l'appliquer. Ce n'est pas à dire, bien entendu, que la question n'intéresse en rien le droit international privé. Au contraire, elle en relève au même titre que les autres problèmes relatifs aux relations juridiques internationales dans lesquelles interviennent les personnes privées. Mais avant de pouvoir examiner quelles sont les techniques juridiques qui permettent au juge de prendre en considération comme cas de force majeure des normes étrangères pourtant inapplicables, avant de pouvoir examiner aussi quelle doit être la loi applicable à cette prise en considération (23), il est indispensable d'étudier les règles concrètes que le droit matériel permet d'appliquer au fait du prince étranger.

S'il est vrai, par conséquent, que le problème de l'effet libératoire du fait du prince étranger, tel que nous venons de le définir, soulève d'importantes questions de droit international privé, ces questions ne peuvent être utilement résolues qu'à la condition qu'il soit préalablement démontré que le droit matériel fournit à ce problème de véritables solutions. Les questions de droit international privé seraient dépourvues d'intérêt si ces solutions n'existaient pas. C'est sur le fondement des solutions du droit matériel, et en fonction de leur contenu, que doit se faire l'analyse en termes de droit international privé. L'examen du fait du prince étranger sous l'angle du droit matériel précédera donc l'étude des rapports entre fait du prince étranger et conflits de lois.

Tel est le plan de la présente étude.

(21) TF 2 février 1954, ATF 80 II 53 ; ASDI 1955. 274, obs. Gutzwiller.

(22) Cour de Justice civile de Genève 16 juin 1961, ASDI 1961. 250, obs. Lalive.

(23) Ainsi, dans l'affaire *Royal Dutch*, fallait-il, pour apprécier la libération du débiteur par la force majeure, appliquer les critères de la loi française, loi du for — ou les dispositions générales de la loi néerlandaise, *lex societatis* compétente pour régir les rapports entre la société et ses actionnaires ?

PREMIÈRE PARTIE

LE FAIT DU PRINCE ÉTRANGER SOUS L'ANGLE DU DROIT MATÉRIEL

8. L'examen du fait du prince étranger en tant que phénomène de droit matériel peut être envisagé ainsi :

1° Il s'agit d'abord de donner conscience de la réalité du phénomène. L'effet libératoire de la contrainte étatique étrangère n'est peut-être pas l'évidence même ; l'attitude de la Cour de Paris dans l'affaire *Royal Dutch* le démontre bien (1). Une étude de la jurisprudence prouvera cependant que le principe même de la libération du débiteur par ce cas de force majeure que peut constituer l'intervention de la puissance publique étrangère est généralement reconnu. C'est là une prémisse indispensable, qu'il s'agira d'établir.

2° Il faudra ensuite dégager la spécificité du phénomène. Le fait du prince étranger est un cas de force majeure, certes, mais un cas de force majeure quelque peu particulier, qui ne relève pas d'une impossibilité matérielle d'exécution. Une étude du fondement de l'effet libératoire du fait du prince, et du champ d'application de cette notion, le montrera.

3° Enfin, tout fait du prince étranger n'est pas libératoire, même s'il constitue un obstacle à la réalisation de certains actes d'exécution de l'obligation. Les conditions — objectives et subjectives — de la libération du débiteur par le fait du prince devront être examinées. L'examen indiquera, en même temps, à quel point l'approche jurisprudentielle du fait du prince étranger permet de tenir compte exactement des particularités de chaque situation de fait.

Ces trois questions feront l'objet des trois titres qui suivront :

Titre I. — La reconnaissance de l'effet libératoire du fait du prince étranger

Titre II. — La spécificité de la théorie du fait du prince étranger

Titre III. — Les modalités de l'effet libératoire du fait du prince étranger.

(1) cf. *supra*, n° 6.

TITRE I

**LA RECONNAISSANCE DE L'EFFET LIBÉRATOIRE
DU FAIT DU PRINCE ÉTRANGER**

9. La notion de « fait du prince » provient du droit interne, et plus particulièrement du droit des obligations contractuelles. Et en fait, dans l'ordre international, c'est toujours le droit des contrats qui illustre le plus clairement l'incidence des prescriptions d'une autorité publique étrangère sur l'exécution des obligations (Chapitre I). Mais le problème du fait du prince, ou des « obligations contradictoires », se rencontre également dans le domaine extracontractuel ; les conflits de normes en matière de droit de la concurrence et les « lois de blocage », auxquels nous avons déjà fait allusion (1), en sont peut-être les principaux exemples, mais certainement pas les seuls (Chapitre II).

(1) *Supra*, n° 2.

CHAPITRE I

LA LIBÉRATION DU DÉBITEUR D'UNE OBLIGATION CONTRACTUELLE

10. La question du fait du prince étranger n'est pas propre à un seul système juridique. Le problème correspond à une situation de fait bien déterminée ; il se pose toujours dans les mêmes termes ; chaque système juridique aura à le résoudre.

Des différences peuvent néanmoins exister : chaque système juridique aura à résoudre le même problème concret ; mais chaque système a ses particularités techniques qui pourront influencer, sinon sur la solution concrète, du moins sur la manière d'y parvenir. Pour des raisons essentiellement historiques qui apparaîtront par la suite, une distinction s'impose entre la tradition juridique des pays de droit civil (Section I) et la tradition juridique anglo-américaine (Section II). Les solutions admises dans les différentes formes d'arbitrage commercial international feront, enfin, l'objet d'une discussion à part (Section III).

SECTION I

LA TRADITION JURIDIQUE DES PAYS DE DROIT CIVIL

11. Comme l'écrit Demolombe : « Que le fait du Prince comme on dit, ou, en d'autres termes, que les commandements ou les défenses de la puissance politique doivent être considérés comme un cas fortuit, c'est ce qui a été, dans tous les temps, reconnu » (1).

En va-t-il de même du fait du prince étranger ?

§ 1. — L'histoire

12. Le fait du prince était — on s'en doute bien — connu de l'Ancien Droit. La définition-catalogue qu'en donne le *Répertoire* de Guyot (2) laisse entrevoir, déjà, un impressionnant arsenal interventionniste à la disposition de la puissance publique : « FAITS DU PRINCE, se dit d'un changement qui émane de l'autorité du souverain, comme lorsqu'il révoque les aliénations ou engagements du domaine, ou qu'il demande aux possesseurs quelque droit de confirmation ; lorsqu'il ordonne qu'on prendra quelque maison ou héritage, soit pour servir aux fortifications d'une ville, ou pour former quelque rue, place, chemin ou édifice public ; lorsqu'il augmente ou diminue le prix des monnoies & des matières d'or & d'argent ; lorsqu'il réduit le taux des rentes & intérêts ; lorsqu'il ordonne le remboursement de rentes constituées sur lui, & autres évènements semblables ». Il était admis qu'il s'agissait là, en termes de droit civil, d'un cas de force majeure exonératoire (3).

Les exemples qui viennent d'être cités relèvent tous du droit interne. Cela ne surprend pas ; on peut admettre que les problèmes spécifiques du commerce international ne présentaient pas, à l'époque, une importance telle que l'intervention

(1) C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, t. I, 1877, n° 555.

(2) Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Nouvelle édition, t. VII, 1784, v° *Faits du prince*.

(3) « Le Fait du prince est considéré à l'égard des particuliers, comme un cas fortuit & une force majeure que personne ne peut prévoir ni empêcher ; c'est pourquoi personne n'en est garant de droit ; la garantie n'en est due que quand elle est expressément stipulée » : Guyot, p. 284. *Adde* Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 3^e éd., t. V, 1808, v° *Fait du souverain*, p. 96 (texte repris de Guyot) ; Merlin, *Recueil alphabétique des Questions de droit*, t. II, 1810, v° *Fait du souverain*, p. 521.

des autorités publiques étrangères aurait nécessairement mérité discussion à propos d'une définition générale du fait du prince.

13. Le commerce international, cependant, a toujours existé ; avec lui, les difficultés résultant de l'intervention d'un souverain étranger ; avec elles, la question des conséquences juridiques qu'il convenait de reconnaître au fait du prince. Dans son ouvrage sur l'histoire du contrat d'assurance, l'auteur italien Bensa (4) relève cette clause d'une police d'assurance passée à Florence le 10 juillet 1397 et relative à un chargement à transporter du port toscan de Motrone à Aigues-Mortes : « les risques que les assureurs courent ... sont ceux de Dieu, de la mer, des gens, du feu, du jet à la mer, de la rétention par le fait des Seigneurs ou des Communes ou de toute autre personne, ou de repréailles, ou d'arrêt, et de tout autre cas, péril, fortune, empêchement ou sinistre ». La clause confirme à la fois la réalité du problème que posait le « fait des Seigneurs ou des Communes » et son assimilation aux autres cas fortuits.

C'est dès lors dans les textes de l'ancien droit maritime qu'il convient de rechercher la dimension historique de la question du fait du prince étranger.

A. — LA LEX MERCATORIA

14. Le droit maritime moderne a ses origines dans les usages commerciaux du Moyen Age et de la Renaissance — la *lex mercatoria* historique. Il s'agit d'un droit à la fois non écrit et écrit : non écrit en ce sens que la source de ces règles a été la pratique des marchands et de leurs juridictions spécialisées ; mais écrit en ce sens que les règles dégagées par la pratique ont fait l'objet de recueils d'usages, élaborés avec plus ou moins d'esprit de système.

Les plus importants de ces recueils (5) sont les *Rôles d'Oléron*, qui datent du XII^e siècle et représentent l'ancien droit maritime des côtes de l'Atlantique et même de l'Angleterre, et le *Consulat de la Mer* (*Consolato del Mare*) méditerranéen, rédigé en catalan et publié au XIV^e siècle. Un autre texte influent, plus doctrinal cette fois-ci, a été rédigé à Rouen à la fin du XVI^e siècle : il s'agit du *Guidon de la Mer*, traitant notamment des questions de l'assurance maritime. Nous examinerons brièvement ces trois textes.

15. La consultation des *Rôles d'Oléron* fait apparaître un texte équivoque, l'article 28 de la collection publiée par le conseiller Pardessus (6) :

(4) E. Bensa, *Histoire du contrat d'assurance au Moyen Age*, trad. J. Valéry, Paris, 1897, p. 42-43.

(5) Une collection très complète des anciens textes de droit maritime est due au conseiller Pardessus : *Collection des lois maritimes antérieures au XVIII^e siècle*, Paris, Imprimerie Royale, six vol., 1828-1845.

(6) Pardessus, *op. cit.*, t. I, p. 342-343. Pardessus précise que cet article est le 25^e dans le manuscrit de l'amirauté anglaise connu sous le nom de *Black Book*, et qu'il ne se trouve dans aucun autre manuscrit ou imprimé (p. 342, note 4).

« *Item*. Ordonné est et estably pour loy et coustume de la mer que, se ung marchant a fretté une nef en quelque port que ce soit, et aviengne que la nef soit empeschée pour deffaulte du maistre ou du seigneur à cellui à qui la nef est, le marchant qui avoit fretté la nef puet requirer le maistre en telle maniere : Je te requirer que tu mettes mes biens ou mes denrées en la nef ; et le maistre dit que la nef est empeschée de par aucun seigneur ; le marchant qui avoit fretté la nef se puet partir du convenant et affrettement dudit maistre et affretur à son chois ailleurs, sans ce que soit tenu audit maistre de rien amender ; et se le marchant ne trouve fret, il puet bien demander au maistre ses dommages pour la raison qu'il n'a mye tenuz ses convenant et affrettement dessus ditz ; et le maistre lui doit amender. Et ce est le jugement en ce cas ».

Le sens exact de ce texte est une question d'interprétation. Le conseiller Pardessus lui-même en propose une, en traduisant l'article comme suit en français moderne :

« *Item*. Il est ordonné et établi par la loi et coutume de la mer, que, si un marchand a fréte un navire en quelque port que ce soit, et que le navire soit empêché par la faute du patron ou par empêchement du souverain du pays dont le propriétaire du navire est sujet, le fréteur peut requérir le patron en lui disant : *Je te requiers de charger mes biens et denrées dans le navire*. Si le patron répond que le départ du navire est empêché par le fait d'un souverain, le fréteur peut se départir du contrat d'affrètement et fréter un autre navire, sans être tenu de donner aucune indemnité au patron ; et même, lorsque l'inexécution de la convention provient du refus du patron de remplir son engagement, il a droit, s'il ne trouve point à fréter un navire, de demander au patron des dommages-intérêts, et celui-ci doit les lui payer. C'est le jugement en ce cas ».

et en ajoutant dans une note qu'il convient de distinguer entre le cas où l'inexécution est imputable au patron et celui où elle est due à « la force majeure provenant de ce qu'on appelle *fait du souverain*, et, dans les lois du moyen âge, *empêchement de seigneurie* » : « notre article, poursuit-il, donne dans une rédaction un peu obscure, mais que je crois avoir indiquée sans m'écarter du véritable sens du texte, une solution conforme à la justice et adoptée par les législations modernes » (7).

Le droit maritime du XII^e siècle était-il conforme à l'idée moderne de la justice ? Ce n'est pas absolument certain. Une autre lecture de l'article est possible : les *Rôles d'Oléron* ne distinguent pas entre la faute du patron lui-même et le fait du seigneur ; la situation qui y est réglementée est, indifféremment, le cas du « deffaulte du maistre ou du seigneur à cellui à qui la nef est » ; dans les deux cas, le patron est responsable « pour la raison qu'il n'a mye tenuz ses convenant et affrettement » (8). A la vérité, une assimilation du fait du souverain d'une partie contractante au fait de la partie elle-même est une réaction juridique qui n'est pas

(7) p. 343, note 1.

(8) Le grand historien du droit anglais Holdsworth (*A History of English Law*, vol. V, Londres, 1924, p. 124) résume ainsi le contenu de l'article 25 du *Black Book* : « *if a merchant freighted a ship, and the ship was detained by the fault of the master or the lord of the owner, the merchant might throw up his contract* », et ne distingue donc pas entre faute du patron et fait du prince ; il est vrai que Holdsworth ne discute pas la suite de l'article, relative aux dommages-intérêts dus au marchand.

inconcevable, même si elle relève d'une mentalité archaïque (9). Il n'est pas exclu qu'elle ait pu être adoptée au Moyen Age par un juge maritime.

16. Le *Consulat de la Mer*, quant à lui, consacre deux passages très explicites à l'empêchement de seigneurie (*empatxment de senyoria* ou *impediment de senyoria*). Le premier de ces passages (10) concerne le cas où « il se trouve un empêchement de souverain, qui s'oppose à ce que nul n'ose charger ni rien exporter du pays » de chargement ou qui empêche le navire d'« aller au lieu pour lequel il s'est accordé » ; il définit minutieusement les droits et obligations des matelots : ils ne pourront s'opposer à un changement de route si le patron décide d'aller charger ailleurs, mais auront droit à une augmentation de salaire si le patron reçoit une augmentation de fret. L'autre passage (11) règle les relations entre marchands et patron « en sorte et de manière que ni le patron ni les marchands ne soient lésés ».

Le tout est réglementé avec force détails ; ce qu'il faut retenir, c'est que le *Consulat de la Mer* considère très certainement l'*empatxment de senyoria* comme un cas de force majeure.

17. Le chapitre IX du *Guidon de la Mer* (12) traite de l'incidence de l'« arrêt de prince » sur les contrats d'assurance maritime. Il le fait d'une manière confuse, en réunissant sous le titre « De Barat, Baraterie, et de l'Arrest de Prince » des développements consacrés à la baraterie proprement dite — les fautes ou délits du patron, que l'auteur du *Guidon* appelle « baraterie volontaire » — et des développements ayant trait à la « baraterie forcée » : « Forcée, comme si, par le commandement du prince amy ou ennemy, les marchandises du navire auroient esté arrestées, confisquées, ou par après recouvertes et chargées en autres navires ; ou bien si les navires estoient arrestez pour leur service, et les maistres de navire contraints quitter leurs vaisseaux pour commander en autres » (13).

En tout cas, le *Guidon de la Mer* confirme que l'arrêt de prince était considéré comme un cas fortuit à la charge des assureurs (chapitre IX, article III). L'article VIII prévoit une exception fort intéressante : « Si l'arrest procedoit pour droits non payés, acquits mal dressez, debtes du chargeur, malversations d'iceluy, l'asseurur n'est tenu d'aucune indemnité ». Le fait du prince provoqué par une faute personnelle de l'assuré n'est donc pas assimilé à la force majeure, mais reste à la charge de l'assuré — qui était tenu de respecter les lois locales. La suite de l'article met des obligations similaires à la charge du patron : « Si le maistre du navire avoit chargé ou voulu charger marchandises prohibées appartenant à d'autres, s'il a failly ou malversé sans l'adherance ou consentement de l'asseuré, le maistre du navire en respondra s'il a de quoy payer ; s'il est insolvable, par droit de baraterie de patron,

(9) C'est dire que cette assimilation ne devrait plus inspirer la jurisprudence moderne : v. *infra*, n° 213.

(10) Chapitres CXLVI et CXLVII de la collection de Pardessus (t. II, p. 160-163).

(11) Chapitre CCXXXVII, p. 317-320.

(12) Pardessus, t. II, p. 406-410.

(13) Chapitre IX, art. III. Pardessus (p. 406, note 3) critique sévèrement la confusion terminologique du rédacteur du *Guidon*, qui « ne s'entendait pas bien lui-même » : il n'y a pas de « baraterie forcée », la notion de baraterie ne pouvant désigner qu'une faute imputable au patron.

l'assureur en est tenu ». Il y a, dans ce cas, baraterie proprement dite, malgré l'intervention de l'autorité publique.

18. Le droit maritime perdra, par la suite, son caractère coutumier et fera l'objet d'une codification.

B. — L'ORDONNANCE DE LA MARINE ET LA CODIFICATION

19. Une ordonnance de Louis XIV, l'ordonnance de Fontainebleau du mois d'août 1681 « touchant la Marine », a eu une influence considérable sur le droit maritime de l'Europe. Texte destiné à régir l'ensemble des questions maritimes, elle traite également, à plusieurs endroits, de l'influence du fait du prince sur les contrats maritimes : charte-partie, prêts à la grosse aventure, assurance, engagement des matelots. Elle distingue bien les actes individuels — l'arrêt de prince en particulier — et les actes généraux — l'interdiction de commerce.

Cas fortuits, l'arrêt de prince, la prise, la déclaration de guerre ou les repréailles sont à la charge des assureurs, de même que la tempête, les naufrages, les échouements « & généralement toutes autres fortunes de mer » (titre des Assurances, article 26). L'effet libératoire de l'interdiction de commerce sur les contrats de louage est confirmé par l'article 7 du titre des Charte-parties :

« Si toutesfois avant le départ du Vaisseau, il arrive interdiction de commerce par guerre, represailles ou autrement, avec le Païs pour lequel il étoit destiné ; la Charte-partie sera resoluë sans dommages & interêts de part ny d'autre, & payera le Marchand les frais de la charge & décharge de ses Marchandises » (14).

La solution est approuvée par les auteurs ; Pothier note que « l'équité de cette disposition est évidente » (15).

Le texte de l'ordonnance de 1681 — comme, plus tard, celui des articles 190 à 436 du Code de commerce de 1807, qui s'en inspirent très largement (16) — a en effet fait l'objet de savants commentaires doctrinaux. Les auteurs se sont attachés à classer les situations, visées par l'Ordonnance et le Code, dans lesquelles les

(14) L'article poursuit en énonçant : « Mais si c'est avec autre Pais, la Charte-partie subsistera en son entier ». La différence de solution s'explique, selon Pothier (*Traité des contrats de louage maritimes*, Paris/Orléans, 1775, n° 99, p. 80), par le fait que dans cette seconde hypothèse l'exécution du contrat ne devient pas impossible, mais seulement plus périlleuse, le navire pouvant être attaqué en chemin par les vaisseaux des puissances ennemies : « cas qui malheureusement n'est pas insolite, & que les parties ont pu prévoir ». Comp., en jurisprudence, Poitiers 3 messidor an IX, *Jurispr. gén.*, v° *Droit maritime*, n° 911 (la guerre entre l'Angleterre et les puissances du Nord ne vaut pas interdiction de commerce pour un transport de cognac de la Charente à Hambourg).

(15) *op. cit.*, n° 98, p. 79.

(16) C'est ainsi que l'art. 276 C. com. est la copie presque conforme de l'article 7 précité du titre des Charte-parties de l'Ordonnance. — Des solutions comparables sont consacrées par la codification prussienne, le *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* de 1794 (rééd. par Hattenhauer/Bernert : Francfort/Berlin, 1970) : v. p. ex. les §§ 1569 et 1695.

interventions de la puissance publique influent sur l'exécution des contrats (17) ; mais il était reconnu qu'il importe peu qu'une interdiction de commerce « soit prononcée par le gouvernement dans l'empire duquel est situé le lieu de la destination du navire, ou par le gouvernement qui a sous ses lois le navire en armement : la loi ne distingue pas et ne pouvait pas distinguer, le voyage devenant également impossible dans les deux cas » (18). La jurisprudence française de la première moitié du XIX^e siècle confirme que le fait du prince étranger était considéré comme un cas fortuit au même titre que les commandements des autorités françaises (19).

Nous verrons à présent que cette solution reste, à l'heure actuelle encore, en vigueur.

§ 2. — L'état actuel de la question

20. L'effet libératoire du fait du prince étranger reste reconnu expressément par quelques rares textes, dont nous donnerons rapidement un inventaire sans doute incomplet. Mais pour l'essentiel, sa reconnaissance est l'oeuvre de la jurisprudence, qui n'a jamais hésité à consacrer, par application des principes généraux du droit des contrats, la libération du débiteur empêché, par la contrainte de la puissance publique étrangère, d'exécuter ses obligations.

(17) Comp. Pothier, *op. cit.* ; Pothier, *Traité du contrat d'assurance in Traité des contrats aléatoires, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Nouvelle édition, Paris/Orléans, 1777, n° 56 et s. ; R.-J. Valin, *Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance de la Marine*, La Rochelle, deux tomes, 1760 (v. notamment la consultation d'Emerigon reproduite au t. II, p. 112-118, « sur la différence qu'il y a entre l'arrêt de Prince & la prise » en matière d'assurance : « L'arrêt de Prince est incompatible avec la violence & l'esprit de déprédation ; c'est un acte d'un Prince ami ; il est toujours hors le fait de guerre, ainsi que nous l'apprend le Guidon de la mer », etc.) ; Guyot, *Répertoire*, t. I, v° *Arrêt de prince* et Meïlin, *Répertoire*, eod. v° (texte repris de Pothier) ; P.S. Boulay-Paty, *Cours de droit commercial maritime*, t. II, 1834, p. 424 et s. (interdiction de commerce pour des raisons politiques — la guerre — ou sanitaires) ; *Jurisprudence générale Dalloz*, v° *Droit maritime* (t. XVIII, 1850), n° 707 et s. ; 910 et s. ; 2017 et s.

(18) *Jurispr. gén.*, *op. cit.*, n° 707, à propos de l'engagement des marins.

(19) cf. Trib. cass., Req., 14 fructidor an VIII, *Jurispr. gén.*, n° 912 (impossibilité libératoire, pour les propriétaires d'un navire suédois, d'obtenir l'autorisation de l'ambassadeur de Suède pour un voyage en Chine) ; Trib. com. Marseille 22 février 1822, *ibid.*, n° 2021 (arrêt d'un navire à Constantinople) ; Req. 2 août 1827, S. chron. 1825-1827. 1. 657 (détention d'un navire par la marine des insurgés du Pérou « sous le faux prétexte de violation de blocus » : constitue un « arrêt par ordre de puissance, et, par conséquent, fortune de mer, considérée comme étant aux risques des assureurs ») ; Trib. com. Marseille 10 novembre 1829, *Jurispr. gén.*, n° 2026 (impossibilité d'obtenir à Constantinople le firman d'entrée dans la Mer Noire, étant donné un « décret prohibitif du grand seigneur » : cas fortuit à la charge des assureurs) ; Trib. com. Bordeaux 4 juin 1847, D.P. 1847. 4. 56 (blocus américain de la côte du Mexique) ; Rouen 27 février 1847, D.P. 1848. 2. 150 et Paris 27 novembre 1847, D.P. 1848. 2. 90 (deux cas d'interdiction de commerce due à la guerre entre « les puissances des deux rives de la Plata » : force majeure exonérant le capitaine respectivement « molestation de gouvernement » à la charge des assureurs).

A. — LES TEXTES

21. Depuis l'abrogation des articles afférents du Code de commerce, le droit maritime interne français ne contient plus de textes spécialement consacrés aux arrêts de prince ou interdictions de commerce. C'est ainsi que la loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes se borne, dans son article 27 (point d), à préciser que le transporteur peut s'exonérer de la présomption de responsabilité pesant sur lui en prouvant que les pertes ou dommages subis par la marchandise proviennent « de faits constituant un événement non imputable au transporteur » : la formule peut évidemment englober le fait du prince, mais elle ne le dit pas expressément.

22. Il faut lire un texte d'inspiration anglaise comme la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance (20) pour trouver une liste plus concrète de cas fortuits, faisant intervenir, à côté des pertes ou dommages résultants d'un « acte de Dieu » ou du « fait d'ennemis publics », ceux provenant d'un « arrêt ou contrainte de prince, autorités ou peuple, ou d'une saisie judiciaire » ou encore d'une « restriction de quarantaine » (21).

Egalement dans le domaine de l'uniformisation du droit des transports internationaux, le Protocole de Montréal du 25 septembre 1975 (N° 4) modifiant la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929 relative au transport aérien international — non encore entré en vigueur — institue une responsabilité sans faute du transporteur, mais précise que celle-ci ne joue pas si le transporteur « établit que la destruction, la perte ou l'avarie de la marchandise résulte uniquement de l'un ou de plusieurs des faits suivants : ... d) d'un acte de l'autorité publique accompli en relation avec l'entrée, la sortie ou le transit de la marchandise » (22).

Autre convention internationale : la Convention de Genève du 7 juin 1930 portant loi uniforme concernant la lettre de change et le billet à ordre prend soin de prévoir, en son article 54 (repris, en France, par l'article 157 du Code de commerce), une prorogation des délais de présentation de l'effet de commerce et de confection du protêt lorsque l'accomplissement normal de ces formalités a été empêché par un « obstacle insurmontable (prescription légale d'un Etat quelconque ou autre cas de force majeure) » (23).

(20) Publiée par décret du 25 mars 1937 : J.O. du 8 avril 1937. Sur ce texte, v. R. Rodière, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports*, t. II, 1968, n° 760.

(21) Article 4, alinéa 2. — Sur le régime particulier de la charge de la preuve dans le cadre de ces « cas d'irresponsabilité », qui n'est pas celui de l'exception de force majeure, v., à propos d'une « directive des autorités publiques libyennes », Com. 20 février 1990, Bull. civ. IV, n° 51 ; Bull. transp. 1990. 563.

(22) Article IV du Protocole, modifiant l'article 18 de la Convention de 1929 : texte in Rev. fr. dr. aé. 1976. 90, 95. Sur le statut de ce protocole, v. J.-P. Tosi, « Transport aérien : Responsabilité du transporteur — Introduction — Conditions », *Jurisl. Com.*, fasc. 920, n° 15 et 16.

(23) Comp. R. Roblot, *Les effets de commerce*, 1975, n° 424. — V. aussi, en matière de chèque, l'article 48 de la Convention de Genève du 19 mars 1931.

Un dernier texte qu'il est possible de citer est l'article 7 de la directive du Conseil des Communautés Européennes du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (24). Selon cette disposition, le producteur — présumé responsable des défauts de ses produits — « n'est pas responsable en application de la présente directive s'il prouve : ... d) que le défaut est dû à la conformité du produit aux règles impératives émanant des pouvoirs publics ». Là encore, il n'est pas distingué entre les règles émanant des pouvoirs publics du for et celles édictées à l'étranger.

23. La promulgation de textes de ce type n'est cependant nullement indispensable pour assurer la libération du débiteur par le fait du prince. S'ils s'expliquent par la volonté — peut-être louable — d'épuiser les matières touchées par le législateur, un examen de la jurisprudence démontre que ce que le législateur a choisi de dire dans certaines matières va sans dire dans les autres : le fait du prince étranger est un cas de force majeure.

B. — LA JURISPRUDENCE

a) L'impossibilité d'exécution résultant du fait du prince étranger

24. La jurisprudence illustre, d'abord, que certains des textes que nous venons de citer, et qui prennent soin de réserver expressément l'effet libératoire du fait du prince étranger, ne sont que le reflet de solutions qui étaient admises avant même la rédaction de ces textes : c'est évident en matière maritime, puisque les différentes formes de contrainte de la puissance publique y ont toujours été reconnues comme cas de force majeure ; et elles le restent actuellement, même là où aucun texte n'est venu le préciser (25).

Il en va de même en matière d'effets de commerce ; la solution actuellement codifiée par l'article 54 de la Convention de Genève du 7 juin 1930 avait été admise en jurisprudence française sous l'empire du Code de commerce de 1807, qui était muet sur l'influence de la force majeure sur les obligations du porteur (26) : tout en relevant « que le législateur n'a ni défini la force majeure ni déterminé ses effets sur les délais du protêt des lettres de change ; — Que ce silence ne saurait être imputé à un oubli ; — Qu'il résulte, au contraire, des travaux préparatoires du tit. 8, liv. 1, c. com., que le Conseil d'Etat, craignant de lier la conscience des juges par des règles

(24) J.O.C.E. N° L 210 du 7 août 1985, p. 29. Sur la directive, v. p. ex. J. Ghestin, « La directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux », D. 1986 chr. 135, spéc. p. 139 ; Y. Markovits, *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, 1990, spéc. n° 465.

(25) V. p. ex. la sentence n° 215 rendue le 18 mai 1977 sous l'égide de la Chambre arbitrale maritime de Paris, D.M.F. 1977. 627 : dans le cadre d'une charte-partie, un embargo constitue un « événement de force majeure » pour les besoins du calcul des jours de planche.

(26) cf. R. Roblot, *op. cit.*, n° 419.

trop précises en cette matière, décida qu'il ne serait inséré dans la loi aucune disposition sur l'exception relative à la force majeure » (27), les tribunaux décidaient que la preuve d'un cas de force majeure pouvait relever le porteur de la déchéance encourue, et qu'une mesure de police d'un gouvernement étranger, retardant les communications, pouvait constituer un cas de force majeure (28).

25. Ce ne sont pas là des solutions isolées ; l'assimilation du fait du prince étranger à un cas de force majeure libératoire correspond à une jurisprudence bien établie. La situation de base est, à quelques détails près, toujours la même. Un créancier entend engager la responsabilité contractuelle de son débiteur, qui se dit libéré par la force majeure : la loi d'un Etat étranger lui interdit la prestation contractuellement promise. Le contrat, quant à lui, est soumis à la loi du for (29) ; en vertu de cette loi, il est valable et oblige le débiteur. La loi étrangère invoquée est inapplicable. Et pourtant, le tribunal saisi constate la libération du débiteur.

Des exemples. L'interdiction d'exportation d'abord : qu'elle libère le vendeur de son obligation contractuelle de livraison a été admis en France (30), en Allemagne (31), en Belgique (32), en Italie (33), au Luxembourg (34) et en Suisse (35). La liste ne prétend pas à l'exhaustivité (36). De même, les tribunaux français ont eu l'occasion de juger que la confiscation d'un objet par les autorités d'un Etat étranger en rendait impossible la restitution à son propriétaire légitime et

(27) Req. 7 juillet 1862, D.P. 1863. 1. 80.

(28) cf. Paris 25 avril 1862, *ibid.*, qui admet « que l'obstacle créé par cette mesure pourrait ... être invoqué par le comptoir d'escompte, comme un cas de force majeure », tout en décidant que l'obstacle était, en l'espèce, prévisible et que le retard était donc imputable au porteur négligent.

(29) C'est la situation de loin la plus fréquente ; pour une discussion de la situation — exceptionnelle en jurisprudence — où la *lex contractus* n'est pas la loi du for, v. *infra*, nos 332 et s.

(30) Req. 5 novembre 1894, J.D.I. 1895. 134 (interdiction russe des exportations de blé) ; Trib. com. Seine 17 août 1915, Journ. trib. com. 1917. 84 (méthylène anglais) ; Trib. civ. Seine 26 juin 1917, Gaz. Pal. 1916-1917. 806 (charbon anglais).

(31) OLG Marienwerder 14 octobre 1892, Seuff. Arch. 48 (1893) 313 (interdiction russe d'exportation du maïs) ; RG 13 novembre 1917, RGZ 91. 260 (embargo anglais) ; RG 14 mai 1918, LZ 1918. 1145 (embargo français) ; pour un cas particulier de prise en considération d'une interdiction d'importation (iranienne, sur la bière), v. BGH 8 février 1984, NJW 1984. 1746 ; IPRax 1986. 154 ; RabelsZ 1989. 146, discuté *infra*, n° 27.

(32) Trib. com. Anvers 28 avril 1989, Rev. dr. com. b. 1990. 413, note Van Houtte (interdiction américaine de l'exportation de matériel informatique à destination de l'Union Soviétique : cas de force majeure dans les relations entre un revendeur belge et une société acquéreuse sous contrôle soviétique).

(33) Cass. 10 juin 1938, Foro it. 1939. I. 571, note Andrioli (sanctions françaises et belges dans le contexte de l'annexion italienne de l'Ethiopie).

(34) Cour d'appel 31 janvier 1919, Pas. lux. 11. 167 (interdiction allemande de l'exportation des eaux-de-vie, que les services douaniers continuaient d'observer, illégalement, malgré « la levée de ladite interdiction par le chancelier de l'empire allemand »).

(35) TF 15 juillet 1916, ATF 42 II 379 (interdiction autrichienne) ; 18 mai 1917, ATF 43 II 225 (interdiction allemande) ; 18 janvier 1919 (interdiction anglaise) ; comp. TF 7 mars 1922, ATF 48 II 215 (mesures administratives françaises — « liste noire » — visant le défendeur).

(36) Comp. ainsi, en jurisprudence *ivoirienne*, Abidjan 9 mars 1979, Penant 1980. 182, qui accepte d'analyser une interdiction d'exportation polonaise sur le sucre en termes de force majeure, mais nie, en l'espèce, l'imprévisibilité de l'événement (sur cet arrêt, cf. *infra*, n° 205).

exonérerait par conséquent le dépositaire de sa responsabilité contractuelle (37) ; ou encore qu'un décret-loi tunisien réservant l'exercice de la profession de représentant de commerce aux Tunisiens constituait un « fait du prince » rompant le contrat de travail d'un Français employé en Tunisie par une société française (38).

Les exemples pourraient être multipliés ; nous y reviendrons en examinant les conditions précises de la libération du débiteur. Ce que l'on constatera ici, c'est la tendance générale de la jurisprudence : la prise en considération de lois étrangères qui n'ont, au sens du droit international privé, aucune compétence pour régir les rapports contractuels en cause, de lois aussi qui ne seraient parfois même pas susceptibles d'application par le juge du for : peut-on attendre du juge qu'il applique à un contrat une loi confiscatoire, ou une interdiction d'exportation ennemie ? Mais peut-on, d'un autre côté, attendre de lui qu'il ferme les yeux sur l'existence même de la loi étrangère et fasse abstraction des sanctions qu'elle prévoit, au motif que cette loi ne lui est pas désignée par sa règle de conflit ? La jurisprudence ne l'admet pas. Elle reconnaît, au contraire, qu'une norme prohibitive étrangère même inapplicable au contrat peut rendre impossible l'exécution de celui-ci.

L'impossibilité d'exécution qui survient après la conclusion du contrat et a un caractère définitif justifiera l'exonération complète du débiteur. Lorsque l'obstacle provenant du fait du prince n'est que temporaire, il pourra y avoir suspension de l'obligation contractuelle plutôt que libération définitive du débiteur (39). Il n'est pas exclu non plus que l'obstacle provenant de la loi étrangère ait existé dès la conclusion du contrat ; comme il est très largement admis que l'impossibilité initiale d'exécution de son objet est une cause de nullité du contrat (40), l'annulation d'un contrat international peut être prononcée sur ce fondement (41). On observera que

(37) Confiscations soviétiques : Trib. com. Seine 9 juillet 1926, D.H. 1926. 431 ; Paris 8 février 1927, J.D.I. 1927. 650 ; 15 février 1933, J.D.I. 1933. 959 ; confiscation par l'occupant allemand : Paris 3 mai 1950, Gaz. Pal. 1950. 2. 71 ; comp. Trib. com. Marseille 17 décembre 1941, Gaz. Pal. 1942. 1. 151, réformé partiellement par Aix 16 octobre 1942, Gaz. Pal. 1943. 1. 109 ; Poitiers 10 février 1942, D.C. 1942. 146.

(38) Soc. 22 février 1967, Bull. civ. IV, n° 175. Comp., également en matière sociale, Soc. 6 novembre 1969, 3 arrêts, Bull. civ. V, nos 590-592 (modification des conditions de travail d'employés français d'Air Algérie, dont le contrat était soumis à la loi française, par le « fait du prince » algérien).

(39) cf., en droit interne français, J. Treillard, « De la suspension des contrats » in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel (Etudes de droit privé, sous la direction de P. Durand)*, 1960, p. 59, 64-74 ; J. Ghestin/M. Billiau, *Les effets du contrat* (coll. *Traité de droit civil*, sous la dir. de J. Ghestin), 1992, n° 366. V. aussi B. Grelon/Ch.-E. Gudin, « Contrats et crise du Golfe », J.D.I. 1991. 633, 659, selon lesquels les « usages commerciaux en matière internationale prévoient généralement qu'au-delà de termes de six mois à un an l'impossibilité d'exécution doit être jugée de nature à justifier la résiliation pure et simple » ; comp., par application du droit civil italien, et à propos des effets de l'embargo contre l'Irak sur un contrat de soustraitance, la sentence de la Chambre d'arbitrage national et international de Milan n° 1491 du 20 juillet 1992, Y.B.C.A. 18 (1993) 80, 87-88.

(40) « De même qu'à l'impossible nul ne peut être tenu, à l'impossible nul ne peut s'engager » : Terré, Simler et Lequette, *Les obligations*, 5^e éd., 1993, n° 285. Comp., en droit allemand, le § 306 BGB ; en droit suisse, l'art. 20, al. 1^{er} C.O.

(41) Les exemples jurisprudentiels sont rares ; comp. RG 17 juin 1939, RGZ 161. 296, 300 (décidant que la licéité d'une convention entre actionnaires allemands sur le droit de vote dans une société danoise s'apprécie au regard du seul droit allemand, mais que la convention est nulle pour objet

cette cause de nullité, tirée du droit matériel applicable au contrat, est entièrement indépendante des sanctions civiles que pourrait éventuellement prévoir la loi de police étrangère méconnue.

26. Il ne s'ensuit pas qu'en présence d'un fait du prince étranger survenant après la conclusion d'un contrat, les tribunaux prononcent invariablement la libération du débiteur. Il est parfois condamné à payer des dommages-intérêts : mais ce ne sera pas en raison du jeu de la règle de conflit du for et de l'inapplicabilité au contrat de la loi étrangère invoquée. Le juge aura pu décider qu'il y a certes impossibilité d'exécuter le contrat, mais que cette impossibilité est imputable au débiteur, qui aurait dû la prévoir : insurmontable mais non imprévisible, le fait du prince n'est pas un cas de force majeure. Ou alors un embargo étranger a certes rendu impossible le recours à une source d'approvisionnement sur laquelle le débiteur comptait pour pouvoir livrer la chose faisant l'objet de son obligation, mais il existe d'autres sources d'approvisionnement : dans ce cas, le débiteur peut parfaitement être tenu d'y avoir recours et d'exécuter ainsi son contrat (42).

Ce qu'il faut retenir, c'est que loin de réfuter la thèse de l'effet libératoire du fait du prince étranger et de son analyse sous l'angle du droit matériel, ces exemples la corroborent en réalité indirectement : ils montrent très clairement que du moins dans l'optique des tribunaux, la théorie du fait du prince étranger ne repose pas sur un quelconque raisonnement conflictualiste. Ce que vérifient les juges, c'est que l'intervention d'une loi étrangère constitue un obstacle imprévisible et irrésistible à l'exécution d'une obligation : une cause étrangère. Un cas de force majeure.

Dans ces situations par conséquent, le débiteur n'est pas exonéré de sa responsabilité, malgré l'intervention étatique dont il se prévaut, pour la simple raison que cette intervention n'a, en réalité, pas constitué un cas de force majeure ; de même, dans certains cas le débiteur aura contractuellement pris en charge le risque des cas fortuits, et en sera garant (43) ; de même encore, il existe des types de contrats dans lesquels, par dérogation au droit commun, le débiteur est de plein droit garant des risques inhérents à certains aspects de l'opération : dans ce cas aussi, les tribunaux constateront que le fait du prince ne peut être utilement invoqué par le débiteur (44). Ces situations ne doivent en aucun cas être confondues avec une

impossible si le droit des sociétés danois refuse de reconnaître la validité d'un vote ainsi émis) ; BGH 17 février 1971, NJW 1971. 983, 984 (qui rejette, mais pour des raisons de fait seulement, le moyen tiré de l'impossibilité *ab initio* d'exécution du contrat par rapport au contrôle des changes français). V. aussi J. Ghestin, *La formation du contrat* (coll. *Traité de droit civil*), 3^e éd., 1993, n° 686, qui donne comme exemple de nullité pour objet impossible le contrat prévoyant la livraison d'un « produit exclusivement fabriqué dans un pays étranger qui en interdirait l'exportation » ; J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, 17^e éd., 1993, p. 120 (« livraison d'une denrée étrangère que son pays d'origine frappe d'une prohibition d'exportation »). La nullité de pareil engagement peut le cas échéant laisser subsister la responsabilité — extracontractuelle — du débiteur qui s'est imprudemment engagé.

(42) Sur l'ensemble de ces hypothèses, v. *infra*, n°s 188 et s.

(43) Sur ces clauses contractuelles, v. *infra*, n°s 231 et 232.

(44) V. ainsi Com. 5 décembre 1989, D. 1990. Somm. 270, et les obs. Rémond-Gouilloud : un commissionnaire de transport reste responsable du fait des voitures, même lorsque le recours à leurs services lui a été imposé par les autorités d'un pays étranger. — De même en matière de garantie bancaire à première demande : sauf abus manifeste dans l'appel à la garantie, le cas de force majeure

situation où les tribunaux d'un pays refuseraient par principe de tenir compte de l'incidence, sur les contrats, de normes prohibitives étrangères jugées inapplicables ; abstraction faite de quelques accidents de parcours jurisprudentiels (45), pareille attitude n'a, semble-t-il, jamais été systématiquement adoptée par les tribunaux d'un pays. Elle impliquerait d'ailleurs une dérogation si profonde à la notion de force majeure, qui fait partie des principes fondamentaux du droit des obligations, qu'elle ne pourrait être imposée que par le législateur — un législateur particulièrement mal intentionné, s'entend (46).

b) Les effets secondaires du fait du prince étranger sur le contrat

27. La jurisprudence ne se borne pas à reconnaître qu'une intervention de la puissance publique étrangère peut rendre impossible l'exécution d'une obligation contractuelle. Dans la mesure où un contrat n'est pas seulement la source d'une obligation isolée, mais un ensemble structuré de droits et obligations, le fait du prince empêchant l'exécution d'une obligation résultant du contrat peut avoir des répercussions variées. Ces répercussions, qui sont celles de la force majeure en général, démontrent le rôle fondamental que peuvent jouer, dans l'appréciation des conséquences de l'illégalité de l'exécution d'un contrat international, des considérations de droit matériel. Certaines de ces considérations peuvent être communes à plusieurs systèmes juridiques, d'autres dépendront étroitement des spécificités d'un droit national particulier (47).

résultant du fait du prince ne peut être invoqué par le garant — puisqu'il ne peut affecter, en principe, que le contrat de base, non la garantie : v. A. Prüm, *L'autonomie des garanties à première demande*, thèse Montpellier-I, 1992, p. 339-341 ; comp., mais dans une espèce qui est compliquée par la double qualité dans laquelle agissait l'Etat algérien, Com. 19 mai 1992, D. 1993 Somm. 103, 2^e esp., obs. Vasseur.

(45) V. notamment les décisions (très minoritaires) citées *infra*, n° 181, qui ont nié la possibilité, pour le juge, de prendre en considération des normes étrangères *contraires à l'ordre public*, fût-ce en tant que cas de force majeure.

(46) Dans le contexte de l'embargo, décidé par le Conseil de Sécurité de l'O.N.U., qui a suivi l'invasion du Koweït par l'armée irakienne en 1990, « un texte irakien, la loi dite n° 57, destinée à contrecarrer les effets de l'embargo a prétendu imputer au cocontractant étranger toute responsabilité dans l'inexécution des contrats. Cette loi est évidemment prétendue applicable, quel que soit le droit applicable au contrat » (B. Grelon et Ch.-E. Gudim, « Contrats et crise du Golfe », J.D.I. 1991. 633, 661). V. le texte de la loi n° 57 in D.A.I. (C.E.E.) n° 504, avril 1991, p. 98 ; v., sur le caractère dérogatoire au droit commun irakien — et aussi « largement illusoire » — de ses dispositions, G. Burdeau, « Les conséquences de la crise du Golfe sur les relations économiques privées » in *Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe* (Cahiers du CEDIN, n° 6), 1991, p. 415, 452-453, 460. — La loi n° 57 ne se distingue pas seulement par son caractère irrationnel et discriminatoire, mais encore par le fait qu'elle est devenue directement contraire aux décisions que le Conseil de Sécurité a cru devoir prendre sur les effets de droit privé de l'embargo : résolution 687 (1991) du 3 avril 1991, paragraphe 29, texte in 30 I.L.M. 846, 854 (1991), transposée en droit interne français par l'article 45 de la loi n° 91-716 du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, J.O. du 27 juillet 1991 ; et en droit communautaire par le règlement CEE n° 3541/92 du Conseil du 7 décembre 1992, J.O.C.E. du 10 décembre 1992, N° L 361, p. 1.

(47) Pour une comparaison des effets de l'impossibilité d'exécution dans plusieurs systèmes juridiques, v. I. Caytas, *Der unerfüllbare Vertrag*, Wilmington, 1984 ; D. Le Roy, *La force majeure dans le commerce international*, thèse Paris-I, 1991.

Dans un contrat synallagmatique, l'extinction de l'obligation de l'un des contractants par la force majeure peut entraîner, corrélativement, l'extinction de l'obligation de son cocontractant, si elle n'a pas encore été exécutée. C'est ainsi qu'il a été jugé que l'impossibilité, due au fait du prince, dans laquelle se trouve un salarié d'exécuter les prestations promises peut être invoquée par son employeur, dispensé de l'obligation de payer le salaire prévu (48). De même, les tribunaux allemands ont eu l'occasion, au cours de la première guerre mondiale, de décider qu'un Allemand assuré auprès d'une compagnie d'assurances anglaise pouvait obtenir la résiliation du contrat d'assurance au motif que le *Trading with the Enemy Act* anglais interdisait à son co-contractant de continuer à honorer ses engagements (49), qu'un vendeur allemand était fondé à refuser la livraison de la marchandise si le *Trading with the Enemy Act* empêchait l'acheteur d'obtenir l'intervention, prévue au contrat, d'un banquier londonien dans le règlement du prix (50), ou encore qu'un exportateur allemand pouvait se dégager d'un contrat de livraison à long terme conclu avec une entreprise française, dès lors que la législation française sur le commerce avec l'ennemi interdisait à l'acheteur, pour une durée indéfinie, de prendre livraison (51). Dans aucun de ces cas n'a été prononcée la résolution du contrat pour inexécution fautive par le débiteur ; l'impossibilité d'exécution était reconnue, mais devait bénéficier aux deux parties (52).

Une question similaire est celle du sort des prestations dès à présent accomplies par un contractant, avant que le fait du prince n'ait mis fin au contrat : si la loi applicable le prévoit, des sommes d'argent déjà versées peuvent être répétées et des prestations en nature peuvent, afin d'éviter un enrichissement sans cause de leur bénéficiaire, faire l'objet d'une indemnisation par équivalent. Enfin, au-delà du cas d'un contrat synallagmatique unique, peut se poser la question des effets, sur un ensemble contractuel complexe, de l'impossibilité d'exécution de l'un des contrats qui en font partie (53).

(48) Soc. 22 février 1967, précit.

(49) OLG Kiel 8 avril 1915, JW 1915. 530 ; RG 11 juillet 1916, JW 1916. 1184 ; comp. Kaufmann, « Ist der deutsche Versicherte berechtigt, von dem mit einer englischen Gesellschaft geschlossenen Feuerversicherungsvertrag zurückzutreten ? », JW 1915. 261.

(50) RG 19 octobre 1917, RGZ 91. 46.

(51) RG 14 mai 1918, LZ 1918. 1145.

(52) V. notamment les motifs de RG 14 mai 1918, précit. — Pour d'autres exemples jurisprudentiels, v. Montpellier 27 janvier 1965, Gaz. Pal. 1965. 1. 424 (la réquisition d'un immeuble en Algérie dispense le locataire, qui n'en a plus la jouissance, de payer le loyer « tant que durera le fait du Prince ») ; T.G.I. Seine 16 novembre 1965, Gaz. Pal. 1966. 1. 347 (même solution) ; comp. Civ. 3^e 15 mai 1973, D. 1973. I.R. 141 (l'expropriation subie en Algérie par le propriétaire d'un appartement le dispense de contribuer aux charges de la copropriété) ; Soc. 6 novembre 1969, Bull. civ. V, n° 591 (fait des autorités publiques algériennes valant modification substantielle des conditions de travail de certains employés d'Air Algérie) ; BGH 28 janvier 1965, IzRspr. 1964-65, n° 68 et OLG Munich 14 juillet 1966, IzRspr. 1966-67, n° 59 (l'impossibilité de payer, due au contrôle des changes du pays de sa résidence, dans laquelle se trouve le débiteur permet au créancier de cesser d'exécuter ses propres obligations).

(53) V. sur ces points X. Dieux, « Questions relatives aux effets de la contrainte étatique sur les contrats économiques internationaux — Un point de vue belge », Rev. b. dr. int. 1987. 184.

Certaines situations montrent clairement dans quelle mesure les effets du fait du prince sur un contrat peuvent dépendre des particularités du droit matériel applicable. C'est sur le fondement de la théorie dite de la *Geschäftsgrundlage* que les tribunaux allemands ont estimé que l'interdiction de l'importation de bière, édictée par les ayatollahs venus au pouvoir en Iran, privait un importateur iranien de l'avantage qu'il comptait pouvoir tirer d'une transaction qui lui accorderait une remise sur ses importations de bière allemande : le contrat devait être adapté à ces nouvelles circonstances (54). De même, un texte spécial — le § 645 du BGB — leur a permis de déclarer que lorsque la réglementation sanitaire nouvellement édictée du pays de destination ne permet pas à un voyageur de s'y rendre, il n'est pas tenu au paiement de l'intégralité du prix convenu avec un organisateur de voyages (55). Ces solutions souples ne sont pas nécessairement celles du droit français. Il en va de même de la théorie de l'imprévision : d'une manière générale, le droit français considère, à défaut d'impossibilité d'exécution proprement dite, un changement fondamental des circonstances comme insuffisant pour justifier une dérogation à la force obligatoire du contrat — sévérité qui n'est, on le sait, pas partagée par la plupart des autres systèmes juridiques. C'est une différence qui peut avoir une influence déterminante sur l'appréciation des conséquences juridiques exactes d'une intervention étatique sur un contrat (56).

Mais on notera que ces différences n'ont trait qu'à certains effets particuliers du fait du prince sur les obligations contractuelles : elles ne concernent ni le principe même de sa prise en considération, ni son effet libératoire en tant que cas de force majeure. Ce sont là des solutions uniformément admises.

28. La notion de force majeure comme principe fondamental du droit des obligations, le fait du prince étranger comme cas de force majeure : nous aurons à vérifier si ces affirmations se justifient également au regard des traditions propres à la *common law* anglo-américaine. La question y prend, comme nous le verrons, un aspect plus complexe.

(54) BGH 8 février 1984, précit.

(55) BGH 30 novembre 1972, BGHZ 60. 14.

(56) Ainsi, une comparaison de la jurisprudence française et de la jurisprudence allemande est instructive, dès l'époque de la première guerre mondiale (v. A. Wahl, *Le droit civil et commercial de la guerre*, t. II, 1921, nos 1014 et s. ; G. Kegel/H. Rupp/K. Zweigert, *Die Einwirkung des Krieges auf Verträge*, Berlin, 1941) ; cf. d'ailleurs, pour une proposition (vouée à l'échec) de voir introduire la théorie de la clause *rebus sic stantibus* tacite en jurisprudence française, eu égard aux circonstances de l'époque, S. Serbesco, « Effets de la guerre sur l'exécution des contrats », Rev. trim. dr. civ. 1917. 349 ; c'est en définitive le législateur qui a dû intervenir, mais ponctuellement, afin de permettre la prise en compte de l'imprévision par le juge et la résolution ou résiliation de certains contrats conclus avant la guerre (Loi du 21 janvier 1918 relative aux marchés à livrer et autres contrats commerciaux conclus avant la guerre (« Loi Failliot »), J.O. du 23 janvier 1918 ; v. aussi la loi n° 49-547 du 22 avril 1949, permettant la résiliation de certains marchés et contrats, J.O. du 23 avril 1949. — Comp. J.-L. Delvolvé, « L'imprévision dans les contrats internationaux », Trav. Com. fr. 1989-1990. 147, qui propose d'abandonner la position traditionnelle de la jurisprudence française du moins à propos des contrats internationaux, sujets à des « risques exceptionnels » (p. 149), tenant notamment aux interventions étatiques (p. 148).

SECTION II

LA TRADITION JURIDIQUE ANGLO-AMÉRICAINNE

29. Il existe, nous le constaterons, des liens étroits entre les réponses données au problème de l'intervention de la puissance publique étrangère dans l'exécution d'un contrat par le droit anglais et par le droit des Etats-Unis d'Amérique. En particulier, l'évolution historique des solutions — dont la connaissance est indispensable à la compréhension des solutions actuelles — a été parallèle dans les deux pays ; ou, plus précisément, l'influence de la jurisprudence anglaise, évolutive, a traditionnellement été sensible aux Etats-Unis.

Les particularités du droit américain ne doivent cependant pas être sous-estimées, et méritent d'être soulignées ; il y aura donc lieu d'examiner successivement, et séparément, le droit anglais et celui des Etats-Unis.

SOUS-SECTION I

LE DROIT ANGLAIS

30. L'attitude des tribunaux anglais à l'égard du fait du prince étranger (§ 2) ne peut être comprise, du moins en partie, qu'à partir d'une étude préalable de l'évolution, en droit anglais des contrats, du rôle de la force majeure en général (§ 1).

§ 1. — Le droit anglais des contrats et la force majeure

31. La *common law* anglaise présente cette importante spécificité que seule, semble-t-il, parmi les grands systèmes juridiques elle n'a historiquement pas toujours reconnu l'effet libératoire de l'impossibilité — même absolue — d'exécution des contrats. La force majeure libératoire n'est devenue que progressivement un principe général du droit anglais des obligations contractuelles. Un exposé sommaire des grandes phases de l'évolution jurisprudentielle s'impose.

A. — LA RÈGLE DE L'ABSOLUTE CONTRACT

32. Pendant longtemps, la question de l'effet — ou plutôt de l'absence d'effet — de la force majeure sur les contrats était régie par un précédent de 1647, l'affaire *Paradine v. Jane* (1). L'affaire a pour arrière-plan la guerre civile anglaise. En réponse à une demande en paiement d'arrangements de loyers pour trois ans, le défendeur faisait plaider « qu'un certain prince allemand, dit le Prince Rupert, étranger de naissance, ennemi du Roi et du Royaume, avait envahi le pays avec ses troupes hostiles et avec celles-ci était entré sur les terres louées au défendeur et l'en avait expulsé », l'empêchant ainsi de jouir des terres louées de 1642 à 1646 (2). On observera que la question de la force majeure ou de l'impossibilité d'exécution des contrats n'était pas, à proprement parler, soumise aux juges par ce procès : les voies de fait du prince allemand n'empêchaient pas vraiment le locataire de payer les loyers, même si elles le privaient de la source de revenus que devaient représenter les terres louées. Néanmoins la *King's Bench* a saisi l'occasion pour énoncer un principe très général : lorsqu'une partie, par son propre contrat, a assumé une obligation sans réserves, elle est tenue de l'exécuter « nonobstant tout accident par inévitable nécessité » parce qu'elle aurait pu prévoir, dans une clause contractuelle, sa libération pour ce cas (3).

La doctrine de ce jugement est celle de l'*absolute contract* : les obligations contractuelles sont « absolues » ; seule une stipulation contractuelle expresse peut entraîner l'exonération du débiteur par la force majeure. A défaut, il doit réparer, par le paiement de dommages-intérêts, le préjudice subi par le créancier, même si l'exécution du contrat est devenue impossible. Cette doctrine était suivie jusqu'à la fin du XIX^e siècle (4), même s'il y eut de certains côtés des efforts, peu concluants, afin d'atténuer la rigueur de la règle de *common law* (5). En 1884 encore, dans un

(1) Aleyn 26 ; 82 E.R. 897.

(2) p. 26-27.

(3) « *When the party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity because he might have provided against it by his contract* » : p. 27.

(4) V. notamment *Hall v. Wright* (1858) El. Bl. & El. 746 ; 120 E.R. 688 et sur appel (1859) El. Bl. & El. 765 ; 120 E.R. 695 : le danger de mort couru par le défendeur s'il exécute le contrat ne l'exonère pas de ses obligations (l'espèce était quelque peu particulière, puisqu'elle concernait une promesse de mariage. Les juges n'étaient pas unanimes.). *Adde* la jurisprudence citée *infra*, n° 36.

(5) Comp., en *equity*, quelques décisions du Chancelier : *Lawrence v. Brasier* (1666) 1 Chan. Cas. 72 ; 22 E.R. 701 ; *Harrison v. Lord North* (1667) 1 Chan. Cas. 83 ; 22 E.R. 706 (« *Equity relieves against accidents* », en l'espèce des voies de fait commises pendant la guerre civile) ; *Edwin v. East-India Company* (1690) 2 Vern. 210 ; 23 E.R. 738. — Il convient de noter cependant, à titre d'observation historique, que jusqu'au XIX^e siècle, la *common law* ne régissait pas tous les contrats commerciaux en Angleterre. Les affaires maritimes étaient, au contraire, pendant longtemps soumises à des juridictions spécialisées qui appliquaient la *Law Merchant*, version anglaise de la *lex mercatoria* commune de l'Europe et fondée sur le « droit civil » (cf. W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I, 7^e éd., Londres, 1956, p. 526 et s. ; vol. V, 1924, p. 102 et s. ; *adde* T.L. Mears, « The History of the Admiralty jurisdiction » in *Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. II, Boston, 1908, p. 312 et s. ; T.E. Scrutton, « Roman Law Influence in Chancery, Church Courts, Admiralty, and Law Merchant », *ibid.*, p. 208 et s.). Or le « droit civil », quant à lui, ne reconnaissait qu'une responsabilité fondée sur la faute et

important arrêt, la *Court of Appeal* a dû déterminer la loi applicable à un contrat d'exportation de marchandises d'Algérie en Angleterre afin de pouvoir décider si une insurrection et des opérations militaires exonéraient le vendeur : ayant décidé que la loi anglaise régissait le contrat, la Cour rejeta comme inopérant l'argument tiré de la force majeure ou *vis major* telle que l'envisageait le Code civil français en vigueur en Algérie. Le droit anglais des contrats étant applicable, même l'« inévitable nécessité » ne libérait pas le vendeur de ses obligations contractuelles « absolues » (6).

33. La solution sévère de la jurisprudence *Paradine v. Jane* se fondait sur le fait que le débiteur, s'il avait voulu se réserver la possibilité de s'exonérer, aurait pu le stipuler dans une clause contractuelle expresse. Les clauses de force majeure (*force majeure clauses*) ont donc joué dans les contrats commerciaux anglais un rôle particulier : celui de suppléer l'absence, dans le droit anglais de l'époque, d'un principe général d'exonération du débiteur par la force majeure, comparable à la disposition de l'article 1148 du Code civil. L'habitude d'insérer des clauses de ce type dans les contrats s'est d'ailleurs maintenue (7) — par traditionalisme sans doute — même si, comme nous le verrons à présent, le droit anglais a depuis un siècle abandonné la doctrine de l'*absolute contract* et en est venu à consacrer, à propos de l'impossibilité d'exécution du contrat, des solutions qui équivalent à la théorie continentale de la force majeure.

B. — LA RECONNAISSANCE PROGRESSIVE DE L'EFFET LIBÉRATOIRE DE LA FORCE MAJEURE

34. La première réaction des juges aux excès de la règle de l'*absolute contract* a été prudente : le recours à la volonté hypothétique des parties. L'exécution d'un contrat est empêchée par la force majeure. Le défendeur en est-il nécessairement garant ? Il ne l'est pas s'il a prévu, dans le contrat lui-même, son exonération pour ce cas. Il n'existe alors pas d'obligation « absolue » à sa charge. Cela avait toujours été admis. Mais il fut jugé en 1863 que pareille stipulation exonératoire peut être tacite aussi bien qu'expresse. Lorsqu'il résulte des circonstances que les parties n'ont pas voulu maintenir la force obligatoire du contrat même en cas

considérerait dès lors la *vis major* comme libératoire pour le transporteur maritime (Holdsworth, vol. VIII, p. 258-259) : comp. *Morse v. Slue* (1672) 1 Vent. 190 et 238 ; 86 E.R. 129 et 159 (« *First by the admiral civil law the master is not chargeable, pro damno fatali, as in case of pirates, storm, &c. but where there is any negligence in him he is. — Secondly, this case is not to be measured by the rules of the admiral law* »). — Comp., sur les conséquences juridiques de l'arrêt de prince au regard de la *Law Merchant*, Molloy, *De Jure Maritimo et Navali : or, A Treatise of Affairs Maritime and of Commerce*, 7^e éd., Londres, 1722, p. 255 (citant la solution — ambiguë — des Rôles d'Oléron).

(6) *Jacobs, Marcus & Co. v. Crédit Lyonnais* (1884) 12 Q.B.D. 589.

(7) Sur les *force majeure clauses*, v. *Halsbury* (4^e éd.), vol. ix, *Contract*, n^o 457.

d'impossibilité d'exécution, celle-ci est libératoire (8). A partir de ce revirement de jurisprudence (9), la libération du débiteur par la seule stipulation expresse d'une clause de force majeure cède le pas à l'admission de plus en plus large, dans tous les contrats, d'une clause sous-entendue (*implied term*) de non-responsabilité.

La théorie de l'*implied term* fait en réalité appel, sous couvert de la volonté hypothétique des parties, à des éléments essentiellement objectifs. Un deuxième courant jurisprudentiel le fait directement : il reconnaît que par un changement de circonstances, l'exécution normale d'un contrat peut devenir impossible. C'est la doctrine de la *frustration* du contrat. La fusion de ces deux courants se fera à propos des nombreux litiges contractuels auxquels donnera lieu la première guerre mondiale (10).

Les règles actuellement admises en droit anglais sont les suivantes. La *frustration* en tant que cause d'extinction des obligations contractuelles est un principe général du droit. Elle ne repose pas, selon l'opinion aujourd'hui dominante, sur la volonté sous-entendue des parties, mais sur la considération objective que lorsqu'en raison d'un événement non imputable aux parties, la nature même des obligations du débiteur se trouve radicalement modifiée au-delà des prévisions raisonnables des contractants, il serait injuste de continuer à exiger le respect des stipulations contractuelles nonobstant ce changement de circonstances. Quand les juges anglais entendent définir la *frustration*, ils citent l'Enéide : « *non haec in foedera veni* » (11). En fait, l'introduction de la doctrine de la *frustration* a eu pour effet essentiel la reconnaissance de ce que la survenance d'une cause d'impossibilité d'exécution du contrat libère le débiteur (12). De ce point de vue par conséquent, le droit anglais ne diffère plus fondamentalement des systèmes juridiques de droit

(8) *Taylor v. Caldwell* (1863) 3 B. & S. 826 ; 122 E.R. 309. Le jugement, qui cite le Digeste et Pothier, relève également que la *civil law* prévoit dans ces hypothèses l'exonération systématique du débiteur.

(9) Revirement inavoué dans le jugement *Taylor v. Caldwell*, bien entendu. Mais il avait été jugé, antérieurement, qu'une exception au principe de la responsabilité absolue du débiteur ne pouvait être ainsi « greffée sur le contrat » : *Atkinson v. Ritchie* (1809) 10 East 531, 533 ; 103 E.R. 877, 878 (Lord Ellenborough C.J.) ; *Spence v. Chadwick* (1847) 10 Q.B.R. 517, 528 ; 116 E.R. 197, 201.

(10) cf. Lord McNair/A.D. Watts, *Legal Effects of War*, 4^e éd., Cambridge, 1966, p. 166 ; comp. A.D. McNair, « Frustration of Contract by War » (1940) 56 L.Q.R. 173.

(11) *Davies Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council* [1956] A.C. 696, 728, per Lord Radcliffe ; *National Carriers v. Panalpina (Northern) Ltd.* [1981] A.C. 675, 688, per Lord Hailsham of St. Marylebone ; p. 717, per Lord Roskill. — Il ne suffit pas, en revanche, que l'exécution du contrat soit simplement devenue plus coûteuse. — Adde, sur l'ensemble de la question, *Chitty on Contracts*, t. I, 26^e éd., Londres, 1989, p. 1013 et s. ; comp., sur le droit canadien très proche du droit anglais, G.H.L. Fridman, *The Law of Contract in Canada*, 2^e éd., Toronto/Calgary/Vancouver, 1986, p. 579 et s. ; S.M. Waddams, *The Law of Contracts*, 2^e éd., Toronto, 1984, p. 265 et s.

(12) La formulation souple des principes de la *frustration* permet dans certains cas d'aller au-delà des règles strictes de l'impossibilité d'exécution vers l'admission d'idées proches de la théorie de l'imprévision. Mais il est parfois fait allusion, indistinctement, à la « doctrine of impossibility or frustration » (*Halsbury*, op. cit., n^o 450). — Comp. la disposition introductive de la loi anglaise de 1943 qui, sans définir en détail la *frustration*, en a aménagé certaines conséquences juridiques secondaires — le *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943* (c. 40), s. 1(1) : « *Where a contract governed by English law has become impossible of performance or otherwise frustrated ...* ».

civil. Ceci étant acquis, il y aura lieu de rechercher si la jurisprudence anglaise admet, comme celle des pays continentaux, sans difficultés l'assimilation du fait du prince étranger aux autres cas de force majeure. La réponse n'est, à première vue, pas sans équivoque.

§ 2. — L'attitude des tribunaux anglais à l'égard du fait du prince étranger

35. Ici encore, différentes étapes peuvent être distinguées.

A. — « RESTRAINTS OF PRINCES AND RULERS »

36. Les premières décisions judiciaires ayant trait — dans des affaires maritimes — aux interventions de souverains étrangers se situent à l'époque où prédominait, en droit des contrats, la théorie de l'*absolute contract*. Il n'est donc pas surprenant de constater que les juges y refusent de considérer comme libératoire un embargo étranger ou la détention d'un navire dans un port étranger : contrairement à un embargo ordonné par le gouvernement britannique — qui a un effet de droit, celui de dispenser les parties de l'exécution d'un contrat devenu illégal (13) —, l'intervention de l'autorité publique étrangère est un obstacle de pur fait ; pas plus qu'un autre cas de force majeure, cette intervention ne libère le débiteur qui n'a pas songé à faire insérer dans le contrat une clause expresse en ce sens (14). Certains des arrêts prennent soin de citer spécialement, pour souligner l'absence d'effet libératoire de la force majeure, le précédent *Paradine v. Jane* (15) ; tous considèrent la responsabilité du débiteur comme évidente. Comme le souligne une décision de 1814, l'interdiction absolue d'aborder à Gibraltar, imposée par les autorités locales à titre de mesure de quarantaine, n'exonère pas le marchand qui devait y charger des marchandises ; certes, il serait peut-être excessif de dire qu'il pouvait être contraint à procéder effectivement au chargement, mais puisque le chargement lui était impossible, il doit en répondre par le paiement de dommages-intérêts. Tout est une question d'attribution des risques ; et ces risques doivent être imposés au débiteur (16).

Les clauses contractuelles d'exonération (ou d'« exception » des cas fortuits) sont fréquentes ; une clause de style des chartes-parties anglaises prévoit

(13) *Touteng v. Hubbard* (1802) 3 Bos. & Pul. 291 ; 127 E.R. 161 (embargo anglais contre la Suède).

(14) *Blight v. Page* (1801) 3 Bos. & Pul. 295 ; 127 E.R. 163 ; note (a) sous le jugement *Touteng v. Hubbard* précité ; *Sjoerds v. Luscombe* (1812) 16 East 201 ; 104 E.R. 1065 ; comp. *Hore v. Whitmore* (1778) 2 Cowp. 784 ; 98 E.R. 1360 ; *Kirk v. Gibbs* (1857) 1 H. & N. 810 ; 156 E.R. 1427. Adde les décisions citées dans les notes suivantes.

(15) *Atkinson v. Ritchie* (1809) 10 East 531, 533 ; 103 E.R. 877, 878 ; *Spence v. Chodwick* (1847) 10 Q.B.R. 517, 530 ; 116 E.R. 197, 202.

(16) *Barker v. Hodgson* (1814) 3 M. & S. 267 ; 105 E.R. 612.

l'« exception » de tous les cas de « *restraints of princes and rulers* ». Mais, comme il s'agit d'une stipulation dérogeant au droit commun, elle est, à l'époque, interprétée restrictivement par les tribunaux (17).

37. L'abandon progressif de la doctrine de l'*absolute contract* aura des répercussions sur la jurisprudence en matière de fait du prince étranger. L'interprétation de plus en plus large de la clause de style relative aux « *restraints of princes* » (18) n'en est qu'un signe ; elle s'explique par l'évolution des solutions de droit commun.

En 1870, l'arrêt *Ford v. Cotesworth* (19) applique la théorie de l'*implied term* — nouvellement découverte par la jurisprudence — à un retard dans le déchargement d'un navire au Callao, suite à une interdiction des autorités portuaires péruviennes qui redoutaient un bombardement espagnol. Tout en rendant un hommage théorique au principe traditionnel selon lequel en l'absence d'une clause contraire, le fait du prince n'est pas libératoire, les juges déclarent qu'en réalité tout est une question d'interprétation de la volonté des parties. Quel est le contrat sous-entendu (*implied contract*) en l'absence de toute stipulation expresse ? En l'espèce, il serait injustifié d'imposer aux défendeurs une responsabilité aussi « déraisonnable » que celle que suggèrent les demandeurs. L'exécution du contrat a été empêchée par la *vis major*, et les défendeurs sont exonérés.

La théorie moderne de la *frustration*, dont nous savons qu'elle s'est affirmée pendant la première guerre mondiale, a été appliquée tout naturellement à des contrats de transport maritime ou d'engagement de marins dont l'exécution était rendue « commercialement impraticable » par la détention du navire : le hasard avait voulu que le navire se trouvât, au début du mois d'août 1914, dans le port d'une puissance belligérante étrangère (20).

Jusque là, l'examen de la jurisprudence anglaise nous permet d'affirmer sans autre discussion que le fait du prince étranger est considéré comme un cas de force majeure ; et, depuis la reconnaissance de la possibilité de s'exonérer par la preuve de la force majeure, la solution concrète adoptée par les tribunaux anglais dans chacun de ces cas ne diffère en rien de celle qu'un tribunal français aurait déduite du Code

(17) V. en ce sens *Spence v. Chodwick*, précit., p. 527, per Lord Denman C.J. ; adde *Sjoerds v. Luscombe*, précit., p. 206 (la clause ne protège que le frère, non l'affrètement), et encore *Finlay v. Liverpool and Great Western Steamship Co. Ltd.* (1870) 23 L.T. 251 (une saisie judiciaire n'est pas un « *restraint of princes and rulers* »). Pour une interprétation raisonnable d'une clause, v. cependant *Russell v. Niemann* (1864) 17 C.B. (N.S.) 163 ; 144 E.R. 66 (la formule « *the act of the King's enemies* » peut, dans les circonstances de l'espèce, s'appliquer aux actes des Danois, ennemis du Duc de Mecklembourg-Schwerin, bien que ce dernier ne porte pas le titre de « roi »).

(18) Pour des exemples, v. *Geipel v. Smith* (1872) L.R. 7 Q.B. 404 ; *Smith & Service v. Rosario Nitrate Co.* [1893] 1 Q.B. 174, C.A. ; *Furness, Withy & Co. v. Rederiaktiebolaget Banco* [1917] 2 K.B. 873.

(19) L.R. 5 Q.B. 544 ; comp. *Cunningham v. Dunn* (1878) 3 C.P.D. 443, où *Ford v. Cotesworth* sert de précédent.

(20) *Horlock v. Beal* [1916] A.C. 486 (détention du navire et emprisonnement de l'équipage à Hambourg) ; *Scottish Navigation Co., Ltd. v. Souter & Co./Admiral Shipping Co. Ltd. v. Weidner, Hopkins & Co.* [1917] 1 K.B. 222, C.A. (détention du navire en Finlande russe : impossibilité d'exécuter un tour complet de la Baltique dans les délais prévus).

civil : même si la loi étrangère n'est pas applicable au contrat, les commandements de la puissance étrangère sont pris en considération en tant que causes réelles d'impossibilité d'exécution. A ce stade-là, des considérations de droit international privé sont par conséquent étrangères à la discussion.

La situation est, depuis, devenue moins claire en jurisprudence anglaise.

B. — LA JURISPRUDENCE RALLI ET SES SUITES

38. Un navire, le *Eretza Mendi*, dont le propriétaire était la société espagnole *Compañia Naviera Sota y Aznar*, avait été affrété en 1918 par des marchands anglais, la firme *Ralli Brothers*, en vue du transport d'une cargaison de jute de Calcutta à Barcelone. Le fret avait été fixé à 50 livres sterling par tonne de marchandises, avec paiement à Barcelone. Cependant, lorsque le navire arriva en Espagne, un décret royal espagnol était entré en vigueur qui fixait à 875 pesetas par tonne le prix maximal qui pouvait être payé pour le transport de jute des Indes en Espagne ; tout paiement excédant ce maximum était illégal et pénalement sanctionné. En l'espèce, la différence entre le prix convenu et celui que l'affrètement pouvait payer sans violer les lois du lieu de paiement était considérable : 96.690 livres sterling. Une clause du contrat prévoyait le règlement des litiges par un arbitrage à Londres ; dans le cadre de cet arbitrage, la *High Court* fut saisie — comme le prévoyait, à l'époque, le droit anglais de l'arbitrage — d'une question de droit : en refusant, dans les circonstances données, de payer le fret stipulé dans la charte-partie, soumise au droit anglais, *Ralli Brothers* avaient-ils engagé leur responsabilité contractuelle ?

La décision de première instance (21) donne raison aux marchands anglais en se fondant sur les précédents *Ford v. Cotesworth* et *Cunningham v. Dunn* (22) ; le juge estime que le décret espagnol a, en fait, empêché le paiement du prix convenu et que cet empêchement exonère, en droit, les débiteurs de toute responsabilité. Il ajoute d'ailleurs une interprétation très extensive de la clause réservant les « *restraints of princes, rulers and people* » : cette clause protège à la fois le frètement et l'affrètement ... et le décret royal de taxation des prix constitue un *restraint* au sens du contrat. La motivation de cette décision est donc parfaitement claire ; les affrètement ont été exonérés puisque le fait du prince leur avait rendu impossible le respect du contrat.

Le *Compañia Naviera* relève appel. Un jugement est prononcé par chacun des trois magistrats de la *Court of Appeal* ; nous nous bornerons ici à analyser celui de Lord Justice Scrutton, parce qu'il est celui que les tribunaux anglais continuent à citer.

Après avoir énoncé que l'affaire soulève une question d'importance générale — celle de l'effet, sur un contrat, de l'illégalité de son exécution au regard de la loi

(21) *Ralli Brothers v. Compañia Naviera Sota y Aznar* [1920] 1 K.B. 614 (Bailhache J.).

(22) cf. *supra*, n° 37 et note 19.

étrangère du lieu d'exécution —, Lord Justice Scrutton estime que sa solution se retrouve dans une règle de droit international privé énoncée par le Professeur Dicey : la licéité d'un contrat doit être appréciée non seulement au regard de la loi d'autonomie, mais encore et cumulativement au regard de la loi du lieu d'exécution (23). Cette règle se justifie par référence aux « *obligations of international comity* » — une notion que l'on peut traduire par « courtoisie internationale », mais qui peut dénoter l'existence d'une obligation internationale à la charge de l'Etat du for (24). D'une manière ou d'une autre, le jugement justifie donc la libération du débiteur par le respect dû à la souveraineté étrangère. Mais il ne s'arrête pas là. Les appelants ont fait valoir que l'illégalité au regard d'un droit étranger n'est qu'une espèce d'impossibilité de fait, laquelle n'est libératoire que si une clause contractuelle expresse le prévoit. Effectivement, des précédents peuvent être cités en ce sens. Mais ces précédents doivent à présent être considérés comme erronés, puisque la Chambre des Lords a confirmé, dans une série d'arrêts récents, que la libération du débiteur peut également se justifier par référence à la volonté hypothétique des parties. En l'espèce, conclut Lord Justice Scrutton, qui vient de rechercher quelle est dans pareille situation la « véritable intention des parties », il faut considérer que lorsqu'un contrat est exécuté à l'étranger, un *implied term* du contrat prévoit que son exécution ne doit pas être illégale au regard de la loi locale :

« Where a contract requires an act to be done in a foreign country, it is, in the absence of very special circumstances, an implied term of the continuing validity of such a provision that the act to be done in the foreign country shall not be illegal by the law of that country. This country should not, in my opinion, assist or sanction the breach of the laws of other independent states » (25).

39. Cette motivation — que la Chambre des Lords a eu l'occasion, ultérieurement, d'approuver (26) — est ambiguë. Par sa référence à la théorie de l'*implied term* et à des précédents de pur droit civil interne, elle paraît adhérer à l'approche de droit matériel que nous avons pu constater dans la jurisprudence anglaise antérieure, y compris le jugement de première instance dans l'affaire *Ralli* elle-même. L'idée que « ce pays ne devrait pas apporter son assistance ou sa sanction à la violation des lois d'autres Etats indépendants », quant à elle, introduit un élément nouveau.

Dicey, auquel s'est référé la *Court of Appeal*, entendait justifier la règle de conflit selon laquelle la licéité du contrat s'apprécie également au regard de la loi du lieu d'exécution par des considérations tirées de l'autorité légitime du souverain territorial (27). L'appel à la notion de *comity* internationale, que l'on retrouve dans

(23) A.V. Dicey, *A Digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws*, 2^e éd., Londres, 1908, p. 553 : « A Contract (whether lawful by its proper law or not) is, in general, invalid in so far as the performance of it is unlawful by the law of the country where the contract is to be performed (*lex loci solutionis*) ».

(24) *Comp. infra*, n° 121.

(25) *Ralli Brothers v. Compañia Naviera Sota y Aznar* [1920] 2 K.B. 287, 304.

(26) *Regazzoni v. K.C. Sethia (1944) Ltd.* [1958] A.C. 301, 322, per Viscount Simonds.

(27) Dicey renvoie à ce propos (*op. cit.*, p. 553, note 2) à son « Principe Général N° II » du droit international privé : « *English Courts will not enforce a right otherwise duly acquired under the law of a*

la motivation de l'arrêt, va dans le même sens. Et l'idée n'est certainement pas dénuée de fondement : de même que la protection du débiteur, le respect de la souveraineté étrangère peut imposer l'extinction d'obligations contractuelles incompatibles avec les lois de police locales. Les deux sources peuvent contribuer à justifier la solution donnée au litige.

Il faut cependant choisir : la règle de l'arrêt *Ralli* est-elle une règle de droit matériel — relevant de l'*implied term*, de la *frustration* — ou une règle de droit international privé qui soumet la validité des obligations contractuelles cumulativement à la loi d'autonomie et à la loi du lieu d'exécution ? La jurisprudence anglaise n'a jamais eu l'occasion de répondre d'une manière claire et définitive. Ce n'est pas à dire, certes, que les juges n'aient jamais exprimé leur opinion sur la question. Au contraire, les observations les plus variées y ont été consacrées.

On trouve, d'abord, des observations d'ordre général : la règle selon laquelle les tribunaux anglais ne sauraient contraindre une partie à exécuter une obligation illégale au regard de la loi du lieu d'exécution est présentée comme évidente (28) et comme ayant « un arrière-plan de droit international et de relations internationales » : la *comity of nations* (29). C'est là une idée sans doute exacte ;

foreign country : ... (C) Where the enforcement of such right involves interference with the authority of a foreign sovereign within the country whereof he is sovereign » (Introduction, p. 33-34). L'origine doctrinale de cette conception doit être recherchée dans l'école hollandaise du XVIII^e siècle — en particulier l'oeuvre de Huber — dont l'influence sur la jurisprudence anglaise des XVIII^e et XIX^e siècles a été profonde et dont la théorie des droits acquis a inspiré pendant un certain temps la doctrine anglo-américaine (comp. D.J. Llewelyn Davies, « The Influence of Huber's *De Conflictu Legum* on English Private International Law » (1937) 18 B.Y.B.I.L. 49 ; K. Lipstein, « The General Principles of Private International Law », R.C.A.D.I. 1972-I. 97, 126-129 ; adde Batiffol et Lagarde, *Droit international privé* t. I, 8^e éd., 1993, n^{os} 17, 224-226). Or Huber, précisément, défendait déjà, pour ce qui est du respect des lois de police étrangères en matière contractuelle, des solutions fort semblables à celles que nous discutons ici : « *In certo loco mercēs quaedam prohibitaē sunt ; si vendantur ibi, contractus est nullus : verum si merx eadem alibi sit vendita, ubi non erat interdicta, et ex eo contractu agatur in locis, ubi interdictum viget, emptor condemnabitur ; quia contractus inde ab initio validus fuit. Verum si mercēs venditae, in altero loco, ubi prohibitaē sunt, essent tradendae, jam non fieret condemnatio ; quia repugnaret hoc juri et commodo Reip. quae mercēs prohibuit, secundum limitationem axiomatis tertii* ». (*De Conflictu Legum*, § 5 : réimpr. in 18 B.Y.B.I.L. 64, 68). Le troisième axiome de Huber, qui impose ici le respect des lois et intérêts de l'Etat interdisant les marchandises en question, invoque la *comitas gentium* : « *III. Rectores imperiorum id comiter agunt, ut jura cujusque populi inter terminos ejus exercita, teneant ubique suam vim, quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium praejudicetur* » (*ibid.*, § 2, p. 65). — Le passage relatif aux marchandises prohibées est cité par extraits et approuvé, en jurisprudence anglaise, par Lord Mansfield dans *Holman v. Johnson* (1775) 1 Cowp. 341, 344 ; 98 E.R. 1120, 1121-1122.

(28) *De Beêche v. South American Stores (Gath & Chaves) Ltd.* [1935] A.C. 148, 156, per Viscount Sankey L.C. ; *Re Lord Cable (deceased)* [1976] 3 All E.R. 417, 435 (application aux obligations dérivant d'un trust) ; pour un *obiter dictum* récent, v. *Reg. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Chinoy* [1992] 1 All E.R. 317, 330, D.C.

(29) *Regazzoni v. K.C. Sethia (1944) Ltd.* [1958] A.C. 301, 323, per Lord Reid ; adde *Foster v. Driscoll* [1929] 1 K.B. 470, 496, per Scrutton L.J. ; *R. v. International Trustee for the Protection of Bondholders Aktiengesellschaft* [1937] A.C. 500, 519, C.A., per Lord Wright M.R. ; *United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada* [1982] Q.B. 208, 228, per Stephenson L.J. ; comp. *Euro-Diam Ltd. v. Bathurst* [1990] 1 Q.B. 1, 14-15 (Staughton J.) (rejet de la théorie de l'*implied*

mais elle ne nous aide pas à déterminer la nature technique de la règle concrète ainsi énoncée : règle de conflit ou règle de droit matériel ?

Selon un *obiter dictum* au moins, dû à Lord Wright (30), la jurisprudence *Ralli* énoncerait une règle de « conflit de lois », une hypothèse d'« application du droit étranger ». D'autres arrêts laissent entendre que le fondement de cette jurisprudence n'est pas la théorie de la *frustration* ; mais ils le font — inutilement, nous semble-t-il — pour justifier l'absence de libération du débiteur par le fait du prince dans des situations qui ne caractérisaient de toute manière pas la force majeure (31). Enfin, et c'est là que la question prend un intérêt pratique, il a parfois été dit que la règle *Ralli* s'appliquait quelle que soit la loi applicable au contrat — ce qui en fait manifestement une règle de droit international privé anglais, non un corollaire de la théorie de la *frustration*, propre au droit anglais des contrats. Cette dernière opinion — celle selon laquelle le jeu de la règle *Ralli* est indépendant de la loi applicable au contrat — a notamment été exprimée par Lord Reid en 1949, dans l'affaire *Zivnostenska Banka National Corporation v. Frankman* (32). Mais — l'incident est célèbre — dans l'arrêt *Kahler v. Midland Bank, Ltd.*, rendu le même jour, le même Lord Reid énonça en substance la même règle, tout en notant qu'elle concernait l'« exécution d'un contrat anglais » (33) ...

40. C'est précisément à partir de l'hypothèse de la dissociation de la *lex contractus*, de la *lex fori* et de la *lex loci solutionis* que la doctrine anglaise en est venue à attribuer à la règle *Ralli* le caractère d'une règle de droit matériel anglais, relevant de l'impossibilité d'exécution des contrats.

Dans un important article paru en 1937, F.A. Mann (34) a souligné que l'application systématique, à titre de « règle de conflit », de la solution de l'arrêt *Ralli* revient à méconnaître le rôle normal de la loi d'autonomie dans les cas où la loi anglaise n'est pas la loi du contrat. La loi du contrat peut répartir différemment

term, au motif que la question est d'ordre public et ne peut relever de la volonté hypothétique des parties).

(30) *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.* [1939] A.C. 277, 291, P.C.

(31) *Cantieri Navale Triestina v. Russian Soviet Naphta Export Agency* [1925] 2 K.B. 172, 208, per Atkin L.J. (pas de *frustration*, car la défenderesse était tenue par un *absolute contract*) ; *Kleinwort, Sons & Co. v. Ungarische Baumwolle Industrie Actiengesellschaft* [1939] 2 K.B. 678, 698, per du Parcq L.J. (il s'agissait du contrôle des changes extraterritorial d'un Etat tiers : or celui-ci n'a jamais été jugé libératoire, cf. *infra*, n^o 172).

(32) « *I think that is now settled law that, whatever be the proper law of the contract, an English court will not require a party to do an act in performance of a contract which would be an offence under the law in force at the place where the act has to be done* » : [1950] A.C. 57, 79. Dans le même sens, cf. d'ailleurs *Mackender v. Feldia A.G.* [1967] 2 Q.B. 590, 601, per Diplock L.J.

(33) « *The law of England will not require an act to be done in performance of an English contract if such act ... would be unlawful by the law of the country in which the act has to be done* » : [1950] A.C. 24, 48.

(34) « *Proper Law and Illegality in Private International Law* » (1937) 18 B.Y.B.I.L. 97. — Comp., du même auteur, « *The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons* » (1959) 35 B.Y.B.I.L. 34, 46-47 ; « *Conflict of Laws and Public Law* », R.C.A.D.I. 1971-I. 107, 158 ; « *Statutes and the Conflict of Laws* » (1972-73) 46 B.Y.B.I.L. 117, 134 ; « *The Proper Law in the Conflict of Laws* » (1987) 36 I.C.L.Q. 437, 449 ; *The Legal Aspect of Money*, 5^e éd., Oxford, 1992, p. 223.

les risques de l'inexécution de l'obligation, ou tenter de résoudre le problème par une adaptation du contrat aux nouvelles circonstances. Le droit civil allemand notamment aurait, dans le litige en question, aménagé les conséquences de la prohibition locale espagnole en imposant aux parties un paiement conforme au contrat, mais aussi un transfert du lieu de paiement — au domicile du créancier par exemple. Si, par conséquent, le contrat considéré dans l'affaire *Ralli* avait été soumis au droit allemand, il n'y aurait eu aucune raison pour la *Court of Appeal* de ne pas appliquer cette règle spéciale de la *lex contractus* : la loi espagnole n'aurait pas été violée, sans que pour autant le débiteur fût libéré. La solution de l'arrêt *Ralli* lui-même ne fait que traduire la conception anglaise de la *frustration* des contrats.

Il convient de relever qu'un large consensus s'est formé, en doctrine anglaise, autour de cette analyse (35) ; les auteurs des dernières rééditions de l'ouvrage classique de Dicey ont eux-mêmes dû admettre son bienfondé (36) ; et l'entrée en vigueur, pour l'Angleterre, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 n'a pu que renforcer le consensus doctrinal existant. La Convention remplace désormais, en ce qui concerne les contrats qui relèvent de son champ d'application, le droit international privé anglais élaboré par la jurisprudence ; or elle ne contient aucune règle de conflit qui s'identifierait à celle prétendument énoncée par l'arrêt *Ralli* (37). Il s'ensuit que la jurisprudence *Ralli*, qui garde son utilité pratique, ne peut être maintenue que si elle est considérée comme une règle relevant du droit matériel des contrats. La doctrine anglaise le reconnaît et estime, dès lors, que l'entrée en vigueur de la Convention constitue un argument supplémentaire en faveur de l'analyse admise par la majorité des auteurs (38).

Et les tribunaux ? A regarder la question de plus près, ils ne sont pas systématiquement hostiles à l'analyse « matérielle » du problème des prohibitions de la loi locale. Des *obiter dicta* récents énoncent expressément que la jurisprudence *Ralli* illustre le jeu de la théorie de la *frustration* (39). Et il est peut-être plus réaliste

(35) Cheshire and North, *Private International Law*, 11^e éd., Londres, 1987, p. 485-489 (comp. la 12^e éd., 1992, citée *infra*, note 38) ; Halsbury (4^e éd.), vol. viii, *Conflict of Laws*, n° 606 ; J.H.C. Morris, « The Eclipse of the *lex loci solutionis* — A Fallacy Exploded », 6 *Vand. L. Rev.* 505, 508-511 (1953) ; L. Collins, Rapport au Colloque de Bâle sur la loi régissant les obligations contractuelles, Bâle/Francfort, 1983, p. 55, 58 ; R.M. Goode, *Payment Obligations in Commercial and Financial Transactions*, Londres, 1983, p. 132-135 ; P.B. Carter, « Contracts in English Private International Law » (1986) 57 *B.Y.B.I.L.* 1, 28-32 ; F.M.B. Reynolds, « Illegality by *Lex Loci Solutionis* » (1992) 109 *L.Q.R.* 553. *Contra* : l'auteur écossais A.E. Anton, cité *infra*, n° 42, note 49.

(36) Ils ont certes pendant longtemps décidé de maintenir (cf. la 1^{re} Exception à la Règle 184 de la 11^e éd., publiée en 1987) le principe de droit international privé selon lequel la validité d'un contrat dépend, outre de la loi d'autonomie, de la loi du lieu d'exécution ; mais ils ont déclaré ne le faire qu'en raison du « sentiment qu'il ne serait pas convenable de modifier la formulation d'une Exception qui a été si souvent approuvée par les juges » (11^e éd., vol. II, p. 1220, note 56).

(37) L'article 7, alinéa 1^{er} de la Convention (cf. *infra*, n° 325 et s.) a fait l'objet d'une réserve lors de la ratification de la Convention par le Royaume-Uni ; il ne formule d'ailleurs pas de règle mécanique ressemblant à ce que Dicey avait pu proposer.

(38) cf. Cheshire and North, *Private International Law*, 12^e éd., Londres, 1992, p. 519 ; Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, 12^e éd., Londres, 1993, vol. II, p. 1245-1247.

(39) *Nile Co. for the Export of Agricultural Crops v. H. & J.M. Bennett (Commodities) Ltd.* [1986] 1 *Lloyd's Rep.* 555, 581 (Evans J.) ; *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co.* [1989] *Q.B.* 728,

de considérer ce que les juges font vraiment plutôt que ce qu'ils remarquent à titre d'*obiter dicta* : on constatera que sans faire allusion aux aspects théoriques de la question, les tribunaux anglais acceptent parfaitement d'appliquer les règles de la *frustration* aux effets d'une interdiction d'exportation étrangère (40) ou d'une autre intervention de la puissance publique d'Etat tiers (41), ou encore de faire jouer à leur propos une clause contractuelle de force majeure (42). En fait, comme a pu le déclarer Lord Denning, « une interdiction d'exportation correspond bien à la notion de force majeure » (43) — y compris en droit anglais.

41. Résumons. La jurisprudence anglaise reconnaît, comme le fait celle des pays de droit civil, que l'on ne peut contraindre le débiteur à exécuter son contrat à l'étranger au mépris des dispositions prohibitives de la loi locale. Certes, elle a le mérite additionnel de souligner qu'il y va parfois du respect de la souveraineté étrangère en même temps que de la protection du débiteur. Il n'en reste pas moins que l'on peut légitimement estimer, avec la meilleure doctrine anglaise, que depuis l'arrêt *Ralli*, la jurisprudence anglaise continue d'appliquer les principes de la force majeure — ou *frustration* — au fait du prince étranger.

C. — LE RAYONNEMENT INTERNATIONAL DE LA JURISPRUDENCE ANGLAISE

42. La profonde influence du droit anglais — droit des contrats comme droit international privé — sur le droit d'une série de pays se constate aisément ici : la jurisprudence *Ralli* ainsi que les commentaires auxquels elle a donné lieu continuent

749 (Staughton J.). Comp. d'ailleurs déjà *Kursell v. Timber Operators and Contractors* [1927] 1 *K.B.* 298, 313, affaire dans laquelle Lord Justice Scrutton lui-même, après avoir appliqué les principes de la *frustration* à une nationalisation étrangère, indique que la même solution aurait pu être déduite du précédent *Ralli*.

(40) *Ross T. Smyth & Co. Ltd. v. Lindsay* [1953] 1 *W.L.R.* 1280 ; *Empresa Exportadora de Azucar v. Industria Azucarera Nacional S.A. (The "Playa Larga")* [1983] 2 *Lloyd's Rep.* 171, C.A. (référence à la jurisprudence *Ralli* p. 190) ; comp. *Prodexport State Company for Foreign Trade v. E.D.&F. Man Ltd.* [1973] *Q.B.* 389 ; *L'Office National du Thé et du Sucre v. Philippine Sugar Trading (London) Ltd.* [1983] 1 *Lloyd's Rep.* 89, 91. *Adde*, à propos du refus d'une licence d'exportation, *A.V. Pound & Co. Ltd. v. M.W. Hardy & Co. Inc.* [1956] *A.C.* 588 et la jurisprudence citée *infra*, n° 210.

(41) Saisie d'un navire par les nationalistes espagnols : *W.J. Tatem, Ltd. v. Gamboa* [1939] 1 *K.B.* 132 ; nationalisation d'une forêt en Lettonie : *Kursell v. Timber Operators and Contractors Ltd.* [1927] 1 *K.B.* 298, C.A. ; fermeture du canal de Suez : *Carapanayoti & Co., Ltd. v. E.T. Green Ltd.* [1959] 1 *Q.B.* 131 ; *Société Franco-Tunisienne d'Armement v. Sidermar S.P.A.* [1961] 2 *Q.B.* 278 ; *Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noble & Thorl G.m.b.H.* [1962] *A.C.* 93 ; *Ocean Tramp Tankers Corp. v. V/O Sovfracht (The Eugenia)* [1964] 2 *Q.B.* 226, C.A. — Le *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943* (cf. *supra*, n° 35, note 12) a d'ailleurs été appliqué par les tribunaux pour la première fois, longtemps après son entrée en vigueur, dans l'affaire *B.P. Exploration Co. (Libya) v. Hunt (No. 2)* [1983] 2 *A.C.* 352, à propos de la nationalisation d'une concession pétrolière, exploitée en commun par les parties en Libye.

(42) *C. Czarnikow Ltd. v. Centrala Handlu Zagranicznego Rolimpex* [1978] *Q.B.* 176, C.A. et sur appel [1979] *A.C.* 351 ; *Pagnan S.p.A. v. Tradax Ocean Transportation S.A.* [1987] 1 *All E.R.* 81 et sur appel [1987] 3 *All E.R.* 565, C.A.

(43) *Tradax Export S.A. v. André & Cie. S.A.* [1976] 1 *Lloyd's Rep.*, 416, 421 (interdiction d'exportation américaine).

d'être cités au Canada (44), en Australie (45), en Irlande (46), à Hong Kong (47) et à Singapour (48). Il en va de même de deux pays qui ne sont pas des pays de *common law*, mais dont le droit a été fortement influencé par le droit anglais : l'Écosse (49) et l'Afrique du Sud (50).

L'examen du droit des États-Unis d'Amérique, quant à lui, justifie des développements séparés. Nous y arrivons à présent.

SOUS-SECTION II

LE DROIT DES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

43. Le droit privé, ou le droit international privé, des États-Unis d'Amérique n'existe, comme on le sait, pas en tant que tel. Chacun des États fédérés élabore, à côté de sa législation, sa propre *common law*, son propre droit jurisprudentiel (51).

Ce n'est pas à dire, pour autant, qu'il existerait nécessairement, en droit privé américain, une diversité anarchique des solutions admises par les uns et par les

(44) *Montreal Trust Co. et al. v. Stanrock Uranium Mines Ltd.* (1965) 53 D.L.R. (2d) 594, 615-617; *Royal Trust Co. Ltd. v. Campeau Corp.* (1980) 118 D.L.R. (3d) 207, 239-241; *Gillespie Management Corp. v. Terrace Properties* (1989) 62 D.L.R. (4th) 221; J.G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 2^e éd., Toronto, 1986, p. 554-556.

(45) P.E. Nygh, *Conflict of Law in Australia*, 5^e éd., Sydney, 1991, p. 284-285.

(46) W. Binchy, *Irish Conflicts of Laws*, 1988, p. 546 et s.; G. Hickey, « Irish Private International Law », *RabelsZ* 1978. 268, 295.

(47) cf. *F.D.C. Co. Ltd. v. Chase Manhattan Bank, N.A.* [1990] 1 H.K.L.R. 277; comp., pour l'application de la théorie de la *frustration* aux effets de mesures américaines de contrainte économique à l'égard de la Chine communiste, *China Mutual Trading Co. Ltd. v. American President Lines Ltd.* [1953] H.K.L.R. 38 et sur appel [1953] H.K.L.R. 111; *China Mutual Trading v. Banque Belge Pour l'Étranger (Extrême-Orient) S.A.* [1955] H.K.L.R. 144.

(48) *Overseas Union Bank Ltd. v. Chua Kok Kay* [1993] 1 S.L.R. 686; Toh Kian Sing, « Illegal Contracts in the Conflict of Laws : Some Recent Developments in Singapore », [1993] S.J.L.S. 214.

(49) A.E. Anton, *Private International Law : A Treatise from the Standpoint of Scots Law*, Edimbourg, 1^{re} éd., 1967, p. 213-215; 2^e éd., par A.E. Anton et P.R. Beaumont, 1990, p. 291-293 : selon la première édition de l'ouvrage (plus claire, sur ce point, que la seconde), il s'agit d'une règle de droit international privé indépendante de la loi applicable au contrat. Mais pour l'application de la théorie — de droit civil écossais — de l'impossibilité d'exécution des contrats au fait du prince étranger, v. D.M. Walker, *Principles of Scottish Private Law*, 4^e éd., vol. II, Oxford, 1988, p. 137, et du même auteur *The Law of Contract and Related Obligations in Scotland*, Londres, 1979, n° 31.48; et, en jurisprudence, les affaires (déjà anciennes) *Dampskibsselskabet Aurdal v. Compania de Navegacion La Estrella*, 1916 S.C. 882; *Scott & Sons v. Del Sel*, 1923 S.C.(H.L.) 37.

(50) *Cargo Motor Corp. v. Tofalos Transport Ltd.*, 1972 (1) S.A. 186, 195-196 (W.).

(51) Dans deux arrêts de principe, *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938) et *Klaxon v. Stentor Electric Manufacturing Co.*, 313 U.S. 487 (1941), la Cour Suprême des États-Unis a décidé que les juridictions fédérales elles-mêmes, qui sont compétentes pour connaître de certains litiges de droit privé, ne peuvent normalement appliquer ou inventer une *common law* fédérale, mais doivent s'en tenir à la jurisprudence de l'État fédéré dont la loi est applicable, et appliquer les règles de conflit de lois de l'État fédéré sur le territoire duquel elles siègent.

autres. Des efforts législatifs d'uniformisation sont entrepris : nous reviendrons sur le *Uniform Commercial Code*. Des efforts doctrinaux aussi, en particulier dans le cadre des travaux de l'*American Law Institute* : nous verrons quelle a été leur importance dans l'évolution de la conception que le droit américain se fait du problème du fait du prince étranger. C'est d'une double évolution qu'il s'agit de rendre compte : évolution des solutions du droit américain des contrats, puisque l'effet libératoire du fait du prince étranger n'y a pas toujours été reconnu (§ 1) ; mais aussi évolution des analyses juridiques, puisque la question de qualification qui a donné lieu, en Angleterre, à tant de *dicta* judiciaires contradictoires — les effets de l'illégalité du contrat au regard de la loi du lieu d'exécution relèvent-ils d'une règle de conflit ou d'une règle de droit matériel ? — s'est également posée aux États-Unis (§ 2).

§ 1. — L'évolution des solutions : l'incidence du fait du prince étranger sur le contrat

44. Le développement historique du droit américain des contrats a été, en ce qui concerne la force majeure, parallèle à celui du droit anglais (52).

Il y a eu, d'abord, la théorie de l'*absolute contract*. La jurisprudence américaine recèle d'ailleurs une affaire fort semblable à l'affaire *Paradine v. Jane* (53) : l'arrêt *Pollard v. Schaaffer* rendu par la Cour Suprême de Pennsylvanie en 1787. Dans l'affaire *Pollard v. Schaaffer*, le locataire assigné en paiement de loyers avait été évincé des lieux loués non pas certes, comme dans le précédent anglais, par un prince allemand, mais par l'armée britannique — pendant la guerre d'indépendance. Appliquant fidèlement les précédents anglais, la Cour le déclara tenu de continuer à payer les loyers (54). De même, l'on rencontre dans la jurisprudence maritime du XIX^e siècle l'affirmation, appuyée sur les décisions anglaises de l'époque, qu'en l'absence d'une clause d'exonération expressément insérée dans la charte-partie, celle-ci n'est pas éteinte par l'attitude d'un gouvernement étranger qui refuse au navire l'accès au port prévu et interdit l'exportation des marchandises à charger. Le débiteur reste responsable de l'inexécution du contrat (55).

(52) comp. W. Page, « The Development of the Doctrine of Impossibility of Performance », 18 Mich. L. Rev. 589 (1920); S. Williston, *A Treatise on the Law of Contracts*, 3^e éd., vol. XVIII, Rochester, 1978, § 1931 et s.

(53) (1647) Aleyn 26; 82 E.R. 897; *supra*, n° 32.

(54) *Pollard v. Schaaffer*, 1 Dall. 210 (1787). Le même arrêt exonère cependant le locataire de l'obligation de réparer, en plus, les dégâts causés par les Anglais; il invoque à cet égard des précédents anglais jugés en *equity* (cf. *supra*, n° 32, note 5).

(55) *Benson & Trundy v. Atwood*, 13 Md. 20 (1859); il s'agissait d'une interdiction péruvienne d'exportation du guano.

Ensuite, et alors que d'autres juridictions continuaient à appliquer les solutions rigoureuses antérieurement admises (56), les théories anglaises plus modernes — celles de l'interprétation extensive de clauses contractuelles de force majeure, puis de l'*implied term*, enfin de l'impossibilité d'exécution ou de la *frustration* — se sont graduellement imposées.

Deux arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis, rendus en matière maritime, en témoignent. Ils concernent, précisément, des faits du prince étranger — ou plutôt des faits du prince étranger par anticipation. Dans le premier, *The Styria v. Morgan* (57), l'application extensive de la clause relative aux « *restraints of princes and rulers or people* » déguise à peine l'application d'un principe général indépendant de toute stipulation particulière : celui que l'on ne saurait faire grief à un capitaine d'avoir — après la déclaration de la guerre hispano-américaine de 1898 — évité de s'engager dans la Méditerranée avec une cargaison de soufre, au risque d'une prise par un navire espagnol et de la confiscation de la marchandise. Ce risque en lui-même a été considéré comme un *restraint of princes*.

Le deuxième arrêt, *The Kronprinzessin Cecilie* (58), est toujours considéré comme précurseur de la théorie moderne de l'impossibilité d'exécution des contrats. Les faits sont ceux-ci : le 28 juillet 1914 un navire allemand, le *Kronprinzessin Cecilie*, part de New York pour l'Allemagne avec une cargaison d'or que le capitaine est censé livrer à Plymouth. A mi-chemin, des dépêches lui apprennent qu'une déclaration de guerre entre l'Allemagne et l'Angleterre est imminente (l'Autriche vient de déclarer la guerre à la Serbie). Il préfère retourner dans un port américain plutôt que de risquer la prise du navire, presque inévitable s'il continue sa route, comme prévu, vers l'Angleterre. La Cour Suprême approuve son comportement et déboute le propriétaire de la cargaison d'or de sa demande en dommages-intérêts. Elle considère, certes, qu'il serait excessif de considérer les événements décrits comme un *restraint of princes* au sens d'une clause d'exonération insérée au contrat. Mais elle estime que la doctrine de l'arrêt *Paradine v. Jane* est à présent dépassée : une clause contractuelle expresse n'est plus jugée indispensable à l'exonération de débiteur. Il suffit de constater que le risque d'une prise du navire n'était pas de ceux auxquels le capitaine devait raisonnablement s'exposer en vue de l'exécution du contrat (59).

(56) *Tweedie Trading Co. v. James P. McDonald Co.*, 114 Fed. 985 (S.D.N.Y. 1902) (décret prohibitif du gouverneur colonial de la Barbade : non libératoire) ; *Richards & Co. Inc. v. Wreschner*, 156 N.Y.S. 1054 (Sup. Ct. 1915) (ordre du gouvernement allemand) ; *Thaddeus Davis Co. v. Hoffmann-La Roche Chemical Works*, 166 N.Y.S. 179 (Sup. Ct. 1917) (interprétation restrictive d'une clause de force majeure : embargo étranger non couvert) ; *Krulewüch v. National Importing & Trading Co. Inc.*, 186 N.Y.S. 838 (Sup. Ct. 1921) (embargo javanais), et encore *Glynn v. United Steel Works Corp.*, 289 N.Y.S. 1037, 1041 (Sup. Ct. 1935) (« *impossibility of performance due to a foreign law is no excuse* ») et *Vanetta Velvet Corp. v. Kakunaka & Co. Ltd.*, 10 N.Y.S.2d 270 (App. Div. 1939), qui doute cependant de la solution.

(57) 186 U.S. 1 (1902).

(58) 244 U.S. 12 (1917).

(59) « *The master was not bound to deliver the gold in England at the cost of capture* » (p. 23). La Cour ajoute : « *Business contracts must be construed with business sense, as they naturally would be understood by intelligent men of affairs* » (p. 24).

La consultation de la jurisprudence maritime à laquelle ont donné lieu les deux guerres mondiales est instructive, dans la mesure où elle met en oeuvre, à propos des risques d'arrêt ou de prise, ou encore de la réquisition de navires par des puissances étrangères, toute la variété des méthodes qui nous sont familières : critère des risques qu'est raisonnablement tenu de courir un homme d'affaires prudent et diligent (60), interprétation extensive des clauses de force majeure (61), théorie de l'*implied term* (62) ou, enfin, de la *frustration* (63).

45. La doctrine américaine plus récente a systématisé ces tendances jurisprudentielles et s'est consacrée à une entreprise de clarification terminologique, d'abord en abandonnant la notion unitaire de la « *frustration* ou impossibilité d'exécution » et en assignant un domaine particulier à chacune de ces deux notions (64), puis en substituant, à la notion d'« impossibilité », celle d'« impraticabilité » (*impracticability*). Comme le souligne le second *Restatement* du droit des contrats publié par l'*American Law Institute* en 1981, dont le chapitre 11 est précisément consacré à l'*impracticability of performance*, la nouvelle terminologie est plus expressive que la référence antérieure à la notion d'« impossibilité ». Il ne s'agit en effet pas nécessairement d'une impossibilité physique ; la nouvelle notion prend mieux en considération le fait que le débiteur doit aussi être libéré lorsque l'exécution du contrat, sans être matériellement impossible, l'exposerait à des risques excessifs et déraisonnables (65).

La notion d'*impracticability* a également été adoptée par la jurisprudence ; des arrêts rendus en matière maritime, suite à la fermeture du canal de Suez, y font référence (66).

(60) *Essex S.S. Co. v. Langbehn*, 250 Fed. 98 (5th Cir. 1918).

(61) *The George J. Goulandris*, 36 F.Supp. 827 (D. Me. 1941).

(62) *Texas Co. v. Hogarth Shipping Co.*, 256 U.S. 619 (1921).

(63) *The Frankmere*, 262 Fed. 819 (E.D. Va. 1920) ; *The Claveresk*, 264 Fed. 276 (2d Cir. 1920) ; *The Isle of Mull*, 278 Fed. 131 (4th Cir. 1921) ; *The Innerton*, 141 F.2d 931 (5th Cir. 1944). — En doctrine, v. G. Gilmore/Ch. Black, *The Law of Admiralty*, 1^{re} éd., Brooklyn, 1957, p. 197 ; M.E. De Orchis, « *Restraint of Princes : The Carrier's Dilemma When Trouble Brews at Foreign Ports* », Dr. eur. transp. 1980. 3. — Adde, pour l'application de la théorie de la *frustration* aux effets d'un décret cubain limitant les exportations de sucre, *Rothkopf v. Lowry & Co.*, 148 F.2d 517 (2d Cir. 1945) ; et aux effets d'une confiscation à l'étranger, *Zwack v. Kraus Bros. & Co.*, 237 F.2d 255 (2d Cir. 1956) ; ou encore aux effets d'une interdiction d'importation, *Johnson v. Atkins*, 127 P.2d 1027 (Cal. Dist. Ct. App. 1942).

(64) Comp. E.A. Farnsworth, *Contracts*, 2^e éd., vol. I, Boston/Toronto/Londres, 1990, p. 558 et s. ; Corbin on *Contracts*, vol. VI, St. Paul, 1962, § 1322. La doctrine américaine distingue (contrairement à la jurisprudence anglaise : cf. Corbin, *op. cit.*, p. 327, note 9) entre impossibilité et *frustration of purpose* (alors que la terminologie anglaise résume les deux dans la notion de *frustration* ou *frustration of the adventure*) : il y a *frustration of purpose* notamment dans certaines situations où l'exécution du contrat, bien que praticable en elle-même, n'est plus d'aucune utilité pour l'une des parties.

(65) *Restatement of the Law, Second, Contracts*, vol. II, St. Paul, 1981, § 261 et s. ; v. notamment p. 312 et 316. — Nous aurons d'ailleurs l'occasion de voir, *infra*, n^{os} 134 et s., que cette idée n'est nullement étrangère au droit français, et qu'elle est même seule susceptible d'expliquer certaines solutions de la jurisprudence.

(66) *Transatlantic Financing Corp. v. United States*, 363 F.2d 312 (D.C. Cir. 1966) ; *American Trading and Productions Corp. v. Shell International Marine Ltd.*, 453 F.2d 939 (2d Cir. 1972).

46. Le même critère de l'*impracticability* se retrouve, à propos d'un type particulier de contrats — la vente commerciale de marchandises —, dans la section 2-615 de l'*Uniform Commercial Code*, loi uniforme adoptée par presque tous les Etats fédérés (67) ; et la loi uniforme prend soin de prévoir expressément, à côté de ce critère général, un cas particulier, celui du fait du prince — étranger ou américain :

« ... if performance as agreed has been made impracticable ... by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid ».

La section 264 du second *Restatement* du droit des contrats reprend la même règle, cette fois-ci en tant que principe à valeur générale : à moins qu'il n'ait spécifiquement assumé ce risque, le débiteur est exonéré s'il s'avère qu'il n'aurait pu exécuter son contrat qu'en se mettant en conflit avec « une réglementation ou un ordre gouvernemental », national ou étranger (68).

Ces textes intègrent très nettement les normes prohibitives étrangères dans l'application d'un concept de droit matériel, celui d'*impracticability* de l'exécution d'une obligation contractuelle. Ils se fondent ainsi, d'une manière implicite, sur une analyse juridique qui a fini par s'imposer en droit américain plus clairement qu'en droit anglais : ce n'est pas une règle de conflit, mais une règle de droit matériel qui justifie que le juge tienne compte des prohibitions d'une loi étrangère qui n'est pas la *lex contractus*.

§ 2. — L'évolution des analyses : la technique juridique permettant de tenir compte des normes prohibitives étrangères

47. Pendant la première moitié de ce siècle, les juristes américains restaient manifestement très attentifs à l'actualité jurisprudentielle anglaise. Le prononcé de l'arrêt *Ralli* (69) ne leur a pas échappé. Si les premiers commentaires américains de la décision de la *Court of Appeal* d'Angleterre y voyaient encore un cas d'impossibilité d'exécution causée par une modification législative à l'étranger (70), le grand internationaliste Beale, fortement influencé par Dicey et adepte comme lui de la théorie des « droit acquis », fit sienne l'interprétation qui voyait dans la jurisprudence *Ralli* une règle de droit international privé (71). Or Beale était

(67) American Law Institute/National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Uniform Commercial Code*, 1989 Official Text, St. Paul, West Publishing Co., p. 180.

(68) « § 264. Prevention by Governmental Regulation or Order. — If the performance of a duty is made impracticable by having to comply with a domestic or foreign governmental regulation or order, that regulation or order is an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made ». Le commentaire relève qu'il ne s'agit pas d'un cas d'impossibilité matérielle d'exécution (p. 331).

(69) *Ralli Brothers v. Compañía Naviera Sota y Aznar* [1920] 2 K.B. 287, C.A. : *supra*, n° 38.

(70) cf. les notes de jurisprudence in 34 Harv. L. Rev. 319 (1921) et 21 Colum. L. Rev. 190 (1921).

(71) J. Beale, *A Treatise on the Conflict of Laws*, vol. II, New York, 1935, p. 1261 et s.

également le Rapporteur, au sein de l'*American Law Institute*, du premier *Restatement* du droit des conflits de lois, en 1934 (72). Il l'a profondément marqué de ses conceptions personnelles, non seulement en soumettant de manière doctrinaire la validité des contrats à la loi du lieu de conclusion (section 332) et leur exécution à la loi du lieu d'exécution (section 358), mais encore en y insérant une règle spéciale pour l'« illégalité de l'exécution » des contrats, la section 360, alinéa 1^{er} :

« Illegality of performance. (1) If performance of a contract is illegal by the law of the place of performance at the time for performance, there is no obligation to perform so long as the illegality continues ».

Un autre juriste éminent, le juge Learned Hand, est allé encore plus loin, en alléguant (peu de temps après la parution du *Restatement*) dans un *dictum* que la règle de droit international privé de la section 360 était celle du « droit de la plupart des pays civilisés » (73).

48. Cette belle unanimité ne durera pas. Avec les autres règles du premier *Restatement* consacrées aux conflits de lois en matière contractuelle, celle de la section 360 est critiquée par la doctrine — qui relève notamment qu'il est difficile de considérer comme un principe de droit international privé indépendant de la loi applicable au contrat une règle que l'*American Law Institute* lui-même a incluse également dans son *Restatement* du droit (matériel) des contrats ... (74)

L'approche de Beale a donc été abandonnée par la deuxième édition du *Restatement* des conflits de lois (75). La section 202, alinéa 1^{er} du nouveau *Restatement* formule une règle très différente de celle proposée par Beale dans le texte antérieur : les effets de l'illégalité du contrat sont déterminés par le droit matériel applicable. L'alinéa 2 ajoute que si l'exécution du contrat est illégale au regard de la loi locale, les parties seront « normalement » dispensées de son exécution. Une note — le commentaire c — explique clairement la portée de la règle de la section 202 : il convient de distinguer entre l'« existence de l'illégalité et les effets de l'illégalité » (76). Pour apprécier l'« existence de l'illégalité », le juge se référera, par exemple, à la loi du lieu d'exécution — si c'est l'illégalité *lege loci solutionis* que l'on invoque devant lui. Mais pour en tirer les conséquences légales, il n'appliquera ni une règle du droit international privé du for, ni la loi du lieu d'exécution en tant que telle : il s'en tiendra au droit matériel applicable.

Lorsque la loi compétente contient une règle semblable à celle de la *common law*, poursuit le *Restatement*, elle dispensera le débiteur de l'exécution, devenue

(72) *Restatement of the Law, Conflict of Laws*, St. Paul, 1934.

(73) *Anglo-Continentale Treuhand A.G. v. St. Louis Southwestern Ry. Co.*, 81 F.2d 11, 12 (2d Cir. 1936).

(74) cf. E. Rabel, *The Conflict of Laws : A Comparative Study*, vol. II, Ann Arbor, 1960, p. 538 et comp. *Restatement of the Law of Contracts*, vol. II, St. Paul, 1932, § 461, III. 1. Adde Rabel, *op. cit.*, p. 536 (« in the Anglo-American conflicts literature, the doctrine of "illegality" has been singularly inflated and confused by sweeping English dicta relied upon by Beale »).

(75) *Restatement of the Law Second, Conflict of Laws*, St. Paul, 1971.

(76) p. 645.

illégal au regard de la loi locale, de son obligation. Mais le *Restatement* n'ignore pas la possibilité que la loi applicable pourrait prévoir un transfert du lieu d'exécution, ou mettre les risques de l'impossibilité d'exécution à la charge du débiteur. Si tel est le cas, le juge américain appliquera les solutions ainsi dégagées.

49. Cette analyse — qui correspond, au demeurant, à celle proposée en Angleterre par la majorité de la doctrine (77) — démontre qu'une approche sous l'angle du droit matériel est parfaitement compatible avec les traditions juridiques propres au droit anglo-américain, au même titre qu'avec celles des pays de droit civil. L'examen du droit anglais et américain montre par ailleurs que l'effet libératoire du fait du prince étranger fait, en matière contractuelle, l'objet d'un très large consensus, que ce soit dans les systèmes juridiques de droit civil ou dans ceux de *common law*. Nous n'avons cependant examiné, jusqu'à présent, que la jurisprudence (et, accessoirement, la législation) étatique. Nous compléterons notre tour d'horizon par un bref regard sur la pratique en matière d'arbitrage commercial international.

SECTION III

L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

50. L'examen des sentences arbitrales est susceptible de présenter un intérêt de points de vue très différents, qui sont le reflet de la diversité des types d'arbitrage commercial international. L'arbitrage peut être fortement institutionnalisé, étatisé même, au point de faire partie, tout à fait officiellement, de l'organisation économique d'un Etat déterminé ; il peut aussi, et au contraire, tenter de se caractériser par son autonomie par rapport aux institutions étatiques. Il s'agira ici de rechercher — en ce qui concerne les effets du fait du prince étranger sur les obligations contractuelles, problème qui intéresse directement le commerce international — si les solutions dégagées par les arbitres se ressentent des particularités du mode de règlement des litiges adopté.

51. Le premier type d'arbitrage, l'arbitrage fortement « étatisé », a été une caractéristique du système d'organisation économique des Etats du COMECON — système dont la récente disparition (1) n'enlève pas tout intérêt à une brève allusion à ce qui a été la pratique de l'arbitrage institutionnel des pays socialistes.

Il est d'autant plus facile de connaître l'attitude des institutions d'arbitrage du commerce extérieur des pays du COMECON à l'égard des phénomènes de contrainte étatique que cet aspect de leur pratique a fait l'objet d'une étude détaillée publiée en 1989 par M. Enderlein, professeur à Potsdam (2). Malgré le champ de recherche *a priori* très vaste qu'il s'était défini — normes d'application immédiate du for et

(1) La dissolution du COMECON a eu lieu en juin 1991.

(2) F. Enderlein, « Eingriffsnormen in der Außenhandelschiedsgerichtsbarkeit des RGW », *RabelsZ* 1989. 362. L'étude de M. Enderlein concerne exclusivement les rapports économiques Est-Ouest (p. 362, note 1), excluant les contrats entre organismes étatiques d'Etats membres du COMECON lui-même (sur cette question, qui soulève le problème spécifique de l'invocabilité, par un organisme étatique, d'actes de la puissance publique dont il relève, v. la jurisprudence et doctrine citée *infra*, spéc. nos 219 et 223). — Sur la question de l'effet à donner aux lois de police étrangères, v. également, en doctrine polonaise, la réponse — classique — de J. Skapski, « Les obligations en droit international privé dans le cadre du commerce extérieur des pays socialistes », *R.C.A.D.I.* 1972-II. 499, 563 (elles « n'ont qu'une influence indirecte sur le rapport d'obligation, donc pour autant qu'elles peuvent avoir une incidence sur la possibilité d'exécution ». L'auteur précise, *ibid.* : « Une telle solution que d'ailleurs les pays socialistes ne sont pas seuls à accepter, permet de respecter la loi locale en conservant l'unité de la loi applicable à l'obligation contractuelle »).

(77) cf. les références citées *supra*, n° 40, notes 34, 35 et 38.

étrangères (3), application et prise en considération des lois de police étrangères, sentences publiées et inédites de tous les Etats membres du COMECON à l'exception de Cuba, de la Mongolie et du Vietnam —, il en est venu à la conclusion que la pratique arbitrale en la matière était peu fournie. Un pourcentage dérisoire des sentences arbitrales rendues fait allusion aux normes d'application immédiate — et là encore, il s'agit normalement d'*obiter dicta*.

M. Enderlein relève ainsi qu'il n'a pas connaissance de sentences arbitrales du tribunal arbitral auprès de la chambre de commerce extérieur de la R.D.A. qui auraient eu l'occasion de se prononcer directement sur la libération du débiteur par le fait du prince dans les relations économiques Est-Ouest. Il indique cependant que cette possibilité est admise par la doctrine et cite une sentence arbitrale de 1965, selon laquelle un contrat contraire au contrôle des changes portugais était nul au regard du Code civil est-allemand pour impossibilité d'exécution *ab initio* (4). C'est là une solution qui rejoint, en substance, la règle qui exonère le débiteur par la preuve d'un fait du prince postérieur à la conclusion du contrat (5).

Le tribunal arbitral soviétique a eu l'occasion, plus fréquemment, d'appliquer les principes de la force majeure à ces situations. Il a notamment jugé que le refus d'une licence d'importation en Suisse valait force majeure au sens d'une clause des conditions générales de livraison de l'exportateur soviétique (6). Dans d'autres affaires, il a estimé que le débiteur n'était pas libéré, mais pour des raisons de pur fait : la preuve de l'existence même de la norme étrangère invoquée n'était pas rapportée, ou alors la possibilité d'exécuter le contrat subsistait malgré l'intervention de la puissance publique étrangère. Il s'agit, par conséquent, d'une confirmation indirecte de l'existence du principe dont les conditions d'application n'étaient, dans ces espèces, pas réunies (7).

M. Enderlein cite encore une sentence arbitrale roumaine qui a décidé que le refus d'une autorisation d'exportation — il s'agissait en l'espèce du refus des autorités colombiennes d'autoriser l'exportation de café par une entreprise roumaine à destination des Communautés européennes — libérait le débiteur (8). Un auteur roumain (9), faisant allusion à la même sentence, précise d'ailleurs que le tribunal arbitral a considéré l'acte des autorités colombiennes comme un « *factum principis* » — un fait du prince.

(3) Contrairement à d'autres formes d'arbitrage (comp. *infra*, n° 52), l'arbitrage institutionnel des pays socialistes permet sans difficulté une distinction entre normes *du for* et normes étrangères.

(4) Sentence du 16 août 1965, citée par Enderlein, *op. cit.*, p. 366 ; une sentence du 28 janvier 1976 (Enderlein, p. 367-369) envisage la nullité pour impossibilité d'exécution d'un contrat que l'une des parties prétendait contraire à la réglementation ouest-allemande de la concurrence, mais rejette le moyen, faute de preuve de l'illégalité alléguée.

(5) cf. *supra*, n° 27.

(6) Sentence du 20 janvier 1970 : Enderlein, p. 377.

(7) Enderlein, p. 377-379.

(8) Sentence du 7 août 1978 : Enderlein, p. 380.

(9) O. Capatina, « Le régime des autorisations d'exportation et d'importation en droit roumain », D.P.C.I. 1986. 145, 150.

On soulignera, en conclusion, la similitude des solutions adoptées par ces institutions arbitrales, dans les arbitrages « Est-Ouest », avec la jurisprudence des tribunaux occidentaux. Elle confirme l'utilité, dans le droit du commerce international, de la reconnaissance de l'effet libératoire du fait du prince étranger — et sa neutralité politique.

52. Lorsqu'au contraire, l'arbitrage, mode authentiquement privé de règlement des litiges, n'est pas exclusivement ancré dans les institutions d'un Etat déterminé, les termes de la discussion se déplacent. Il devient moins facile, peut-être même impossible, d'opposer les normes d'application immédiate « du for » aux normes d'application immédiate « étrangères » (10) ; la principale distinction sera celle entre les normes qui font partie du droit applicable au contrat et celles qui n'en font pas partie. Quelle peut, dans ce contexte, être la signification du fait du prince « étranger » ? L'extranéité par rapport au for peut perdre son sens ; celle par rapport à la relation contractuelle et au droit auquel ont voulu se référer les parties gardera le sien.

Reste dès lors à voir en vertu de quelles règles l'arbitre déterminera les effets de l'intervention de la puissance publique d'un Etat dans l'exécution du contrat. On ne sera pas surpris de constater que la référence à des règles autonomes par rapport aux lois étatiques a été proposée, en la matière, aux arbitres ; et que la pratique arbitrale a été décrite comme conforme à cette proposition (11). Effectivement, comme nous l'avons vu, la libération du débiteur par le fait du prince a fait partie des solutions de la *lex mercatoria* historique (12) ; elle pourrait avoir sa place dans une *lex mercatoria* moderne. Quelle serait sa place exacte ? La *lex mercatoria* se compose, selon ceux qui sont favorables à sa reconnaissance, d'usages et de principes (13). Les usages se constatent surtout à travers la pratique contractuelle ; les principes, quant à eux, ont une portée plus ambitieuse et une source plus universelle : ils ont leurs affinités avec les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » auxquels fait allusion l'article 38 du statut de la Cour Internationale de Justice. L'expression « principes généraux de droit » peut être

(10) cf. — dans une perspective résolument favorable à la « délocalisation » de l'arbitrage — Y. Derains, « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », *Mélanges Berthold Goldman*, 1982, p. 29, 32-34.

(11) J. Paulsson, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage C.C.I. », *Rev. arb.* 1990. 55, 85-89 ; comp. Y. Derains, *op. cit.*, qui reconnaît toutefois la tendance des arbitres à « utiliser des moules conflictualistes omniprésents dans la théorie du droit international privé » et l'existence, en fait, d'un « mimétisme qui conduit l'arbitre à calquer son attitude sur celle du juge » (p. 46).

(12) cf. *supra*, n° 14 et s.

(13) Etant observé que B. Goldman a pu proposer (note sous Civ. 1^{re} 22 octobre 1991, J.D.I. 1992. 177, 182-185 ; v. déjà — avec plus d'hésitations — sa note sous Paris 13 juillet 1989, J.D.I. 1990. 430, 435-437 ; *adde* « Nouvelles réflexions sur la *Lex Mercatoria* », *Mélanges Pierre Lalive*, Bâle/Francfort, 1993, p. 241 et s., spéc. p. 246) de substituer à cette classification bipartite une classification tripartite en « principes », « règles » et « usages », les principes se caractérisant, par rapport aux règles, essentiellement par leur plus grande généralité.

adoptée pour les désigner (14). L'importance respective des usages et des principes, question controversée (15), ne nous retiendra pas ici.

Ce qui est clair en tout cas est qu'à supposer que la reconnaissance de l'effet libératoire du fait du prince fasse partie d'une *lex mercatoria* moderne, elle relèvera de la catégorie des principes, non des usages. La plupart des contrats soumis aux arbitres dans les sentences auxquelles nous ferons allusion contenaient certes des clauses de force majeure ; il serait cependant manifestement injustifié de considérer la pratique des clauses de force majeure comme source exclusive d'une théorie *lex-mercatoriste* de la force majeure ou du fait du prince (16). Il s'agit d'un principe plus fondamental ; c'est la source du principe, tel que l'appliquera l'arbitre, qui peut être discutée : loi nationale ou droit anational ?

53. En fait l'examen, sans *a priori*, de la pratique arbitrale ne permet guère de formuler, dans un sens ou dans l'autre, une conclusion ferme. Le problème de la force majeure est, paraît-il, statistiquement parmi ceux qui occupent le plus les arbitres (17). Les sentences publiées montrent que les difficultés constatées tiennent fréquemment à l'intervention de la puissance publique. Les solutions juridiques adoptées par les arbitres, elles, sont classiques.

Il existe une importante institution arbitrale internationale — le Tribunal des différends irano-américains institué par les accords d'Alger du 19 janvier 1981 — qui, en raison de son rôle très particulier, est amené tout naturellement à appliquer, de préférence à un droit national, « les principes généraux du droit » aux points litigieux que ne permet pas de résoudre directement le texte même du contrat entre parties (18). La notion de force majeure en particulier a été puisée dans cet ensemble

(14) V. p. ex. Ph. Kahn, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », J.D.I. 1989. 305.

(15) Comp., dans les *Mélanges Berthold Goldman (Le droit des relations économiques internationales, 1982)*, l'opinion de M. Fouchard (« Les usages, l'arbitre et le juge », p. 67) selon laquelle « on s'accorde ... pour admettre que les usages constituent "le noyau dur" de cet ensemble » et celles rapportées par M. Weil (« Principes généraux du droit et contrats d'Etat », p. 387) selon lesquelles ce sont les principes généraux du droit qui « constituent le noyau ... de cette *lex mercatoria* ». — Sur la distinction des deux notions, v. encore E. Gaillard, « La distinction des principes généraux et des usages du commerce international », *Mélanges Pierre Bellet*, 1991, p. 203 et s.

(16) De même que dans un litige individuel, l'admission de l'exception de force majeure par l'arbitre ne dépendra en rien de la présence, dans le contrat, d'une clause de force majeure : cf. la sentence citée *infra*, note 20.

(17) cf. Y. Derains, introduction à la *Chronique des sentences arbitrales*, J.D.I. 1975, p. 917.

(18) L'article V des accords d'Alger dispose en effet : « *The Tribunal shall decide all cases on the basis of respect for law, applying such choice of law rules and principles of commercial and international law as the Tribunal determines to be applicable, taking into account relevant usages of the trade, contract provisions and changed circumstances* ». — V. aussi J. Crook, « Applicable Law in International Arbitration : The Iran-U.S. Claims Tribunal Experience », 83 A.J.I.L. 278, 281-299 (1989). L'auteur relève (p. 292) que le volume du contentieux et le désintérêt des parties pour la détermination des règles de droit applicables ont empêché les arbitres de se livrer à de rigoureuses analyses de droit comparé en vue de la définition des « principes généraux ».

de principes (19). Dans une sentence du 10 décembre 1986, le Tribunal a mis l'accent sur le fait que l'effet libératoire de la force majeure « peut être considéré comme un principe général du droit » indépendant de l'insertion, dans le contrat, d'une clause de force majeure :

« Under a variety of names most, if not all, legal systems recognize *force majeure* as an excuse for contractual non-performance. *Force majeure* therefore can be considered a general principle of law. It follows that the right to invoke *force majeure* does not depend on, or arise out of, an express contractual provision. The parties to a contract may, however, agree that *force majeure* will have certain specific consequences for their contractual performance or with respect to termination of the contract. They also can decide that their contractual obligations, or some of them, will not be affected by *force majeure*. It is clear, however, that a limitation on the right to invoke *force majeure* as an excuse for non-performance cannot be presumed, but requires instead an express contractual provision to that effect » (20).

Dans une sentence arbitrale du 28 février 1986, qui fait elle aussi application de « principes généraux », un acte de la puissance publique iranienne a été considéré comme un exemple « classique » de force majeure (21).

54. Le cas de ce Tribunal et des procès entre entreprises américaines et autorités publiques iraniennes n'est pas typique. Dans les litiges entre personnes privées, les arbitres appliquent les mêmes principes, certes ; ils considèrent la force majeure comme libératoire et le fait du prince comme un cas de force majeure ; mais ils ne prétendent que rarement, ce faisant, appliquer un droit anational. Il faut faire abstraction des sentences dont le résumé publié ne permet pas de reconstruire le détail du raisonnement des arbitres (22). Parmi les espèces les plus intéressantes, on trouve une sentence *ad hoc* appliquant expressément le droit suisse (23) et des sentences C.C.I. faisant application du droit algérien — en précisant que le contenu de celui-ci doit être recherché dans le Code civil français et la jurisprudence et

(19) Crook, *op. cit.*, p. 293.

(20) *Anaconda-Iran, Inc. v. Iran* (Case No. 167) (1986) 13 Iran-U.S. C.T.R. 199, 211-212.

(21) *Blount Brothers Corp. v. Iran and Iran Housing Co.* (Case No. 52) (1986) 10 Iran-U.S. C.T.R. 56, 74-75. Il a été jugé que dans les circonstances de l'espèce, une entreprise publique pouvait invoquer le fait du prince.

(22) cf. les sentences C.C.I. rendues dans les affaires n° 1703 en 1971, J.D.I. 1974. 895, obs. Derains ; n° 1840 en 1972, Y.B.C.A. 4 (1979) 209 (interdiction de la distribution, au Mexique, d'une revue française relevant de la « presse masculine ») ; n° 1782 en 1973, J.D.I. 1975. 923, obs. Derains (boycottage d'Israël par les pays arabes) ; n° 2139 en 1974, J.D.I. 1974. 892, obs. Derains ; Y.B.C.A. 3 (1978) 220 ; n° 2216 en 1974, J.D.I. 1975. 917, obs. Derains (amiable composition) ; et déjà, dans le contexte de la guerre froide (interdiction d'exportation américaine valant force majeure dans les relations entre une entreprise américaine et l'« entreprise tchécoslovaque Dynamit Nobel, actuellement dénommée Etablissements Georges Dimitrov »), la sentence C.C.I. dont le contenu est résumé par Trib. civ. Seine 17 octobre 1956, J.C.P. 1956. II. 9647, note Motulsky, jugement rendu sur opposition à exequatur. *Adde* la sentence du Tribunal d'appel de la Commission des marchands de grain de Rotterdam du 22 août 1972, Y.B.C.A. 1 (1976) 137, appliquant à une interdiction d'exportation argentine une clause du contrat-type de la *London Corn Trade Association*.

(23) Sentence du 9 septembre 1983, Y.B.C.A. 12 (1987) 63.

doctrine française, le nouveau Code civil algérien n'étant entré en vigueur que postérieurement à la conclusion du contrat (24) ; ou alors du droit libyen et notamment du précédent constitué par un arrêt de la Cour Suprême de Libye ayant trait à la fermeture du canal de Suez (25) ; ou encore, à propos d'un contrat soumis au droit indien mais dont l'exécution s'était heurtée à des mesures édictées dans les deux Etats parties au conflit indo-pakistanaï de 1965, de la doctrine anglaise de la *frustration* — au motif, sommairement affirmé, que celle-ci était reconnue également en droit indien et même pakistanaï (26).

Il existe, en revanche, une sentence arbitrale C.C.I. appréciant la notion de force majeure conformément à une clause du contrat et aux « principes généraux du droit », sans, paraît-il, faire référence au droit suisse déclaré applicable par les parties (27). La solution adoptée par cette sentence — l'annulation d'une autorisation d'exportation par les autorités roumaines est un cas de force majeure — aurait, il est vrai, également été adoptée par une juridiction étatique suisse.

55. Que l'arbitre se réfère à une loi nationale déterminée ou aux « principes généraux du droit », la solution sera donc la même : le débiteur est libéré, à condition que le fait du prince ait effectivement empêché l'exécution de l'obligation (28). On peut admettre, par conséquent, qu'il existe un principe général, affirmé tant par les juges de différents pays que par les arbitres, selon lequel le fait du prince étranger a un effet libératoire. Mais ceci ne préjuge pas du statut de ce principe ; il peut s'agir soit d'un « principe général du droit » transnational et applicable comme tel, *de plano*, par l'arbitre — soit, plus modestement, d'un principe dont le droit comparé montre qu'il paraît faire l'unanimité des systèmes juridiques nationaux, mais qui ne cesse pas pour autant de relever du droit — étatique — applicable au contrat.

(24) Sentence rendue en l'affaire n° 3093/3100 en 1979, J.D.I. 1980. 951, obs. Derains ; Y.B.C.A. 7 (1982) 87.

(25) Sentence rendue en l'affaire n° 4462 en 1985, 29 I.L.M. 565 (1990) ; extraits in Y.B.C.A. 16 (1991) 54 (sentence préliminaire sur la question de la force majeure) ; v. aussi B. Audit, « L'affaire *NOC c/ Libyan Sun Oil Company* », Rev. arb. 1991. 263.

(26) Sentence rendue en l'affaire n° 1512 en 1971, J.D.I. 1974. 905, obs. Derains ; Y.B.C.A. 1 (1976) 128.

(27) Sentence rendue en l'affaire n° 2478 en 1974, J.D.I. 1975. 925, obs. Derains ; Y.B.C.A. 3 (1978) 222.

(28) Comp. Y. Derains, *op. cit.*, *Mélanges Berthold Goldman*, p. 38 ; v. aussi, du même auteur, « L'impact des crises politiques internationales sur les contrats internationaux et l'arbitrage commercial international », R.D.A.I. 1992. 151, 157-162. — M. Derains lui-même (obs. au J.D.I. 1975, p. 921-922) a eu l'occasion de relever que le critère de la force majeure — également appliqué au fait du prince — des arbitres du commerce international est, en règle générale, « des plus classiques ». *Contra*, à propos du cas particulier du fait du prince (mais, nous semble-t-il, sans démonstration concluante) : F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, 1992, p. 191, selon lequel « la *lex mercatoria*, tout en puisant dans les droits nationaux, envisage la notion de fait du prince de manière différente et, par suite, la soumet à un régime juridique original ».

Chacun déduira donc, de cet examen des sentences arbitrales, la conclusion qui lui semble appropriée : on peut y voir une confirmation de ce qu'il existe bien, dans le droit du commerce international, des principes généraux susceptibles d'être la base d'une nouvelle *lex mercatoria* ; mais on peut aussi estimer, avec les critiques des théories *lex-mercatoristes*, que des principes qui se retrouvent également, à l'identique, dans les droits nationaux ne peuvent guère contribuer à constituer le contenu spécifique d'un système autonome de droit (29). En définitive, l'exemple du fait du prince, quel que soit son intérêt dans la pratique des relations commerciales contemporaines, n'apporte pas de contribution décisive à ce débat théorique.

*

56. Retenons qu'il existe un principe généralement reconnu en droit comparé : alors même qu'une norme prohibitive étrangère n'est pas applicable au contrat, elle peut néanmoins être prise en considération comme créant un cas d'impossibilité d'exécution du contrat et entraîner la libération du débiteur. Cette constatation a une importance pratique dans la mesure où elle permet de préciser le sens de la notion de cause étrangère exonérant le débiteur, telle qu'elle apparaît dans certains textes uniformes élaborés selon une méthode comparatiste qui peut également servir d'instrument dans leur interprétation. Il s'agit, principalement, de l'article 74 de la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels annexée à la Convention de la Haye du 1^{er} juillet 1964 (30) et de l'article 79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 qui lui succède (31).

(29) A. Kassis, *Théorie générale des usages du commerce*, 1984, n° 811. — On pourrait ajouter que dans pareil cas, le recours à un « principe général du droit » a, le cas échéant, pour intérêt pratique de permettre à l'arbitre de faire l'économie de la détermination de la loi applicable au contrat. Mais il s'agit là d'une technique d'élimination des « faux conflits » de lois, non d'un indice de l'existence d'un ordre juridique autonome.

(30) Cette convention n'a jamais été ratifiée par la France. Sur la prise en considération du fait du prince étranger dans le cadre de l'article 74, v. Dölle, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Munich, 1976, Art. 74, n°s 81-82, p. 452 ; comp. U. Eckhardt, *Die Entlastung des Verkäufers nach Art. 74 EKG*, Francfort/Berne/New York, 1983, p. 81. — En jurisprudence, la décision du Tribunal d'arrondissement de La Haye (réf.) du 17 septembre 1982, R. 1983. 473 ; *RabelsZ* 1983. 141, rendue dans l'affaire *Sensor*, aurait dû se prononcer sur le moyen tiré de l'article 74 pour statuer sur l'exonération de l'exportateur néerlandais par l'embargo américain dirigé contre le « gazoduc euro-sibérien » ; la question a cependant été esquivée par la décision : cf. *infra*, n° 185.

(31) J.O. du 27 décembre 1987. Sur l'article 79, v. von Caemmerer/Schlechtriem, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Munich, 1990, Art. 79, spéc. n° 18 ; B. Audit, *La vente internationale de marchandises — Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, 1990, n°s 180 et s. ; et plus particulièrement sur la prise en considération d'interventions étatiques : T. Morscher, *Staatliche Rechtssetzungsakte als Leistungshindernisse im internationalen Warenkauf*, Bâle/Francfort, 1992, p. 133 et s.

Mais cette constatation de l'existence d'un principe généralement admis en matière contractuelle permet, surtout, d'envisager une extension du champ d'application du principe : à côté des obligations contractuelles, il convient d'envisager les obligations extracontractuelles, qui trouvent leur source directement dans la loi. Leur exécution peut, elle aussi, se heurter aux dispositions contraignantes d'une loi étrangère. Le principe *impossibilium nulla obligatio est*, quant à lui, est un véritable principe général du droit (32). Qu'en est-il de son application, en dehors du domaine contractuel, au fait du prince étranger ?

CHAPITRE II

LA LIBÉRATION DU DÉBITEUR D'UNE OBLIGATION EXTRACONTRACTUELLE

57. Demogue, dans l'introduction du chapitre qu'il consacre, dans son *Traité des obligations en général*, à la force majeure (1), exprime parfaitement en quelques mots la généralité des principes de la force majeure ou de l'impossibilité d'exécution : « La théorie de la force majeure à propos des dommages-intérêts n'est qu'un aspect spécial d'une théorie beaucoup plus générale de droit civil ou pénal ou même public qui peut s'exprimer ainsi. — Quand une impossibilité est intervenue et a empêché une personne d'accomplir un fait ou de s'abstenir alors que cela était pour elle obligatoire ou même facultatif, le droit vient au secours de la personne victime de l'impossibilité en tenant sa conduite pour non avenue. A l'impossible nul n'est tenu ». Et comme « la force majeure peut consister dans une défense d'une autorité étrangère » (2) — nous venons de le constater en matière contractuelle —, rien ne paraît s'opposer à une généralisation de la théorie du fait du prince étranger au-delà du domaine contractuel.

Nous l'établirons en vérifiant, d'abord, le principe même de l'applicabilité de la théorie du fait du prince étranger aux obligations non contractuelles (Sect. I). Nous examinerons ensuite, en raison de leur intérêt particulier, deux cas d'application de la théorie en matière de droit économique : il s'agit des conflits relatifs au droit de la concurrence et aux lois interdisant la communication de renseignements à l'étranger (Sect. II).

(32) Son origine en est peut-être un indice : Dig. 50. 17. 185 (*Celsus libro octavo digestorum*).

(1) R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. VI, 1931, n° 530.

(2) Demogue, *op. cit.*, n° 545.

SECTION I

L'APPLICABILITÉ DE LA THÉORIE DU FAIT DU PRINCE ÉTRANGER
AUX OBLIGATIONS NON CONTRACTUELLES

58. Demogue rappelle que la théorie générale de l'impossibilité d'exécution s'applique en « droit civil ou pénal ou même public » (1). Le droit pénal peut, pour les besoins de notre discussion, être considéré comme faisant partie du droit public : il règle un aspect particulier des relations entre les particuliers et l'Etat ; l'Etat est directement intéressé à assurer le respect des obligations sanctionnées par la loi pénale ; le droit international privé a tendance à exclure les normes pénales étrangères, comme les autres normes étrangères de droit public et pour les mêmes raisons, du jeu normal des règles de conflits de lois et de juridictions (2).

A la classification tripartite adoptée par Demogue dans l'énumération des règles juridiques susceptibles d'être affectées par la force majeure, nous substituerons donc une classification plus simple : nous montrerons, par l'examen des solutions du droit positif, que le fait du prince étranger peut entraîner l'extinction d'obligations non contractuelles de droit privé, mais aussi — et ceci malgré le rôle accru qu'y joue l'intérêt public de l'Etat du for — d'obligations de droit public, que leur respect soit assuré par des sanctions pénales ou par des sanctions administratives.

§ 1. — Les obligations non contractuelles de droit privé

59. Les principaux exemples que fournit la jurisprudence sont tirés du droit des sociétés, du droit de la responsabilité délictuelle et du cas des formalités civiles. Nous les examinerons successivement.

(1) Demogue, *loc. cit.* (*supra*, n° 57).

(2) cf. Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, t. I, 8^e éd., 1993, n°s 246-248 (conflits de lois) et t. II, 7^e éd., 1983, n° 714 (conflits de juridictions). — La doctrine pénaliste française hésite parfois, il est vrai, à admettre la classification du droit pénal parmi les matières de droit public (comp. J. Pradel, *Droit pénal*, 8^e éd., t. I, 1992, n°s 70 et s. ; Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, 6^e éd., t. I, 1988, n°s 150 et s. : catégorie autonome tant par rapport au droit privé que par rapport au droit public. — En faveur du rattachement au droit public, v. cep. certains des auteurs cités par Merle et Vitu, *loc. cit.*). Mais en réalité, le droit de punir ne constitue-t-il pas la prérogative de puissance publique par excellence ?

A. — LE DROIT DES SOCIÉTÉS

60. Comme l'a rappelé la Cour d'appel de Paris pour décider que la *lex societatis* ne peut être déterminée comme le serait la loi d'autonomie d'un contrat, « encore bien que dans la conception ancienne qui reste celle du Code civil, la société soit un contrat, il ne saurait être contesté qu'elle constitue bien plus qu'un contrat, une institution dont la constitution et le fonctionnement sont réglés dans tous les systèmes juridiques par des dispositions légales impératives » (3). Ces rapports juridiques d'ordre institutionnel peuvent être perturbés par l'intervention d'une puissance publique étrangère.

L'affaire *Royal Dutch* (4) illustre bien, nous l'avons vu, le jeu de la théorie du fait du prince étranger dans les rapports entre la société et ses actionnaires, privés de leurs droits par ce qu'ils estimaient être une confiscation étrangère contraire à l'ordre public du for. De même, il a été jugé par la Cour de cassation que le dirigeant d'une société exerçant ses activités en Algérie n'avait pas commis les fautes de gestion qu'on lui reprochait, lorsqu'il s'était trouvé, en raison notamment de l'attitude des autorités algériennes, « dans l'incapacité matérielle d'user des prérogatives attachées à ses fonctions » (5). Des irrégularités normalement indéfendables peuvent être excusées par l'impossibilité de respecter les prescriptions légales ou statutaires. Un arrêt de la Cour de Paris, approuvé par la Cour de cassation, a ainsi déclaré « justifié par les circonstances » le défaut de convocation, à une assemblée générale devant statuer sur le transfert en France du siège social

(3) Paris 26 mars 1966, J.D.I. 1966. 841, note Goldman (la solution adoptée par l'arrêt reste conforme au droit positif : l'article 1^{er}, alinéa 2 e de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles exclut expressément les sociétés du champ d'application de cette convention). *Adde*, du point de vue du droit interne, Ripert et Roblot, *Droit commercial*, t. I, 15^e éd. par M. Germain, 1993, n°s 670 et s., et les références citées. — Une survivance de la conception contractuelle de la société s'était retrouvée dans le premier arrêt *Banque Ottomane*, prononcé peu de temps avant par la même chambre de la Cour de Paris (19 mars 1965, J.D.I. 1966. 117, note Goldman ; R. 1967. 85, note Lagarde). V. aussi, dans le contexte de l'application de l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, C.J.C.E. 10 mars 1992, *Powell Duffryn plc/Petereit*, aff. C-214/89, Rec., p. I-1745 ; R. 1992. 528, note Gaudemet-Tallon ; J.D.I. 1993. 474, obs. Bischoff, qui — tout en notant que dans le droit interne des Etats contractants, les rapports entre une société anonyme et ses actionnaires reçoivent une qualification tantôt contractuelle, tantôt institutionnelle (cons. n° 10) — estime qu'une clause statutaire peut être qualifiée de « convention attributive de juridiction » pour les besoins de l'article 17 ; et comp. déjà C.J.C.E. 22 mars 1983, *Martin Peters/ZNAV*, aff. 34/82, Rec., p. 987 ; R. 1983. 663, note Gaudemet-Tallon ; J.D.I. 1983. 834, obs. Huet, pour l'application de l'article 5, 1^o de la Convention aux rapports internes à une *association*, assimilés à des « obligations contractuelles » (assimilation qui paraît fondée sur des considérations essentiellement pragmatiques, et a été critiquée : cf. A. Huet, obs. précit.).

(4) cf. *supra*, n° 6.

(5) Com. 20 mai 1974, Bull. civ. IV, n° 163. — Un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 29 juin 1932 (J.D.I. 1934. 663) a même estimé — s'agissant de la situation particulière de la Banque russe pour le Commerce étranger qui avait fait l'objet en Union soviétique d'une mesure de nationalisation jugée spoliatrice — que ni le défaut de convocation de l'assemblée générale depuis de longues années, ni l'absence de reddition de comptes, ni l'absence de ratification par l'assemblée de la nomination de nouveaux administrateurs ne pouvait être imputée aux administrateurs de la société : cette situation anormale résultait « du fait du prince et d'un cas de force majeure ».

d'une caisse centrale de réassurance établie en Algérie, des caisses régionales algériennes : le gouvernement algérien avait « imposé, sur ce territoire, des mesures que la Cour suprême d'Algérie a jugé illégales, mais qui, avant l'intervention de son arrêt, rendaient manifestement inexécutable toute convocation adressée à des Caisses régionales algériennes » (6).

61. Dans une situation extrême, une mesure étrangère peut mettre en danger la survie même d'une société soumise à la loi française ; la principale hypothèse pratique qu'il convient d'envisager, à cet égard, est celle de la confiscation ou nationalisation, à l'étranger, des biens dont l'exploitation constituait l'objet social. Il pourrait y avoir dans ce cas disparition de l'objet social — ce qui entraînerait, par application de l'article 1844-7 du Code civil (l'ancien article 1865), la dissolution automatique de la société. Encore faut-il que l'objet social ait effectivement été étroitement spécialisé.

Il existe au moins deux précédents. Le premier est celui de la Compagnie Universelle du Canal Maritime de Suez. La nationalisation du canal par la loi égyptienne du 26 juillet 1956 avait-elle entraîné l'extinction de l'objet social ? Des actionnaires minoritaires le soutenaient. L'assemblée générale, elle, le voyait différemment : rebaptisant la société en Compagnie Financière de Suez, elle décida d'« étendre » son objet, de renoncer à ses droits concessionnels et de se consacrer, à l'avenir, à la gestion des sommes que le gouvernement égyptien lui avait octroyées en indemnisation. Cette décision était contestée par les actionnaires minoritaires, qui (dans le but avoué de pouvoir toucher immédiatement « leur » part dans l'indemnisation) faisaient valoir qu'une société qui s'était trouvée dissoute de plein droit dès le 26 juillet 1956 ne pouvait plus, postérieurement, modifier son objet social ...

En fait, le législateur français était venu au secours de la Compagnie, en édictant une loi n° 57-658 du 1^{er} juin 1957 « déclarant sans effet, sur une société régie par la loi française, les dispositions d'une loi étrangère » (7) :

« Article unique. — La Compagnie universelle du canal maritime de Suez régie, en ce qui concerne sa constitution comme société et les rapports des associés entre eux, par les dispositions de la loi française reste soumise auxdites dispositions et à ses statuts notamment pour tout ce qui a trait à son existence, ses organismes et son patrimoine sans pouvoir être affectée par les dispositions d'une loi étrangère.

Sont déclarées caduques et réputées non écrites les dispositions des statuts de la compagnie soumettant à l'approbation du Gouvernement égyptien l'exécution des résolutions de l'assemblée générale tendant à apporter des modifications ou des additions auxdits statuts ».

(6) Paris 17 mai 1967, J.D.I. 1967. 874, note Loussouarn, confirmé par Civ. 1^{re} 30 mars 1971, R. 1971. 451, note Lagarde ; J.D.I. 1972. 834, note Loussouarn ; Ancel et Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 2^e éd., 1992, n° 51 (« eu égard aux circonstances particulières qu'elle relève et qu'elle a souverainement appréciées, la Cour d'appel a pu tenir pour régulière cette assemblée, malgré la non-convocation des caisses régionales d'Algérie »).

(7) J.O. du 4 juin 1957.

Cette loi était imparfaitement rédigée : si la société restait soumise aux dispositions de la loi française, elle restait soumise à l'article 1865 du Code civil. Même si elle n'était pas *juridiquement* « affectée par les dispositions d'une loi étrangère », ces dispositions pouvaient néanmoins constituer, au regard de l'article 1865, un événement ayant entraîné *en fait* la disparition de l'objet social.

Devant le Tribunal de commerce de la Seine, saisi par les actionnaires minoritaires, la Compagnie a toutefois pu démontrer sans peine que le but du législateur, tel qu'il s'était manifesté lors des travaux préparatoires, avait été de rendre impossible, précisément, pareil raisonnement : le rapport fait, devant l'Assemblée Nationale, au nom de la Commission des affaires étrangères du Conseil de la République avait justifié le projet de loi par la considération qu'« il est insuffisant de dire que la nationalisation est dépourvue d'effets juridiques en France, s'il demeure possible au Gouvernement égyptien de plaider ou de faire plaider que la Compagnie a, du fait de la loi égyptienne, perdu son objet et son existence comme société ». Le tribunal, lui, s'est fondé sur un raisonnement encore plus simple — et évident : en édictant le 1^{er} juin 1957, donc près d'un an après la nationalisation, une loi spéciale qui considérait manifestement la Compagnie comme étant toujours en existence, le législateur avait fait une « constatation légale ... irréfragable et valable *erga omnes* », qui ne laissait tout simplement plus de place à une argumentation tirée de l'article 1865 du Code civil (8).

Dans une autre espèce, une société dont l'objet essentiel était l'exploitation, directe ou par ses filiales locales, de gisements de pétrole dans l'Europe de l'Est, avait subi, pendant et après la seconde guerre mondiale, l'expropriation de ses biens : le principal objet de l'activité sociale était devenu « la poursuite en France du règlement d'une double indemnité polonaise et tchèque ». La Cour de Paris, saisie par un actionnaire minoritaire, a implicitement estimé que la société survivait intacte malgré les expropriations subies (9). Il est vrai que l'objet social était, statutairement, défini d'une manière très large. L'annotateur de l'arrêt en déduit une preuve supplémentaire du fait que la dissolution pour disparition de l'objet social ne joue, en droit français, qu'un rôle effacé (10).

Les deux affaires illustrent bien, à notre avis, la prise en considération des effets de fait d'une nationalisation étrangère : si la dissolution des sociétés n'a pas été constatée, c'était simplement que l'article 1865 du Code civil avait été rendu inapplicable par une législation de circonstance, ou que ses conditions d'application n'étaient, en fait, pas réunies. Des considérations de droit international privé (inapplicabilité de la loi étrangère, méconnaissance de l'ordre public français) ne jouaient aucun rôle.

(8) Trib. com. Seine 22 juin 1959, J. Soc. 1959. 193, note Lecompte.

(9) Paris 25 mai 1971, J.C.P. 1972. II. 17084, note Guyon.

(10) Y. Guyon, note précit.

B. — LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

62. La responsabilité délictuelle — il est question ici de la responsabilité du fait personnel — se fonde sur la faute, c'est-à-dire le manquement à un devoir extra-contractuel, que ce devoir ait été explicité par un texte écrit ou, au contraire, défini par la jurisprudence (11). Même si dans la première hypothèse aussi, les juges gardent un pouvoir d'appréciation et peuvent tenir compte, si la situation se présente, de la contrainte étatique étrangère pour exonérer le défendeur qui a méconnu la loi (12), c'est la seconde hypothèse — celle des devoirs extra-contractuels non écrits — qui présente le plus d'intérêt. Là, en effet, doit pouvoir s'appliquer pleinement la définition générale que l'on a proposé de donner de la faute civile : il s'agit « d'une certaine conduite, que le défendeur a suivie, et qu'il dépendait de sa volonté de ne pas suivre, alors qu'elle était réprochée par la société » (13) — la société s'exprimant, bien entendu, à travers les tribunaux.

La jurisprudence donnera dès lors également la réponse à cette question : jusqu'à quel point l'homme prudent et diligent, le modèle théorique dont le comportement fournit l'aune à laquelle doivent être mesurés tous les autres, est-il supposé résister à la contrainte de la puissance publique étrangère ? Si l'on sait que la jurisprudence qui existe en la matière est celle des différents après-guerre, la question prend un relief particulier. Une partie du territoire français est occupée par les troupes allemandes ; l'autorité militaire ennemie donne ses ordres, publie ses règlements ; des particuliers sont amenés à y obéir ; après la libération du territoire, des victimes réclament réparation : les tribunaux ne peuvent que constater que les comportements dénoncés sont, en principe, de ceux que la société réproche ; mais dans quelle mesure les défendeurs peuvent-ils être fondés à plaider qu'ils n'ont fait qu'agir sous une contrainte irrésistible ?

(11) cf. G. Viney, *La responsabilité : conditions* (Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, t. IV), 1982, n°s 445 et s.

(12) La jurisprudence américaine en fournit un exemple assez singulier, l'affaire *Kern v. Dynallectron Corp.*, 577 F. Supp. 1196 (N.D. Tex. 1983), jugement confirmé en appel, 746 F.2d 810 (5th Cir. 1984) : il y a été jugé qu'il n'y avait pas de discrimination religieuse contraire au *Civil Rights Act* de 1964 dans le refus d'embaucher, comme pilote d'hélicoptère appelé à survoler régulièrement La Mecque, un baptiste qui ne voulait pas se convertir à l'Islam. Le droit de l'Arabie Saoudite prévoyait en effet la peine de mort par décapitation pour les non-musulmans pénétrant dans La Mecque ; le tribunal en a déduit que la restriction du poste en question aux pilotes convertis était objectivement justifiée (*bona fide occupational qualification*) et donc licite. — La Cour suprême ayant toutefois jugé, dans une affaire ultérieure, qu'en réalité le *Civil Rights Act* ne pouvait être interprété comme s'appliquant à un travail salarié exécuté en dehors du territoire des Etats-Unis (*EEOC v. Aramco*, 499 U.S. 244 (1991)), le législateur américain a dû régler la question expressément. Le *Civil Rights Act* de 1991, § 109 (modification de 42 U.S.C. §§ 2000e(f) et 2000e-1) est venu préciser que la loi peut avoir une portée extraterritoriale, tout en ajoutant : « *It shall not be unlawful under section 703 or 704 for any employer ... to take any action otherwise prohibited by such section, with respect to an employee in a workplace in a foreign country if compliance with such section would cause such employer ... to violate the law of the foreign country in which such workplace is located* ».

(13) J. Carbonnier, *Droit civil*, IV, *Les obligations*, 17^e éd., 1993, n° 220, p. 405.

Tout dépend, en fait, du degré de dévouement patriotique auquel s'attend le tribunal. Normalement, les juges ont su faire preuve de réalisme ; parfois d'indulgence. Un exemple remarquable en a été, pendant les années 1920, la jurisprudence constante des juridictions du ressort de la Cour de Colmar, approuvée par la Cour de cassation, qui considérait comme fautive la dénonciation aux autorités allemandes d'un Alsacien-Lorrain par un autre, pour avoir manifesté des sentiments francophiles (14). Tout en tenant peut-être compte, dans la définition de cette faute, de ce qu'ils considéraient comme ayant toujours été l'allégeance légitime des habitants du territoire, les magistrats n'ont pas perdu de vue que celui-ci était en fait rattaché, avant la fin de la guerre, à l'Allemagne (15). Ils ont été amenés, par conséquent, à distinguer selon la motivation de l'auteur de la dénonciation : n'étaient pas fautives des déclarations faites « non spontanément et non mensongèrement, au cours d'enquêtes judiciaires ou de police, en réponse à des interrogations auxquelles il n'était pas possible de se dérober » (16), ou la dénonciation d'un patriote imprudent par le maire d'un village d'Alsace, qui entendait faire « cesser le scandale » et « éviter à sa propre personne des ennuis graves qui le menaçaient pour ne pas avoir fait son devoir comme maire » (17).

Il a même été jugé, après la guerre de 1870, que le paiement, par une commune française, d'une « contribution de guerre » à l'autorité militaire allemande, qui avait fait emmener comme otages deux membres du Conseil municipal, se justifiait par la force majeure que constituait la réquisition ennemie (18) ; et, après la seconde guerre mondiale, qu'il ne pouvait être fait grief à un Alsacien resté sur place de s'être cru contraint d'obéir, sous menace de sanctions sévères, à des ordonnances allemandes lui imposant de déclarer les « biens ennemis » dont il pouvait se trouver détenteur (19). Ce n'est que lorsque le juge constate ce qu'il considère comme un excès de zèle à l'égard de l'ennemi, ou de la lâcheté caractérisée, qu'il estime qu'il y

(14) V. not. Trib. sup. Colmar 14 juin 1920, Rev. jur. Als. Lorr. 1920. 358 ; 30 mai 1923, Rev. jur. Als. Lorr. 1923. 449, note Wilhelmi ; Req. 21 juin 1926, Rev. jur. Als. Lorr. 1926. 533, note Degand ; 16 juillet 1928, Rev. jur. Als. Lorr. 1928. 555.

(15) Les condamnations se faisaient d'ailleurs par application non point de l'article 1382 du Code civil français, mais — en raison du conflit de lois dans le temps (cf. H. Degand, note précitée : Rev. jur. Als. Lorr. 1926, p. 535) — du « § 826 du Code civil local ». En analysant le conflit de lois dans le temps de plus près, il eût été préférable de faire ouvertement application du § 826 du BGB allemand, puisqu'il s'appliquait en tant que tel au moment des faits.

(16) Trib. sup. Colmar 26 octobre et 2 novembre 1921, Rev. jur. Als. Lorr. 1921. 484, note Degand.

(17) Trib. sup. Colmar 11 mai 1921, Rev. jur. Als. Lorr. 1921. 316, note Degand. L'arrêt, infirmatif, ajoute que « même si la dénonciation était à considérer comme acte quasi-délictueux, il est incontestable que le fait de chanter en Alsace, en novembre 1914, en pleine auberge, des bribes de la Marseillaise, témoigne certainement d'un courage patriotique remarquable, mais non moins d'une imprudence considérable, qui, comme faute concomitante au sens de l'article 254 C.c.al., ne permettrait pas de confirmer le jugement entrepris ».

(18) Civ. 22 janvier 1877, D.P. 1877. 1. 321. La Cour tire d'ailleurs de cette constatation des conséquences particulières, puisqu'elle approuve les juges du fond d'avoir condamné à contribution les autres communes du canton : cf., sur cet aspect de l'arrêt, *infra*, n° 267.

(19) Trib. civ. Strasbourg 3 juin 1947, Rev. jur. Als. Lorr. 1947. 276, 278, note Degand (motifs) ; en l'espèce, le défendeur n'a cependant pu s'exonérer ainsi, puisqu'il avait volontairement commis son acte délateur avant même l'édition des ordonnances allemandes en question.

a faute dans l'obéissance. La Cour de Nancy a décidé, ainsi, qu'il n'appartenait pas à des otages français de désigner aux Allemands trois d'entre eux, arbitrairement choisis par un vote majoritaire, pour être fusillés. Sans méconnaître la gravité de la situation des otages (20), la Cour a entendu sanctionner le mode de désignation, arbitraire et inspiré « par le plus lâche et le plus coupable égoïsme », que les prisonniers avaient décidé d'adopter, en choisissant tout simplement les plus faibles d'entre eux (21).

63. La portée de cette jurisprudence peut être expliquée de deux manières, d'ailleurs complémentaires. On peut considérer que les défenseurs qui se sont bornés à donner suite — sans excès de zèle — aux ordres ennemis ont agi sous la contrainte d'une force irrésistible, force majeure qui les exonère de leur responsabilité. On peut considérer également qu'ils sont en mesure d'invoquer un fait justificatif plus général : l'exercice d'un droit (22). Ils avaient le droit d'obéir aux ordres des autorités étrangères, s'ils ne pouvaient les méconnaître qu'au prix de risques qu'ils n'étaient pas raisonnablement obligés de courir. C'est là une idée qui explique, avec plus de précision peut-être que le recours pur et simple à la notion de force majeure, l'exonération de ceux qui n'ont fait qu'exercer leurs fonctions sous la surveillance des autorités allemandes, témoigner devant les tribunaux allemands ou respecter les règlements édictés par l'occupant. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de voir, en examinant le fondement de la théorie du fait du prince étranger, que cette idée a une valeur générale au-delà de la question de l'obéissance aux ordres de l'occupant (23).

C. — LES FORMALITÉS IMPOSSIBLES

64. Dans sa classification des situations dans lesquelles peut intervenir l'exception de force majeure, Demogue (24) mentionne, rappelons-le, l'hypothèse où l'impossibilité survenue a empêché une personne d'agir ou de s'abstenir « alors

(20) L'arrêt relève qu'« il semblait que les prisonniers n'eussent que deux partis à prendre pour rester en paix avec leur conscience et échapper à la plus redoutable des responsabilités : ou bien répondre qu'ils n'avaient point de choix à faire, laissant ainsi à l'ennemi le soin de choisir lui-même ses victimes, ou bien s'en remettre aux chances aveugles du sort, s'ils aimaient mieux se donner le mérite de l'obéissance aux yeux de gens dont ils devaient tout craindre ».

(21) Nancy 7 mars 1874, D.P. 1874. 2. 184, confirmant Trib. civ. Rocroi 16 janvier 1873, D.P. 1873. 3. 46, qui avait condamné les six défenseurs solidairement à payer une rente viagère à la veuve de l'une des victimes, un berger. Le jugement écarte expressément l'argument tiré de la force majeure. — Pour l'appréciation sévère du comportement d'un maquisard qui avait, sous la torture, livré aux Allemands certains renseignements, comp. Trib. civ. Albi 22 mai 1946, Gaz. Pal. 1946. 2. 253.

(22) L'exercice d'un droit est, en la matière, un fait justificatif général : *neminem laedit, qui suo jure utitur* (Carbonnier, *op. cit.*, n° 225, p. 417) ; le jugement précité du tribunal de Rocroi du 16 janvier 1873 (*supra*, note 21) déclare d'ailleurs rechercher si le fait préjudiciable « viole quelque principe de justice généralement admis, de manière que l'auteur de ce fait ne puisse pas se retrancher derrière cette maxime : *Feci, sed jure feci* ».

(23) v. *infra*, n°s 131 et s.

(24) cité *supra*, n° 57.

que cela était pour elle obligatoire *ou même facultatif* ». Il explique, par la suite, que cette référence à l'acte facultatif s'applique au cas où « la force majeure a empêché de faire un acte qu'on n'était pas obligé de faire, mais qu'on pouvait faire dans un certain délai et qu'on aurait sans doute fait » : dans ce cas, la jurisprudence accepte de prolonger le délai (25).

En réalité, il n'est pas tout à fait exact de parler, dans ces hypothèses, d'actes « facultatifs » : ainsi, personne n'est obligé de relever appel contre un jugement qui l'a débouté de ses prétentions ; mais, s'il entend faire appel, il doit le faire en respectant certaines formes dans un certain délai. C'est l'accomplissement de ces formalités — qui ont bien un caractère obligatoire — qui peut être empêché par la force majeure. Constatant que l'accomplissement de la formalité a été impossible, la jurisprudence peut effectivement proroger le délai imparti ou même tenir pour valablement accompli un acte qui ne respecte pas les formes légales. Mais il s'agit, dans chacun de ces cas, d'une application du principe *impossibilium nulla obligatio* : il y a toujours conflit entre une obligation légale (celle qui prescrit l'accomplissement de la formalité en question) et une situation de fait (la force majeure).

Il en va de même, comme nous le verrons à présent, en cas de conflit entre les prescriptions résultant de la loi applicable et les actes d'une puissance publique étrangère.

65. Ce dernier conflit peut se présenter, certes, dans les situations les plus variées (26) ; mais ici encore, les exemples les plus significatifs proviennent de la jurisprudence des pays occupés pendant la seconde guerre mondiale. La Cour de cassation belge a déclaré recevable, malgré le non-respect du délai légal, un pourvoi en cassation formé, à l'encontre d'un jugement de 1941, à la fin de l'année 1944 seulement : la société demanderesse avait été placée sous administration ennemie, et les autorités allemandes lui avaient interdit de se pourvoir en cassation ; il y avait là

(25) Demogue, *op. cit.*, n° 531, qui cite comme exemples jurisprudentiels l'impossibilité de transcrire un divorce, de faire appel, de procéder à un désaveu ou à une signification, de réitérer un acte, de dresser protêt, de payer la taxe d'un brevet ou une prime d'assurance, ou encore de faire une réclamation.

(26) V. ainsi Req. 24 mai 1814, S. chron. 1812-1814. 1. 633, concl. Merlin (« occupation militaire et hostile du département de Seine-et-Oise » a été un « obstacle invincible » à la signification d'un acte de procédure en matière de saisie immobilière) ; v. aussi Civ. 29 juin 1818, S. chron. 1815-1818. 1. 494, qui admet la possibilité d'une suspension de la péremption d'instance par la force majeure empêchant la signification d'actes de procédure, et ne rejette, en l'espèce, l'exception de force majeure que parce qu'il n'était précisément pas établi que suite à la présence des troupes alliées, « Grenoble était occupé ; que les audiences de la cour étaient empêchées, et que les avoués institués pour exercer leurs fonctions près d'elle, dans l'intérêt de leurs mandataires [*sic*], étaient condamnés au silence » ; de même, la jurisprudence américaine a accepté de déroger à la règle procédurale de *common law* selon laquelle une partie qui invoque un écrit ne peut le faire qu'en produisant l'original devant le tribunal (*best evidence rule* ou *original document rule* : cf. McCormick on Evidence, 4^e éd., t. II, St. Paul, 1992, p. 59 et s.), lorsque la production de l'original, déposé à l'étranger, était rendue impraticable par les prescriptions locales qui ne permettaient pas le déplacement des originaux d'actes publics (*De la Garza v. Macmanus*, 44 S.W. 704 (Tex. Civ. App. 1898)) ou par la confiscation de l'original à l'étranger (*Sansone v. Selvaggi*, 2 A.2d 355 (N.J. 1938)).

« un cas de force majeure dont les effets se sont prolongés jusqu'à la fin de l'occupation ennemie » (27). Encore l'occupant avait-il laissé à la Belgique ses institutions judiciaires et civiles. Dans d'autres pays, illégalement annexés, il avait introduit les siennes. Après la guerre, les tribunaux de ces pays ont évidemment considéré comme nulle et non avenue, en droit, l'introduction de la législation allemande ; mais ils ont dû tenir compte de ce que pendant l'occupation, cette législation s'appliquait en fait.

Dans une espèce, la Cour suprême de Pologne a ainsi estimé que la suppression du notariat polonais et d'autres mesures de l'« envahisseur hitlérien » avaient rendu impossible la rédaction d'un acte notarié de vente, prescrit par la loi civile polonaise qui restait seule légitimement applicable malgré l'occupation : eu égard à l'impossibilité de respecter les formalités qu'elle prévoyait, l'acte était valable, à condition qu'il ait au moins été passé par écrit (28). Elle a également jugé valable en la forme, au regard du Code Napoléon qui restait en vigueur dans une partie de la Pologne occupée, le testament oral qu'un illettré avait été amené à faire en 1943 ; la suppression illégale du notariat polonais de même que l'impossibilité pour un Polonais de tester sans autorisation allemande l'avaient empêché de respecter les prescriptions de l'article 696 du Code (29). Cet arrêt rappelle d'ailleurs inévitablement l'affaire dite « du testament d'Auschwitz », jugée par la Cour de Paris le 21 juillet 1953 (30). On se rappellera que pour valider en la forme le testament verbal d'un Français déporté au camp d'Auschwitz, la Cour avait été amenée à décider que la loi compétente, selon la règle *locus regit actum*, était la loi polonaise en vigueur en Galicie ; que cette province était à l'époque régie par le Code civil autrichien ; et que celui-ci admettait la validité d'un testament oral. Sa décision a été critiquée ; il a été fait valoir notamment que le réalisme commandait l'application du droit allemand, qui était seul à s'appliquer effectivement sur le territoire (31). En réalité, l'arrêt se justifie à notre avis parfaitement, et même abstraction faite de la question s'il fallait vraiment appliquer en l'espèce les lois de l'envahisseur, par une considération très proche du raisonnement des décisions polonaises précitées, mais que la Cour de Paris ne mentionne que dans un *obiter dictum* : il fallait permettre au légataire d'établir « la réalité d'une manifestation de volonté qui était, au surplus en fait, la seule qui fût possible à un Français victime d'une mesure de déportation ordonnée par l'occupant ».

Les tribunaux luxembourgeois ont dû statuer sur le même type de situation. L'introduction des lois allemandes après l'annexion avait certes été déclarée nulle et de nul effet par le législateur luxembourgeois, mais celui-ci n'avait, selon les tribunaux, « pas entendu annuler indistinctement tous les actes de la vie civile intervenus d'après les formes allemandes » : par conséquent, « en présence de la situation que pendant l'occupation les parties ont été dans l'impossibilité matérielle

(27) Cass. 27 juin 1946, Pas. b. 1946. I. 270.

(28) Le respect de la forme écrite, ajoute la Cour, restait normalement possible pendant l'occupation : arrêt du 19 mars 1949, 24 I.L.R. 962.

(29) Cour suprême de Pologne 21 mai 1949, 24 I.L.R. 966.

(30) R. 1954. 539, note Loussouarn.

(31) Y. Loussouarn, note précitée, p. 543-544.

de remplir les formalités prescrites par la loi luxembourgeoise » (32), ont été déclarées valables, malgré l'emploi des formes allemandes, des consignations (33) ou donations (34). Il a également été jugé que la suppression illégale des institutions judiciaires luxembourgeoises par l'occupant, rendant impossible une action devant la juridiction compétente, suspendait les délais pour agir (35).

66. Nous avons vu, jusqu'à présent, que le fait du prince étranger pouvait justifier la méconnaissance d'obligations de droit privé et empêcher l'application des sanctions civiles normalement prévues par la loi compétente. Les principaux exemples choisis — ceux tirés du fait de l'occupant — démontrent bien que cette solution, seule conforme aux exigences de la justice entre personnes privées, peut s'appliquer dans des situations qui mettent en jeu de considérables intérêts d'ordre public — que ce soit l'affirmation de certains devoirs patriotiques ou l'affirmation de l'illégalité d'une annexion au regard du droit international. Le respect des obligations de droit public, quant à lui, met toujours directement en jeu les intérêts de l'Etat du for. Ceux-ci doivent cependant s'accommoder, le cas échéant, de la prise en considération des contraintes résultant de normes étrangères.

§ 2. — Les obligations de droit public

67. Pour des raisons que nous avons exposées (36), nous distinguerons ici entre les obligations sanctionnées par le droit pénal et celles relevant du droit administratif.

A. — LE DROIT PÉNAL

68. Nous revenons au fait de l'occupant. Il peut rendre impossible l'accomplissement des formalités prévues par la procédure pénale comme celui des formalités civiles (37). Mais surtout, il peut exonérer de sa responsabilité pénale

(32) Trib. arr. Luxembourg 7 janvier 1948, Pas. lux. 14. 382.

(33) Trib. arr. Luxembourg 26 juin 1946, Pas. lux. 14. 234 ; Cour d'appel 16 juin 1948, Pas. lux. 14. 397, infirmant Trib. arr. Luxembourg 7 mai 1948, Pas. lux. 14. 312.

(34) Trib. arr. Luxembourg 7 janvier 1948, précit.

(35) Trib. arr. Luxembourg 5 mars 1947, Pas. lux. 14. 289 (impossibilité de saisir le juge de paix compétent pour connaître d'une action possessoire).

(36) *Supra*, n° 58 et note 2.

(37) Il a été jugé, en France, que le fait de l'ennemi empêchant en pays occupé la victime d'un vol de saisir d'une plainte le Procureur de la République suspend la prescription de l'action publique (Crim. 1^{er} août 1919, D.P. 1919. 1. 49, note P.M.) ; et, au Luxembourg, que la suppression par l'occupant de l'instance d'appel en matière correctionnelle constituait une « entrave apportée par l'étranger au cours régulier de la justice ... un fait de force majeure », et a eu « pour effet de suspendre la prescription jusqu'au jour de la libération du territoire » (Cour d'appel 7 décembre 1946, Pas. lux. 14. 278). Il a par ailleurs été admis (dans un autre contexte) que la prescription d'une peine prononcée contre un individu est suspendue lorsque le condamné subit, en territoire étranger, une autre peine infligée par un tribunal

comme de sa responsabilité civile le collaborateur malgré lui. Le problème semble d'ailleurs avoir paru si pressant au législateur français de la Libération qu'il a pris soin de prévoir spécialement, dans les textes organisant la répression de la collaboration, ce fait justificatif. L'article 3 de l'ordonnance du 28 novembre 1944 portant modification et codification des textes relatifs à la répression des faits de collaboration a pour objet principal de délimiter l'obéissance normale aux décisions du gouvernement de Vichy (donc une autorité française, fût-elle déclarée « autorité de fait ») de la « participation volontaire à un acte antinational » (38) ; mais l'ordonnance du 29 mars 1945 relative à la répression du commerce avec l'ennemi dans les territoires occupés ou contrôlés par l'ennemi (39) vise plus spécifiquement, outre les actes de l'« autorité de fait », la contrainte de l'ennemi. Aux termes de son article 5,

« Il n'y a ni crime, ni délit lorsqu'il est établi que les rapports économiques avec l'ennemi sont intervenus sous l'empire de la contrainte. Il en est de même lorsque les faits résultent strictement soit de l'exécution exclusive de toute initiative personnelle, d'ordres ou d'instructions reçus et restrictivement interprétés, soit de l'unique accomplissement d'obligations professionnelles sans participation volontaire à un acte antinational, ni perception d'une rémunération anormale.

Si les prévenus invoquent comme faits justificatifs les actes dits lois, décrets, arrêtés ou règlements, les ordres, autorisations ou décisions de l'autorité de fait se disant gouvernement de l'Etat français, de ses agents ou représentants ou des organisations instituées par elle, ce moyen de défense ne pourra être retenu qu'autant que les prévenus n'auront rien délibérément livré à l'ennemi qui puisse l'aider de façon appréciable dans le domaine économique, ou qu'ils n'avaient pas la faculté de se soustraire aux prescriptions de l'autorité de fait ».

Comme le montre la jurisprudence, l'édiction d'un texte spécial n'était pas indispensable ; l'article 64 du Code pénal suffisait pour exonérer le prévenu qui n'avait entretenu des rapports économiques avec l'occupant que sous la contrainte résultant des réquisitions allemandes (40). La même solution a été adoptée par la

du pays où il se trouve détenu, son incarcération constituant « un obstacle absolu à la mise à exécution des jugements [de condamnation] » et justifiant l'application, en faveur des autorités de poursuite, de l'adage *contra non valentem agere non currit prescriptio* (Crim. 2 juin 1964, *Klapka*, Bull. crim., n° 189 ; 5 octobre 1993, *Bousquet*, J.C.P. 1994. IV. 12, n° 102).

(38) V. le texte au J.O. du 29 novembre 1944 : « Il n'y a ni crime, ni délit à la charge des auteurs et complices lorsque les faits n'ont comporté de leur part que la stricte exécution — exclusive de toute initiative personnelle — d'ordres ou d'instructions reçus sans aucun dépassement de ceux-ci ou de l'unique accomplissement d'obligations professionnelles, sans participation volontaire à un acte antinational. — Toutefois, les lois, décrets, règlements, ordres ou autorisations de l'autorité de fait dite gouvernement de l'Etat français ne constituent ni le fait justificatif au sens de l'art. 327 du code pénal, ni les autorisations ou approbations prévues dans les définitions de certaines infractions lorsque le prévenu avait la faculté de se soustraire à leur exécution par son initiative personnelle et que sa responsabilité ou son autorité morale étaient telle que son refus aurait servi la nation. — De même, la disposition prévue à l'alin. 1^{er} du présent article n'est pas applicable aux faits de dénonciation ou de livraison de personnes ni aux actes individuels de violence, ni aux livraisons délibérées de matériel, de pièces ou de renseignements à l'ennemi ».

(39) J.O. du 30 mars 1945.

(40) Trib. corr. du Havre 25 février 1946, D. 1946. 211, relaxant un entrepreneur de travaux publics qui avait dû participer à la construction du « Mur de l'Atlantique » ; comp., en matière disciplinaire,

jurisprudence française lors des guerres franco-allemandes antérieures (41), et, après la seconde guerre mondiale, par la jurisprudence belge (42) et par la jurisprudence néerlandaise (43).

Il s'agissait, là, de faits de collaboration qui avaient eu lieu sur le territoire de l'Etat du for. La même solution doit valoir, *a fortiori* peut-être, s'ils ont eu lieu en territoire ennemi. Un arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis a décidé qu'une personne possédant la double nationalité américaine et japonaise, mais résidant au Japon, n'était pas tenue de choisir entre ses deux allégeances ; qu'elle restait donc soumise aux obligations imposées aux nationaux américains où qu'ils résident ; mais qu'elle ne pouvait être condamnée pour trahison, à l'égard des Etats-Unis, si sa participation à la guerre du côté japonais s'était bornée à l'exécution des obligations résultant pour elle des lois japonaises, ou des tâches découlant normalement de ses fonctions (44).

La situation particulière de l'Allemagne de l'après-guerre a pu donner naissance à des conflits très similaires. Les tribunaux d'Allemagne fédérale ont

concernant des fonctionnaires alsaciens qui avaient été contraints à adhérer à des organisations national-socialistes mises en place par l'occupant, C.E. 21 juillet 1948, *Riss*, S. 1949. 3. 1, 1^{re} esp., note Auby ; 31 octobre 1950, *Kobler*, Rec., p. 523. — Il a en revanche été jugé qu'un responsable de la Milice, s'étant mis *volontairement* et « hors de toute contrainte » au service des autorités nazies, ne pouvait invoquer les ordres de celles-ci comme faits justificatifs de sa participation à des crimes contre l'humanité : Crim. 21 octobre 1993, *Touvier*, Gaz. Pal. 18-19 février 1994.

(41) V. Amiens 18 janvier 1873, D.P. 1873. 2. 73 (débit forestier accompli par le maire de Puiseux sur ordre de l'autorité militaire allemande : application de l'article 64 du Code pénal) ; comp. *infra*, n° 149, pour le problème particulier de la législation française de la première guerre mondiale interdisant, avec effet extraterritorial, aux Français le commerce avec l'ennemi (conflit avec le droit civil des pays neutres). Pour une appréciation plus sévère, mais peut-être justifiée, de circonstances de fait, v. Crim. 20 avril 1934, S. 1935. 1. 398, rejetant une requête en réformation de la condamnation (avec admission de circonstances atténuantes) d'un prévenu qui avait — pour obtenir la libération de trois otages — livré aux Allemands des renseignements ayant entraîné le bombardement d'un village.

(42) Cass. 7 février 1949, Pas. b. 1949. I. 108 (fourniture de secours à l'occupant, mais sous l'effet d'une réquisition) ; Cons. guerre Verviers 5 avril 1945, J.T. 1945. 355 (relaxe d'un incorporé de force dans la *Wehrmacht*) ; Cons. guerre Charleroi, s.d., J.T. 1946. 97, confirmé par Cour Militaire Bruxelles 12 octobre 1946, J.T. 1946. 584 (acquiescement d'un bourgmestre et d'un procureur général qui avaient fourni à l'occupant des listes de dirigeants communistes, établies par la police belge) ; Cons. guerre Bruxelles 6 décembre 1946, J.T. 1947. 41 ; comp. Cour Militaire Liège 29 janvier 1946, J.T. 1946. 391 ; Cour Militaire Bruxelles 21 juin 1946, J.T. 1946. 386 ; Cons. guerre Bruxelles 29 mars 1946, J.T. 1946. 407. — *Adde* « La contrainte dans la trahison », anon., J.T. 1945. 217.

(43) Comp. Cour de cassation spéciale 2 décembre 1946, Ann. Dig. 1946, n° 144, p. 351 ; 15 juillet 1946, *ibid.*, n° 145, p. 353 (réservant la possibilité de l'exonération des collaborateurs par la force majeure, mais rejetant le moyen de défense eu égard aux circonstances de fait).

(44) « *Of course, an American citizen who is also a Japanese national living in Japan has obligations to Japan necessitated by his residence there. There might conceivably be cases where the mere nonperformance of the acts complained of would be a breach of Japanese law ... Such acts — if done voluntarily and willfully — might be treasonable. But if done under the compulsion of the job or the law or some other influence, those acts would not rise to the gravity of that offense* » : *Kawakita v. United States*, 343 U.S. 717, 735 (1952). L'arrêt confirme cependant, en l'espèce, la condamnation à mort de l'accusé : les actes de celui-ci — des tortures infligées à des prisonniers de guerre américains — n'étaient pas de ceux qu'exigeait le droit japonais ou qu'impliquaient ses fonctions d'interprète-traducteur ...

parfois été appelés à statuer sur la responsabilité pénale de soldats est-allemands qui avaient eu recours aux armes à feu afin d'empêcher l'émigration clandestine (« *Republikflucht* ») d'habitants de la R.D.A. Les homicides ainsi commis étaient considérés comme justifiés par la loi est-allemande, ou du moins par la pratique administrative en vigueur. Appréhendés et traduits devant les tribunaux (ouest-) allemands, les auteurs des coups de feu ont été jugés conformément au droit pénal de l'Allemagne de l'Est, à l'exception de celles de ses dispositions qui ont été considérées comme contraires aux principes fondamentaux caractérisant un Etat de droit (45). Tel étant à l'évidence le cas de la réglementation est-allemande de l'émigration clandestine, toute justification des coups de feu par l'ordre de la loi ou le commandement de l'autorité légitime est, selon la jurisprudence, exclue. En revanche, la jurisprudence n'exclut pas l'exonération des prévenus par la *contrainte* résultant des ordres de leurs supérieurs hiérarchiques et des règlements militaires ; les tribunaux sont restés attentifs aux circonstances de fait exactes : les condamnations pour homicide n'ont été prononcées que parce qu'il était établi que le prévenu avait en fait tiré volontairement et sans la moindre contrainte (46), ou encore, dans une affaire récemment jugée, parce qu'il s'est avéré que le service militaire aux frontières était au moment des faits réservé à des volontaires parfaitement conscients des mesures que leurs supérieurs attendaient d'eux (47).

69. Le fait du prince étranger doit pouvoir exonérer le prévenu également en temps normaux et dans des situations plus sereines. La Cour de cassation a, ainsi, eu l'occasion d'approuver la relaxe d'un paisible gardien de troupeau accusé par l'Administration des douanes d'avoir frauduleusement exporté du bétail, mais qui avait pu prouver que les animaux lui avaient été volés et que lorsqu'il les avait,

(45) cf. les décisions citées *infra* ainsi que BGH 3 novembre 1992, NJW 1993, 141 ; JZ 1993, 199, note Fiedler ; 25 mars 1993, NJW 1993, 1932. La base du raisonnement des tribunaux a varié en fonction des circonstances politiques : pendant les années 1960, la non-reconnaissance de la R.D.A. justifiait l'application sélective du droit de la « zone d'occupation soviétique » à titre de loi locale, conformément au « droit pénal interlocal » allemand ; après la réunification des deux Etats allemands, il s'est agi d'un conflit de lois dans le temps, le droit pénal est-allemand restant en principe applicable aux faits commis en R.D.A., mais jugés par les tribunaux de l'Allemagne réunifiée. V. les observations critiques de H. Roggemann, « Zur Strafbarkeit der Mauerschützen », DtZ 1993, 10.

(46) LG Stuttgart 11 octobre 1963, NJW 1964, 63, 67-68 ; comp. G. Grünwald : « Ist der Schußwaffengebrauch an der Zonengrenze strafbar ? », JZ 1966, 633.

(47) LG Berlin 20 janvier 1992, JZ 1992, 691, 696. Les tribunaux n'ont pas non plus admis l'exonération des prévenus par l'erreur qu'ils auraient commise sur le caractère illicite de leurs agissements : il a été jugé que le caractère injuste des lois et règlements est-allemands en cause était trop évident pour échapper aux prévenus (KG 19 juillet 1991, NJW 1991, 2656 ; LG Berlin 20 janvier 1992, précit., p. 694-695 ; BGH 3 novembre 1992, précit., NJW 1993, p. 149 ; 25 mars 1993, précit., p. 1937 ; et v. en ce sens que même à supposer que certains exécutants de la politique est-allemande aient pu agir sous l'influence d'une erreur de droit, cette cause d'exonération n'est certainement pas envisageable pour les anciens responsables politiques eux-mêmes : KG 6 mars 1991, Honecker, NJW 1991, 2653, 2654). — Pour un cas particulier, dans lequel l'acte commis par l'accusé était manifestement illicite au regard de la loi est-allemande elle-même, v. BGH 20 octobre 1993, NJW 1994, 267, 270 (déclarant l'accusé coupable du meurtre d'un habitant de la R.D.A. qui s'était rendu après l'échec d'une tentative d'émigration clandestine). — Adde J. Hruschka, « Die Todesschüsse an der Berliner Mauer vor Gericht », JZ 1992, 665 ; J. Polakiewicz, « Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte der strafrechtlichen Ahndung des Schußwaffeneinsatzes an der innerdeutschen Grenze », EuGRZ 1992, 177.

enfin, retrouvés en Espagne, il s'était trouvé dans l'impossibilité de les rapatrier, étant donné la fermeture de la frontière du côté espagnol (48). Elle s'est montrée moins compréhensive, pendant les années 1930, à l'égard des apatrides poursuivis pour contravention à arrêté d'expulsion : il ne leur suffisait pas de démontrer qu'ils avaient essayé de quitter le territoire français, mais avaient été refoulés par les autorités des pays limitrophes : il existait, après tout, d'autres pays du monde dans lesquels ils pouvaient (théoriquement) se rendre par voie maritime (49). Cette jurisprudence ne met évidemment pas en doute le principe même de la prise en considération de l'attitude des autorités étrangères ; elle ne se distingue que par l'extraordinaire sévérité de son appréciation de la situation de fait.

Il convient de mentionner, enfin, une espèce curieuse qui a donné lieu à un arrêt de la Chambre criminelle du 27 juin 1973 (50). Un trafiquant de drogues américain, le sieur Males, avait fait une « escale technique » à Lyon à bord d'un avion immatriculé aux Etats-Unis dans lequel il transportait du Pakistan au Canada 275 kilogrammes de haschisch. Les douaniers français qui avaient fouillé son avion y avaient, en outre, trouvé des armes et munitions de la quatrième catégorie, c'est-à-dire des armes à feu. Arrêté et traduit en justice, il entendait justifier la détention de ces armes en alléguant, à titre de « moyen péremptoire de défense », qu'elle lui était imposée par la législation américaine « à laquelle l'aéronef dans lequel il se trouvait était soumis ». La Cour de cassation répond « qu'au regard des constatations de l'arrêt, les prétentions de Males, invoquant l'ordre de la loi étrangère sans d'ailleurs en apporter la preuve, apparaissent comme de simples allégations, auxquelles, en tout état de cause, ne saurait être attribué le caractère d'un fait justificatif, le délit ayant été commis en territoire français » (51).

L'interprétation de l'arrêt est délicate. Elle ne doit pas aller trop loin ; en fait, il nous paraît que le prévenu — en tenant pour acquise sa version des faits et l'existence des surprenantes lois américaines invoquées — avait soulevé un moyen de défense manifestement inadéquat, et que les juges y ont exactement répondu : l'infraction avait été commise en territoire français, et avait donc à être appréciée au regard de la seule loi française, quel que soit le lieu d'immatriculation de l'avion ; il s'ensuit que la législation américaine ne pouvait constituer l'*ordre de la loi* au sens du droit français des faits justificatifs en matière pénale (52). Mais aurait-il fallu

(48) Crim. 13 juillet 1951, S. 1952, 1, 118.

(49) Crim. 8 février 1936, D.P. 1936, 1, 44, note critique Donnedieu de Vabres. Adde H. Donnedieu de Vabres, « Le problème de l'expulsion des apatrides », Trav. Com. fr. 1935, 52 et surtout son *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^e éd., 1947, n^{os} 370 et 383 (cf. *ibid.* pour l'intervention ultérieure du législateur). D'autres juridictions avaient fait preuve, à l'égard des apatrides, de plus d'indulgence — ou plutôt de réalisme : Trib. corr. Seine 14 novembre 1936, S. 1937, 2, 43 ; Trib. corr. Strasbourg 23 novembre 1936, D.H. 1937, 80 (qui fait état d'une jurisprudence constante du tribunal).

(50) Bull. crim., n^o 305.

(51) p. 738. L'arrêt d'appel avait estimé, fort illogiquement, que cette législation américaine (dont rien pourtant ne prouvait la très hypothétique existence) valait comme circonstance atténuante. La Cour de cassation ne prend pas position sur ce point.

(52) En revanche, si le délit avait été commis aux Etats-Unis, les tribunaux français n'auraient été compétents qu'à l'égard d'un prévenu français, et ils auraient dû vérifier « si le fait est puni par la

rejeter *de plano* l'argumentation du prévenu si celui-ci avait apporté la preuve du contenu de la prétendue législation américaine, et s'il avait plaidé non pas l'ordre de la loi en tant que tel, mais l'état de nécessité ou la contrainte qui en résultaient ? Il ne le semble pas. La loi américaine aurait dans ce cas pu et dû être prise en considération, et le mérite du moyen aurait dû être examiné par rapport aux circonstances de fait exactes de la cause (53). Même en matière pénale — la jurisprudence ci-dessus analysée le démontre bien — le fait du prince étranger est susceptible d'avoir un effet libératoire.

B. — LE DROIT ADMINISTRATIF

70. L'idée d'impossibilité d'exécution n'est pas étrangère au droit administratif, comme le démontre, en droit français, la théorie des « formalités impossibles » qui dispense l'administration de l'observation, devenue impraticable, de formalités même substantielles (54). La même règle doit pouvoir jouer, dans un cas approprié, au profit de l'administré. Dans cet ordre d'idées, un arrêt de la Cour de Colmar, rendu en 1951 en matière d'acquisition de la nationalité française, a fait produire au « régime d'annexion de fait instauré par l'ennemi » en Alsace-Lorraine pendant l'occupation les effets d'un double cas de force majeure : les ressortissants étrangers nés en France étaient empêchés de solliciter l'octroi d'un permis de séjour français de longue durée, condition de l'acquisition de la nationalité ; l'administration française, quant à elle, était « paralysée dans son action et n'a pu apprécier ... l'opportunité de délivrer aux étrangers résidant dans le département un titre de séjour » ; l'arrêt en déduit qu'il appartient aux juridictions de l'ordre judiciaire d'apprécier elles-mêmes si l'intéressé aurait normalement pu obtenir un titre de séjour, et si le défaut de production du titre était par conséquent exclusivement dû au fait de l'occupant (55).

législation du pays où il a été commis » (art. 689 C.P.P.). L'ordre de la loi américaine, pris en considération en tant que tel, aurait donc constitué un moyen de défense péremptoire.

(53) Ce qui ne signifie pas que le prévenu aurait nécessairement dû être relaxé. La législation américaine, à supposer son existence établie, prétendait-elle vraiment avoir un effet extraterritorial ? Et même dans ce cas — de plus en plus invraisemblable — l'*effectivité* de l'ordre de la loi américaine aurait ici peut-être dû être examinée d'un regard sceptique (cf. *infra*, nos 169 et s.).

(54) cf. R. Odent, *Contentieux administratif*, Cours 1976-1981, V, p. 1899.

(55) Colmar 25 juillet 1951, J.C.P. 1951. II. 6626, note Aymond. En l'espèce, il a toutefois été jugé que l'intéressé — né de parents italiens — était, « en raison de l'activité de propagande qu'il déployait au sein de la jeunesse fasciste », si « indésirable » que « l'occupation de la Moselle par l'ennemi n'est pas la cause exclusive du défaut de production par lui d'une autorisation de séjour de longue durée ». — Pour une affaire analogue en jurisprudence allemande, v. OLG Cologne 17 janvier 1968, StAZ 1969. 181 : cette décision a estimé qu'il convenait de dispenser un ressortissant portugais de son obligation de produire devant l'office de l'état civil, avant la célébration de son mariage avec une Allemande, un certificat de capacité matrimoniale émanant des autorités de son pays d'origine : il s'était avéré en effet que celles-ci refusaient de lui délivrer ce certificat au motif que sa situation militaire paraissait irrégulière. Ces circonstances ont été assimilées à une impossibilité de fait justifiant la dispense du certificat.

71. Le droit administratif du commerce international permet d'envisager d'autres situations, d'un type plus classique. La réglementation communautaire du « cautionnement agricole » constitue, en pratique, un exemple important de réglementation administrative qui s'applique, entre autres, à l'obligation d'importer ou d'exporter des produits relevant de la politique agricole commune (56). Le mécanisme essentiel de ce système est la constitution d'une garantie — normalement au moyen d'une caution — afin d'assurer l'exécution de l'obligation de base acceptée par l'opérateur. Si celui-ci n'exécute pas son obligation, la sanction (administrative) en sera la perte de sa caution (57).

Les différents règlements communautaires qui définissent le régime du cautionnement agricole dans les matières les plus diverses prévoient normalement la libération de l'opérateur de son obligation de base (et donc également l'inapplicabilité de la sanction que constitue la perte de la caution) par la force majeure, et la force majeure seulement. La Cour de justice des Communautés européennes a justifié ce système en indiquant que la notion de force majeure retenue par les règlements agricoles, tenant compte « de la nature particulière des rapports de droit public » entre les opérateurs économiques et l'administration et des finalités de la réglementation, est suffisamment souple pour éviter l'application injustifiée de sanctions à un importateur ou exportateur diligent (58). En matière agricole, la notion de force majeure n'est, selon la Cour de justice, « pas limitée à celle d'impossibilité absolue » ; elle vise des circonstances étrangères à l'opérateur concerné, anormales et imprévisibles, dont les conséquences n'auraient pu être évitées qu'au prix de sacrifices excessifs, malgré toutes les diligences déployées (59).

Contrairement aux règlements actuellement en vigueur, qui se bornent à mentionner la force majeure sans définir ou illustrer cette notion, des règlements plus anciens contenaient parfois certaines précisions à cet égard. C'est là que réapparaît le fait du prince étranger, puisque — pour citer cet exemple — l'article 8, alinéa 2 du règlement n° 102/64/CEE de la Commission du 28 juillet 1964 (60) énumère à titre de circonstances constitutives de force majeure libérant l'opérateur de son obligation d'importer ou d'exporter, à côté du naufrage, des avaries du navire

(56) cf. W. Alexander, « Perte de la caution (ou acquisition de la garantie) en droit agricole communautaire », C.D.E. 1988. 384, 386.

(57) Etant observé que la Cour de justice des Communautés européennes impose, en la matière, le respect du principe de proportionnalité : cf. la jurisprudence citée par Alexander, *op. cit.*, p. 417 et s.

(58) C.J.C.E. 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec., p. 1125, 1139. — La Cour estime que « la notion de force majeure n'ayant pas un contenu identique dans les différentes branches du droit et les divers domaines d'application, la signification de cette notion doit être déterminée en fonction du cadre légal dans lequel elle est destinée à sortir ses effets » (jurisprudence constante depuis C.J.C.E. 11 juillet 1968, *Schwarzwalddmilch*, aff. 4/68, Rec., p. 550, 562).

(59) cf. C.J.C.E. 17 décembre 1970, précit., ainsi que les arrêts cités *infra*.

(60) Règlement « relatif aux certificats d'importation et d'exportation pour les céréales, les produits transformés à base de céréales, le riz, les brisures et les produits transformés à base de riz » : J.O.C.E. du 5 août 1964, p. 2125. — Comp. l'article 6, alinéa 3 du règlement n° 136/64/CEE de la Commission du 12 octobre 1964, J.O.C.E. du 22 octobre 1964, p. 2601.

ou de la cargaison, de la grève, de l'interruption de la navigation en période de gel ou de basse eau et de la panne de machine, les trois situations suivantes :

- « a) Guerre et troubles ;
- b) Interdictions d'exportation ou d'importation édictées par les Etats ;
- c) Entraves mises à la navigation par des actes de souveraineté ».

Cette casuistique n'est pas sans rappeler les textes classiques du droit (privé) de la mer ; il n'y manque ni l'arrêt de prince, ni l'interdiction de commerce.

Le fait du prince étranger peut également relever de la notion de force majeure au sens des règlements actuellement en vigueur. L'intervention étatique constitue en effet, par nature, une « circonstance étrangère à l'opérateur économique concerné » (61) ; elle est dès lors susceptible de l'exonérer, à condition qu'en égard aux données de l'espèce, elle ait été anormale et imprévisible (62).

(61) C.J.C.E. 13 octobre 1993, *An Bord Baine Co-operative et Inter-Agra/Intervention Board for Agricultural Produce*, aff. C-124/92, cons. n° 12 (modification de la législation d'un Etat tiers régissant la qualité des produits pouvant y être importés) ; comp. C.J.C.E. 18 mars 1993, *Firma Molkerei-Zentrale Süd/BALM*, aff. C-50/92, Rec., p. I-1035, 1057-1058 (retard, insurmontable pour l'opérateur concerné, d'une autorité administrative étrangère dans l'instruction d'un dossier) ; pour une transposition de cette jurisprudence à un autre domaine du droit communautaire, cf. C.J.C.E. 7 décembre 1993, *Huygen*, aff. C-12/92, cons. n° 31.

(62) La Cour de justice a admis l'existence de pareil cas de force majeure à propos des retards de l'administration italienne (arrêt du 18 mars 1993, précit.), mais l'a niée, faute de caractère anormal et imprévisible de l'obstacle, à propos d'une modification de la réglementation soviétique (arrêt du 13 octobre 1993, précit. : v. aussi *infra*, n° 205).

SECTION II

LES PRINCIPAUX DOMAINES D'APPLICATION DE LA THÉORIE DU FAIT DU PRINCE ÉTRANGER EN MATIÈRE DE DROIT ÉCONOMIQUE

72. En matière de droit économique, ce n'est pas une réglementation aussi anodine que celle du « cautionnement agricole » (1) qui posera, avec le plus d'acuité, le problème du fait du prince étranger. Les conflits les plus aigus seront ceux qui reflètent de véritables conflits d'intérêts étatiques opposés. L'embargo, l'interdiction d'exportation en sont de bons exemples en matière contractuelle : l'effet libératoire de ces interventions d'un Etat étranger, parfois hostile, est — nous le savons — généralement reconnu. En matière extracontractuelle, et bien qu'il existe d'autres hypothèses de conflits où peuvent intervenir les prescriptions d'une puissance publique étrangère (2), deux situations ont, depuis des années, une importance privilégiée : le droit de la concurrence et les lois interdisant la communication de renseignements à l'étranger. Dans le premier cas, il existe un large consensus, des deux côtés de l'Atlantique, sur la solution à adopter. Il en va différemment dans le second.

C'est ce que nous verrons à présent.

(1) cf. *supra*, n° 71.

(2) Un exemple intéressant, mais quelque peu marginal, est le conflit entre les dispositions, en vigueur dans plusieurs pays arabes, qui tendent au boycottage économique d'Israël — à travers, notamment, l'établissement de « listes noires » des entreprises étrangères qui ont des relations avec cet Etat — et les lois édictées aux Etats-Unis, aux Pays-Bas et en France (Art. 32 de la loi n° 77-574 du 7 juin 1977 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier : art. 416-1 du Code pénal, art. 225-1 et 225-2, 2° du nouveau Code) pour interdire aux entreprises la participation à ces pratiques discriminatoires. Les lois antiboycottage sont, semble-t-il, considérées « comme "force majeure" par la presque totalité des pays arabes » (cf. S. Jarvin, obs. sous la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 3881 en 1984, J.D.I. 1986, p. 1101). Réciproquement, la législation antiboycottage américaine permet expressément aux entreprises implantées de bonne foi (*bona fide*) dans les pays arabes d'y respecter les lois de boycottage pour leurs opérations locales : v. N. Nelson, « The United States Legal Response to the Arab Boycott — A Quagmire for the Innocent », *Palestine Y.I.L.* 5 (1989) 129, 147-148, 168-169. — Sur les lois tendant au blocage du boycottage d'Israël, v. encore J.-L. Bismuth, *Le boycottage dans les échanges économiques internationaux au regard du droit*, 1980 ; A. Lowenfeld, *Trade Controls for Political Ends (International Economic Law, vol. III)*, 2^e éd., 1983, p. 307 et s. V. aussi J.-H. Moitry, « L'arbitre international et l'obligation de boycottage imposée par un Etat », J.D.I. 1991. 349.

SOUS-SECTION I

LE DROIT DE LA CONCURRENCE

73. Les exemples de loin les plus importants d'un droit de la concurrence fortement réglementé, mis en oeuvre par un appareil administratif à la mesure du vaste marché sur lequel il doit exercer sa vigilance, sont le droit des Etats-Unis d'Amérique et celui des Communautés européennes. Comme il s'agit, dans les deux cas, d'un ensemble de règles juridiques et pratiques administratives ayant un arrière-plan non seulement économique, mais encore politique d'une importance fondamentale (3), aucun doute n'est permis sur la portée des intérêts étatiques — ou même, dans le cas du droit communautaire, supra-étatiques — qu'y exprime le droit de la concurrence. Il permet donc de vérifier d'une manière particulièrement convaincante la nécessité de tenir compte de la contrainte que peut faire peser, sur les entreprises concernées, l'autorité publique étrangère.

§ 1. — Le droit américain

74. Le problème du fait du prince étranger ne se poserait évidemment guère, en matière de concurrence, si chaque Etat se bornait strictement à réglementer le comportement des entreprises localisé sur son propre territoire. Telle n'est cependant pas, on le sait, l'attitude des autorités administratives et judiciaires des Etats-Unis ; celles-ci se fondent au contraire sur la considération que des pratiques restrictives, même mises en oeuvre matériellement à l'étranger et par des entreprises étrangères, peuvent légitimement être réputées interdites par la législation *antitrust* américaine si elles ont des effets suffisamment caractérisés sur le marché américain. Cette « doctrine des effets » a été d'abord énoncée par la jurisprudence (4), et ensuite approuvée par la doctrine et consacrée par le législateur fédéral (5). L'accueil que cette pratique américaine a reçu à l'étranger n'a pas toujours été

(3) Comp. la remarque introductive des *U.S. Department of Justice Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1988), p. 1 : « *The U.S. antitrust laws are the legal embodiment of our nation's commitment to a free market economy* ». Dans le cas des Communautés européennes, il s'y ajoute la conviction que le droit de la concurrence a un rôle fédérateur, même lorsqu'il s'adresse à des personnes privées.

(4) *United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945) ; pour une récente confirmation, v. *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 113 S.Ct. 2891 (1993).

(5) cf. les références citées par le *Restatement of the Law Third, Foreign Relations Law of the United States* de l'*American Law Institute*, 1987, sub § 415. Adde L. Kestenbaum, « Antitrust's "Extraterritorial" Jurisdiction : A Progress Report on the Balancing of Interests Test », 18 *Stan. J. Int'l L.* 311 (1982) ; I. Robinet et P. Thys, « The Extraterritorial Jurisdiction of U.S. Courts in Antitrust Cases », *R.D.A.I.* 1990. 201 ; E. Friedel, *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté économique européenne*, thèse Paris-II, 1992, p. 71 et s. ; 102 et s. La modification législative en question est le *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* de 1982, 15 U.S.C. §§ 6a, 45 (a) (3).

bienveillant (6), la principale critique formulée étant celle qui reproche aux tribunaux américains de donner, sous couvert de la répression d'effets anticoncurrentiels sur le territoire des Etats-Unis, une portée indûment extraterritoriale à la législation de leur pays. Que l'on doive voir dans la jurisprudence américaine une prétention exorbitante et un excès de compétence internationale ou au contraire l'exercice légitime d'une compétence « objectivement territoriale », ne relève pas directement de notre propos (7). Ce qu'il est possible de retenir, c'est que la compétence ainsi affirmée par les tribunaux est « extraterritoriale » du moins en ce sens qu'elle tend à réglementer la conduite à adopter par certaines entreprises à l'étranger ; la conduite elle-même reste localisée à l'étranger même si elle peut avoir pour effet de perturber les conditions dans lesquelles se déroule la concurrence sur le marché américain. Comme la même conduite relève également de la compétence — incontestablement « territoriale » — de l'Etat étranger sur le territoire duquel elle se déroule, il y a matière à conflits. Lorsque l'Etat étranger rend obligatoire — dans un but de politique économique — le comportement incriminé, celui-ci peut-il toujours être poursuivi aux Etats-Unis comme étant contraire aux lois sur la concurrence ? C'est ainsi que la question se pose.

75. Une observation préliminaire doit être faite : si la jurisprudence américaine accepte bien d'exonérer de sa responsabilité au regard des lois *antitrust* l'entreprise qui n'a fait que se conformer aux prescriptions de la loi locale, elle n'adopte pas toujours une motivation uniforme. Nous ne signalerons ici que pour mémoire la

(6) v. I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4^e éd., Oxford, 1990, p. 307-309. L'expression classique du point de vue critique sur la « doctrine des effets » se trouve dans les travaux de R.Y. Jennings, « Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws » (1957) 33 *B.Y.B.I.L.* 146 ; « General Course on Principles of International Law », *R.C.A.D.I.* 1967-II. 323, 515 et s., et de F.A. Mann, « The Doctrine of Jurisdiction in International Law », *R.C.A.D.I.* 1964-I. 1, 95 et s. ; « The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years », *R.C.A.D.I.* 1984-III. 9, 86 et s. — Le gouvernement britannique a pendant de longues années maintenu une position diplomatique particulièrement ferme à cet égard : v. les documents reproduits in A.V. Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction, An Annotated Collection of Legal Materials*, Cambridge, 1983, p. 138 et s. Comp. l'argumentation, toujours hostile à la « doctrine des effets », du gouvernement britannique devant la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire des *Entreprises de « pâte de bois »*, aff. 89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85, rapport d'audience sous l'arrêt du 27 septembre 1988, *Rec.*, p. 5193, 5209.

(7) Sauf à observer qu'il devient de plus en plus difficile de considérer comme contraire au droit international coutumier la répression des effets « directs, substantiels et prévisibles » sur le territoire de l'Etat du for des actes d'étrangers agissant à l'étranger, puisque cette répression correspond en matière de concurrence à une pratique étatique de plus en plus répandue ... (cf. les exemples cités par P.M. Roth, « Reasonable Extraterritoriality : Correcting the "Balance of Interests" » (1992) 41 *I.C.L.Q.* 245, 260-265 ; v. aussi *infra*, n° 78, sur la pratique des Communautés européennes ; adde, en France, Conseil de la concurrence, décision du 13 juin 1989, *Gaz. Pal.* 1990. I. 235, note Marchi). Le juge Learned Hand, dans l'affaire *Alcoa (United States v. Aluminium Co. of America)* précitée, faisait d'ailleurs remarquer (148 F.2d 443) que le droit international *privé* admet parfaitement l'exercice de pareille compétence ; et en fait, le principe dégagé par l'arrêt *Alcoa* n'est pas sans analogie avec la règle de conflit française en matière de responsabilité délictuelle (cf. *infra*, n° 115).

théorie de l'Act of State (8) et celle qui paraît faire de l'absence de conflit avec « le droit ou la politique » de l'Etat étranger une condition, parmi d'autres, de l'affirmation même de la compétence législative américaine (9). L'opinion dominante aux Etats-Unis consacre l'existence, en la matière, d'une théorie spécifique — même si elle se rattache par un lien de parenté à la théorie de l'Act of State ou aux principes de la compétence internationale : la *Foreign Sovereign Compulsion Defense*, qui se présente (son nom l'indique) comme un moyen de défense à une action, *a priori* fondée, pour violation de la législation sur la concurrence. La législation américaine est certes applicable au comportement incriminé, mais elle accepte d'exonérer le défendeur eu égard à la contrainte étatique étrangère qui l'a déterminé à agir. Ce moyen de défense fonctionne donc exactement comme l'exception de force majeure en matière civile.

La *Foreign Sovereign Compulsion Defense* constitue un développement relativement récent du droit américain de la concurrence. Lorsque le professeur Kingman Brewster suggéra, dans un important ouvrage publié en 1958 (10), qu'un comportement anticoncurrentiel imposé par un Etat étranger devait rester à l'abri de poursuites aux Etats-Unis, il ne put guère citer que des précédents peu concluants (11) ou propres au contexte fédéral du droit interne américain (12). En fin de compte, il a été amené à formuler un argument de bon sens : si la participation aux pratiques monopolistiques imposées dans un pays étranger constitue pour une entreprise américaine une condition *sine qua non* de la participation à la vie des affaires dans ce pays, cet état des choses n'est-il pas préférable à l'exclusion pure et simple des ressortissants américains du marché en question ? Cet argument lui-même restait, à l'époque, formulé d'une manière assez hésitante (13).

(8) Sur cette théorie v. *infra*, n° 272 et s., spéc. n° 281 (agissements anticoncurrentiels des Etats étrangers eux-mêmes ou de leurs émanations) ; comp. n° 212, note 48, pour la jurisprudence relative aux conspirations entre gouvernements étrangers et entreprises américaines au détriment de concurrents de celles-ci.

(9) *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597, 614 (9th Cir. 1976) ; 749 F.2d 1378 (9th Cir. 1984) ; comp. *Mannington Mills v. Congoleum Corp.*, 595 F.2d 1287, 1297 (3rd Cir. 1979) ; *In re Insurance Antitrust Litigation*, 938 F.2d 919, 932-934 (9th Cir. 1991) ; et, en doctrine, A. Lowenfeld, « Public Law in the International Arena : Conflict of Laws, International Law, and Some Suggestions for their Interaction », R.C.A.D.I. 1979-II. 311, 407 et s. On notera que la Cour Suprême ne s'est pas ralliée à cette conception : *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 113 S.Ct. 2891, 2909-2910 et n. 24 (1993).

(10) K. Brewster, *Antitrust and American Business Abroad*, New York/Toronto/Londres, 1958, p. 93 et s. (une deuxième édition de l'ouvrage, profondément remaniée, a été publiée par J. Atwood et K. Brewster en 1981).

(11) *In re Investigation of World Arrangements with Relation to the Production, Transportation, Refining and Distribution of Petroleum*, 13 F.R.D. 280 (D.D.C. 1952) ; comp. par ailleurs *United States v. Imperial Chemical Industries*, 105 F. Supp. 215, 228-231 (S.D.N.Y. 1952) ; *United States v. General Electric Co.*, 115 F. Supp. 835, 877-878 (D.N.J. 1953).

(12) *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341 (1943) (« State Action Doctrine » : la législation antitrust ne s'applique pas à des programmes de politique économique mis en oeuvre par les Etats fédérés, même avec l'aide d'entreprises privées : *infra*, n° 158 et 159).

(13) « The remote possibility would remain, however, that a court might say that the rule of the Sherman Act is that no business is better than restrained or exclusive business » : Brewster, p. 94.

Au cours des années 1960, deux affaires ont permis aux juridictions américaines de reconnaître la possibilité d'exonérer de sa responsabilité le défendeur contraint de participer à l'étranger à des pratiques restrictives violant le *Sherman Act* ; dans les deux affaires cependant, les juges n'ont pu que constater qu'en fait le moyen de défense ne pouvait s'appliquer, puisque le gouvernement étranger n'avait fait que tolérer les actes incriminés — qui n'avaient aucun caractère obligatoire au regard du droit étranger. La première de ces affaires a donné lieu à la seule décision de la Cour Suprême sur la question : elle se borne à décider que certaines pratiques discriminatoires commises au Canada ne perdaient pas leur caractère illicite du seul fait qu'elles étaient permises par le droit canadien, dont rien n'indiquait qu'il les rendait obligatoires (14). Dans la deuxième affaire — l'affaire « *Swiss Watchmakers* » — le tribunal était saisi d'une « conspiration » entre l'industrie horlogère suisse et des entreprises américaines en vue d'éliminer la libre concurrence sur le marché d'exportation américain ; tout en ordonnant une réorganisation complète des relations d'affaires entre les parties en cause, il énonça que « bien entendu, si les activités des défendeurs avaient été obligatoires au regard du droit suisse, le tribunal ne pourrait effectivement rien faire » (15). Le jugement final prend d'ailleurs soin de réserver le droit du gouvernement suisse de réglementer à l'avenir l'industrie de l'horlogerie suisse (16) — concession à la souveraineté étrangère qui constituait peut-être un minimum.

76. En 1970, dans l'affaire *Interamerican Refining Corp. v. Texaco Maracaibo, Inc.* (17), la question de la *foreign sovereign compulsion* se présenta pour la première fois concrètement. Des Vénézuéliens fort indésirables au yeux du nouveau gouvernement du Venezuela avaient formé entre eux, aux Etats-Unis, sous le nom Interamerican Refining Corporation, une société importatrice de pétrole. Ils avaient conclu, à cette fin, des contrats avec des entreprises américaines concessionnaires de puits de pétrole au Venezuela — mais qui, sous la pression du gouvernement local et sous la menace de sanctions administratives graves (retrait de leurs concessions), avaient accepté de participer à un boycottage de la société. Le boycottage d'un concurrent est évidemment illicite au regard du *Sherman Act* ; mais la contrainte du souverain étranger ne constituait-elle pas, en l'espèce, un moyen de défense ? Le tribunal l'a effectivement admis, en se fondant d'ailleurs sur les réflexions du professeur Brewster que nous avons eu l'occasion de citer ; le jugement relève que si la contrainte ne constituait pas un moyen de défense, des entreprises américaines confrontées à l'ordre d'un gouvernement étranger devraient

(14) *Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Corp.*, 370 U.S. 690, 707 (1962).

(15) « If, of course, the defendants' activities had been required by Swiss law, this court could indeed do nothing. An American court would have under such circumstances no right to condemn the governmental activity of another sovereign nation. In the present case, however, the defendants' activities were not required by the laws of Switzerland » : *United States v. The Watchmakers of Switzerland Information Center, Inc.*, 1963 Trade Cas. (CHH) ¶ 70600, p. 77456 (S.D.N.Y. 1963).

(16) *United States v. The Watchmakers of Switzerland Information Center, Inc.*, 1965 Trade Cas. (CCH) ¶ 71352 (S.D.N.Y. 1965).

(17) 307 F. Supp. 1291 (D. Del. 1970).

choisir, pour exercer leur activité, entre les Etats-Unis et le pays étranger. Ce résultat n'est pas voulu par le *Sherman Act* (18).

Le jugement *Interamerican* est le véritable point de départ de la *Foreign Sovereign Compulsion Defense* du droit américain de la concurrence (19). Il a été approuvé par la jurisprudence ultérieure (20), même si la Cour Suprême n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la question (21). Le Ministère de la Justice américain, responsable de la mise en oeuvre du droit de la concurrence, a publié des directives qui réservent expressément l'exonération du défendeur par le moyen de défense tiré de la contrainte étatique étrangère. Le Ministère déclare se fonder, ce faisant, sur des considérations tirées à la fois du respect de la souveraineté étrangère et du souci des intérêts légitimes du défendeur (22).

77. Nous verrons que le fait du prince étranger peut avoir le même effet exonérateur dans le droit de la concurrence des Communautés européennes.

§ 2. — Le droit communautaire

78. Comme le confirme l'examen de la jurisprudence américaine, le problème du fait du prince se pose essentiellement lorsque le droit de la concurrence du for

(18) « *Were compulsion not a defense, American firms abroad faced with a government order would have to choose one country or the other in which to do business. The Sherman Act does not go so far* » : p. 1298.

(19) v. Note, « *Development of the Defense of Sovereign Compulsion* », 69 Mich. L. Rev. 888 (1971). *Adde* Note, « *Foreign Sovereign Compulsion in American Antitrust Law* », 33 Stan. L. Rev. 131 (1980); D. Meal, « *Governmental Compulsion as a Defense under United States and European Community Antitrust Law* », 20 Colum. J. Transnat'l L. 51 (1981); B. Hawk, « *Special Defenses and Issues, Including Subject Matter Jurisdiction, Act of State Doctrine, Foreign Government Compulsion and Sovereign Immunity* », 50 Antitrust L.J. 559 (1981); J. Atwood/K. Brewster, *Antitrust and American Business Abroad*, 2^e éd., Colorado Springs, 1981, vol. I, § 8.14-8.24; J.-G. Castel, « *The Extraterritorial Effects of Antitrust Laws* », R.C.A.D.I. 1983-I, 9, 58-59; A.D. Neale/M.L. Stephens, *International Business and National Jurisdiction*, Oxford, 1988, p. 86 et s. — Pour une discussion, au regard du droit antitrust américain, du boycottage de l'Etat d'Israël ordonné par les Etats arabes, v. Note, « *Export Policy, Antitrust and the Arab Boycott* », 51 N.Y.U. L. Rev. 94 (1976); Note, « *The Arab Boycott: the Antitrust Challenge of United States v. Bechtel in Light of the Export Administration Amendments of 1977* », 92 Harv. L. Rev. 1440 (1979).

(20) *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597, 606 (9th Cir. 1976); *Linseman v. World Hockey Association*, 439 F. Supp. 1315, 1324 (D. Conn. 1977); *Mannington Mills v. Congoleum Corp.*, 595 F.2d 1287, 1293 (3rd Cir. 1979); *United Nuclear Corp. v. General Atomic Co.*, 629 P.2d 231 (N.M. 1980).

(21) Dans l'affaire *Matsushita Electric Industrial Co. Ltd. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986), qui mettait en cause le comportement des exportateurs japonais de produits électroniques, elle a estimé inutile de statuer sur la *Foreign Sovereign Compulsion Defense* (p. 598) malgré l'intervention des gouvernements japonais, australien, canadien, français et britannique en faveur d'une réaffirmation (et, semble-t-il, extension) de la doctrine. Les mémoires déposés par les intervenants étrangers sont publiés in 24 I.L.M. 781 et 1293 (1985). La juridiction d'appel avait rejeté le moyen de défense pour des raisons de fait : *In re Japanese Electronic Products*, 723 F.2d 238, 315 (3rd Cir. 1983).

(22) *U.S. Department of Justice Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1988), p. 97 et s.

revendique une compétence « extraterritoriale », lorsqu'il prétend régir le comportement d'entreprises agissant à l'étranger. La « doctrine des effets » constitue l'instrument conceptuel qui permet de justifier cette revendication de compétence au nom d'un « territorialisme objectif ». Est-elle appliquée par les organes chargés de mettre en oeuvre le droit communautaire de la concurrence ?

La réponse est incontestablement affirmative en ce qui concerne la Commission des Communautés européennes, qui estime depuis longtemps qu'en matière de pratiques restrictives, « le fait que plusieurs ou toutes les entreprises participantes ont leur siège en dehors de la Communauté ne s'oppose pas à l'application de [l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE], pour autant que les effets des accords, décisions ou pratiques concertées s'étendent au territoire du marché commun » (23). La Cour de justice, elle, a été plus prudente : dans un arrêt, elle a certes pu se référer implicitement à la doctrine des effets (24) ; mais elle a préféré justifier différemment la compétence de la Communauté lorsqu'il s'est agi, concrètement, de la répression des comportements anticoncurrentiels concertés d'entreprises établies en-dehors du Marché commun. Dans chacun des cas, les conclusions de l'avocat général l'invitaient à consacrer expressément l'application d'une doctrine des effets plus ou moins inspirée du modèle américain. La Cour a préféré relever, dans l'affaire des *Matières colorantes*, que les entreprises étrangères avaient agi à travers des filiales établies sur le territoire de la Communauté (25) ; dans l'affaire, plus récente, des *Entreprises de « pâte de bois »* (26), tel n'était pas le cas ; la Cour a néanmoins estimé que la « mise en oeuvre » de l'entente (par opposition à la « formation de l'entente ») se déroulait à l'intérieur du Marché commun, en ajoutant que « dans ces conditions, la compétence de la Communauté pour appliquer ses règles de concurrence à l'égard de tels comportements est couverte par le principe de territorialité qui est universellement reconnu en droit international public ». Il serait peut-être injuste de conclure de l'arrêt *Entreprises de « pâte de bois »* que la Cour de Justice a voulu consacrer la doctrine américaine des effets sans oser le déclarer ouvertement (27) ; il suffit de constater, pour les besoins de notre discussion, que la

(23) Avis de la Commission, relatif à l'importation de produits japonais dans la Communauté tombant sous l'application du traité de Rome : J.O.C.E. du 21 octobre 1972, N° C 111, p. 13. Il ne s'agit là que d'un exemple.

(24) C.J.C.E. 25 novembre 1971, *Béguelin*, aff. 22/71, Rec., p. 949.

(25) C.J.C.E. 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries*, aff. 48/69 Rec., p. 619 et les conclusions de l'avocat général Mayras, notamment p. 694-703 ; comp. par ailleurs C.J.C.E. 21 février 1973, *Continental Can*, aff. 6/72, Rec., p. 215, concl. Roemer.

(26) C.J.C.E. 27 septembre 1988, *Ahlström*, aff. 89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85, Rec., p. 5193, et les conclusions Darmon, not. p. 5224-5227.

(27) cf. B. Stern, « *L'extraterritorialité revisitée* », A.F.D.I. 1992. 239, 291 : « On peut se demander jusqu'où la Cour de justice va aller dans la manipulation du concept de comportement » ; sur l'interprétation de l'arrêt, v. aussi L. Idot, note à la Rev. trim. dr. eur. 1989. 345 ; M. Martinek, « *Das uneingestandene Auswirkungsprinzip des EuGH zur extraterritorialen Anwendbarkeit der EG-Wettbewerbsregeln* », IPRax 1989. 347 ; J. Dutheil de la Rochère, « *Réflexions sur l'application "extraterritoriale" du droit communautaire* », *Mélanges Michel Virally*, 1991, p. 281 et s. — Comp. F.A. Mann, « *The Public International Law of Restrictive Practices in the European Court of Justice* » (1989) 38 I.C.L.Q. 375, qui critique la décision mais relève que ce n'est que justice qu'elle ait abouti à pénaliser

jurisprudence communautaire a abouti dans cette affaire — le cas échéant à partir d'un raisonnement différent — à un résultat concret équivalent (28). Une entente d'entreprises exportatrices établies à l'étranger est déclarée illicite parce qu'elle est — par la force des choses — « mise en oeuvre » à l'intérieur du territoire d'importation, où elle produit ses effets. Un conflit avec les prescriptions de la législation de l'Etat d'exportation est dès lors possible : l'existence d'un tel conflit avait même été alléguée dans l'affaire en question par les entreprises exportatrices américaines : la Cour de justice a pu écarter cette argumentation en relevant que la législation *antitrust* américaine tolérait certes la formation de cartels d'exportation, mais ne l'imposait nullement. Il n'existait donc pas de véritable conflit (29).

79. Comment se résolvent les conflits, lorsqu'ils apparaissent ?

Selon toute raison, on peut admettre que comme le droit américain, le droit communautaire permet aux entreprises de s'exonérer de la responsabilité qu'elles pourraient encourir, au regard du droit de la concurrence, du fait de pratiques anticoncurrentielles si celles-ci leur ont été imposées par les autorités publiques d'un Etat tiers (30) ; et même si le principe n'a pas encore été consacré par la jurisprudence communautaire — dans l'affaire des *Entreprises de « pâte de bois »*, la Cour de justice a estimé que la question ne se posait pas en fait (31) —, la Commission en tient compte, s'il y a lieu, dans son appréciation des situations dont elle est saisie. C'est ainsi que dans l'affaire de l'*Entente franco-japonaise concernant les roulements à billes* (32), elle a estimé qu'il convenait de « replacer les faits ... dans le cadre plus général des mesures qui ont été prises au Japon dans le but de contrôler les exportations de produits japonais vers la CEE », en distinguant quatre hypothèses :

« a) les mesures qui s'insèrent dans des accords commerciaux entre la Communauté et le Japon.

Il s'agit d'actes de politique commerciale extérieure, qui échappent en tant que tels à l'application de l'article 85 du traité CEE.

b) les mesures imposées aux entreprises japonaises par les autorités de leur pays.

notamment des entreprises américaines : « *its only satisfactory aspect is that the United States is being repaid in its own coin, as it had frequently been warned might happen* » (p. 377).

(28) Les *U.S. Department of Justice Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1988), p. 87, note 156, ne manquent pas de citer l'arrêt *Ahlström* et de souligner le parallélisme des solutions. V. aussi J. Friedberg, « The Convergence of Law in an Era of Political Integration : the *Wood Pulp* Case and the *Alcoa* Effects Doctrine », 52 U. Pitt. L. Rev. 289 (1991).

(29) *Rec.*, p. 5245.

(30) cf. J.-M. Bischoff et R. Kovar, « L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la communauté », *J.D.I.* 1975. 675, n° 40 ; R. Kovar, « Droit communautaire de la concurrence et droit international », *C.D.E.* 1986. 127, 145-146.

(31) cf. *supra*, n° 78. — Dans l'affaire de la *Crise pétrolière* (C.J.C.E. 29 juin 1978, *B.P.*, aff. 77/77, *Rec.*, p. 1513) il est certes fait référence à « la situation de contrainte dans laquelle se trouvait l'ensemble du marché néerlandais », mais l'incidence de l'embargo politique décrété par les pays producteurs (sur celui-ci, v. les conclusions de l'avocat général Warner, p. 1531) a été trop indirecte pour qu'il soit possible d'en tirer des conclusions utiles.

(32) Décision du 29 novembre 1974, J.O.C.E. du 21 décembre 1974, N° L 343, p. 19.

Ces mesures ne relèvent pas de l'application de l'article 85.

Toutefois, dans ces deux cas, l'article 85 pourrait s'appliquer aux accords et pratiques concertées qui viendraient s'y ajouter.

c) les mesures résultant d'accords ou de pratiques concertées entre entreprises qui sont simplement autorisées par les autorités japonaises sur la base de leur droit interne.

Une telle autorisation, condition de la légalité interne, ne saurait écarter l'applicabilité éventuelle de l'article 85 car elle ne modifie en rien le fait que les entreprises concernées étaient libres de ne pas contracter ledit accord ou de ne pas se livrer auxdites pratiques.

d) les mesures qui résultent uniquement d'accords, de pratiques concertées ou de décisions d'associations d'entreprises, élaborées soit unilatéralement par des entreprises japonaises, soit après concertation avec les industries européennes correspondantes.

Ces mesures de caractère privé sont également susceptibles d'être visées par l'article 85. La Commission a expressément attiré l'attention des entreprises à ce sujet, par un avis publié au Journal officiel en octobre 1972 ».

L'« avis publié au Journal officiel en octobre 1972 » était destiné, précisément, à rappeler aux entreprises japonaises l'applicabilité à leurs agissements du droit communautaire de la concurrence, conformément à la doctrine des effets (33).

En l'espèce les entreprises concernées n'ont pu s'exonérer malgré l'adoption, par la Commission, d'une version communautaire de la *Foreign Sovereign Compulsion Defense* : leur accord n'avait pas été imposé par les autorités japonaises ; il s'agissait « de mesures bilatérales de caractère privé, qui n'ont donné lieu à aucune intervention gouvernementale ni du côté français ni du côté japonais ». Plus récemment, dans l'affaire des *Comités armatoriaux franco-ouest-africains*, la Commission a longuement analysé — mais rejeté, en définitive, pour des raisons de fait — l'allégation des membres français de ces cartels que les accords et pratiques incriminés « ne résulteraient que d'obligations imposées par les pouvoirs publics » de certains pays africains (34). Elle a également pris soin de définir la conduite que doivent adopter, selon elle, les entreprises confrontées à des réglementations étrangères susceptibles d'« entrer en conflit avec les règles communautaires de la concurrence » : « dans un tel contexte, il appartient aux entreprises concernées d'adopter un comportement de neutralité et de retenue en ne se conformant qu'aux obligations strictes résultant pour elles des législations ou réglementations existantes de part et d'autre ». Or en l'espèce, les membres des comités armatoriaux s'étaient, au contraire, livrés « de leur propre gré à des comportements restrictifs » (35).

S'il est clair par conséquent que les véritables prescriptions d'un Etat tiers, étranger à la Communauté, peuvent être invoquées par les entreprises pour s'exonérer de leur responsabilité au regard du droit communautaire, les interventions des autorités des Etats membres eux-mêmes — en particulier

(33) Avis cité *supra*, n° 78.

(34) Décision du 1^{er} avril 1992, J.O.C.E. du 18 mai 1992, N° L 134, p. 1, spéc. p. 12-14. V. aussi, dans une affaire parallèle, la décision du 23 décembre 1992, *Conférence maritime Cewal*, J.O.C.E. du 10 février 1993, N° L 34, p. 20, spéc. p. 32-33.

(35) Décision du 1^{er} avril 1992, précit., p. 21-22. Ils étaient même, semble-t-il, intervenus auprès des autorités publiques africaines afin d'obtenir un renforcement de la réglementation existante.

lorsqu'elles ne consistent qu'à coordonner des activités anticoncurrentielles ou à inciter les entreprises à les commettre — posent un problème spécifique à l'ordre juridique communautaire, qui appelle une réponse spécifique, et que nous ne signalons ici que pour mémoire (36).

80. Une conclusion provisoire est vite tirée de ce qui précède : comme en matière pénale, il existe en matière de droit de la concurrence un large consensus international au sujet de la prise en considération des contraintes de fait qui résultent, pour les personnes privées concernées, de l'intervention d'un Etat tiers : même en appliquant sa propre loi, le juge du for peut accepter d'exonérer de sa responsabilité celui qui n'a fait qu'obéir aux commandements de la loi étrangère. Ce consensus (qui est incontestablement dans l'intérêt tant des relations entre Etats que des personnes privées impliquées) n'existe plus lorsqu'il s'agit des suites à réserver aux lois interdisant la communication de renseignements à l'étranger ; ce sera là le dernier point de notre examen des solutions réservées, en droit positif, au problème du fait du prince étranger.

SOUS-SECTION II

LES LOIS INTERDISANT LA COMMUNICATION DE RENSEIGNEMENTS A L'ÉTRANGER

81. Il est question ici d'un domaine qui se caractérise incontestablement par des conflits particulièrement fréquents et particulièrement aigus : ceux auxquels peut donner lieu une procédure judiciaire ou administrative au for, lorsqu'elle implique l'obtention de renseignements dont la communication est interdite ou réglementée par la législation du pays étranger dans lequel se situent les documents recherchés, ou dont les témoins potentiels sont ressortissants. La gravité de ces conflits pourra être due à l'importance qu'attachera au fond du litige l'Etat du for, et qu'attribuera au secret à garder l'Etat étranger — mais ce conflit de forts intérêts étatiques, qui peut également se retrouver en d'autres matières, n'explique sans doute pas tout. Ce qui fait la particularité des conflits en matière procédurale est qu'il s'y ajoute, beaucoup plus fréquemment que dans les autres domaines, un engagement direct du juge. Celui-ci ne se bornera pas à intervenir *a posteriori* pour apprécier une situation donnée, attribuer une responsabilité aux uns et aux autres ou, au contraire, exonérer les parties de leur responsabilité. Il sera, dans les cas les plus typiques, lui-même l'auteur de l'une des normes en conflit, en ordonnant un témoignage ou la production de documents. Ce sera son intervention qui aura contribué à créer la situation conflictuelle. Comme il lui appartiendra également de statuer sur les suites à réserver à la procédure en présence de l'obstacle que constituent les prohibitions de la loi étrangère, une attitude parfaitement neutre est peut-être difficile à

(36) cf. *infra*, n^{os} 160 et s.

maintenir. Nous verrons que les juridictions de certains pays résistent mieux que d'autres à la tentation de faire prévaloir les intérêts du for sur ceux de l'Etat étranger — ou ceux des particuliers qui se trouvent pris au milieu des prescriptions en conflit.

Après quelques observations préliminaires qui auront pour objet essentiel de délimiter le problème par rapport à une situation voisine (§ 1), nous comparerons la solution traditionnelle — respect des intérêts étrangers — qui reste celle de la plupart des pays (§ 2) avec la solution de la jurisprudence américaine : « balance des intérêts en cause » avec, fréquemment, une nette prédominance des intérêts du for (§ 3).

§ 1. — Délimitation du problème : la distinction entre l'interdiction de la communication de renseignements et le risque d'auto-incrimination du témoin

82. Confrontée pour la première fois, en 1958, au secret bancaire suisse, la Cour Suprême des Etats-Unis (37) prit soin de distinguer la situation dont elle était saisie d'une situation quelque peu analogue, qui était déjà apparue en jurisprudence, mais qui ne posait pas exactement la même question : en l'espèce, la législation pénale suisse interdisait la communication même des documents demandés par un tribunal américain ; jusque là, c'était uniquement à travers le risque d'auto-incrimination du témoin que le droit pénal étranger avait parfois pu jouer un rôle en droit procédural américain.

Le même effort préalable de délimitation et d'explication s'impose ici. Parlons d'abord des lois interdisant la communication de renseignements. Elle peuvent prendre différentes formes, dont les « lois de blocage » spécifiquement destinées à empêcher l'obtention de preuves par les autorités judiciaires ou administratives d'un Etat tiers ne sont qu'un exemple (38). Très souvent, il s'agira de textes interdisant d'une manière générale la violation d'un secret professionnel ou d'affaires par la révélation d'informations à des tiers autres que les autorités judiciaires locales ; ces textes s'appliquent certes aux enquêtes et procès menés à l'étrangers, mais ne visent pas spécifiquement (39). L'obligation au secret pourra même ne pas être

(37) *Société Internationale pour Participations Industrielles et Commerciales S.A. v. Rogers*, 357 U.S. 197, 211-212 (1958). Sur cette affaire, v. *infra*, n^o 98.

(38) Sur les lois de blocage suédoises pendant la première et la seconde guerre mondiale, v. *infra*, n^o 90. Mais le phénomène actuel des lois de blocage intéresse essentiellement les rapports entre les Etats-Unis et leurs principaux partenaires commerciaux (*infra*, n^o 96).

(39) A propos de la législation suisse sur le secret bancaire, v. M. Aubert/J.-Ph. Kern/H. Schönle, *Le secret bancaire suisse*, 2^e éd., Berne, 1982, *passim* (not. p. 302 et s. ; p. 397). — L'article 273 du code pénal suisse (secret de fabrication ou d'affaires), datant de 1937, vise plus particulièrement la divulgation de renseignements « à un organisme officiel ou privé étranger, ou à une entreprise privée étrangère, ou à leurs agents ». Un aide-mémoire suisse remis, dans l'affaire *Marc Rich S.A.* (cf. *infra*, n^{os} 170 et 175), au gouvernement américain le 6 juin 1983 (ASDI 1984. 162) rappelle qu'« une sommation émanant d'un tribunal étranger ne saurait changer quoi que ce soit à cette exigence posée par le droit suisse ... le droit pénal suisse ne prévoit aucune immunité de poursuite dans une pareille situation » (p.

prévue par un texte pénal, mais résulter uniquement des liens contractuels existant, par exemple, entre un banquier et son client (40) ; le cas échéant ce client aura obtenu des juridictions locales une injonction tendant spécialement à interdire à son banquier la divulgation des informations demandées par une autorité étrangère (41).

La caractéristique commune de ces situations est que le témoin, ou le dépositaire des documents, est réellement confronté à des obligations contradictoires : la communication de renseignements, rendue obligatoire par les autorités du for, lui est interdite par la loi locale. Cette prohibition de la loi locale l'exonère-t-elle de son obligation de témoigner ou de produire des documents ? La question se pose dans les mêmes termes qu'à propos des autres conflits d'obligations que nous connaissons.

83. C'est à cet égard que la situation de base est différente lorsqu'un témoin invoque la loi — pénale — étrangère pour faire valoir son droit de ne pas s'incriminer lui-même par son témoignage. Dans pareille situation, le témoin ne soutient pas qu'une norme étrangère lui interdit la communication des renseignements qui lui sont demandés ; au contraire, les autorités étrangères s'intéressent au résultat de son témoignage au moins autant que les autorités du for. Seulement, elles s'y intéressent parce qu'elles soupçonnent le témoin d'avoir commis une infraction pénale dans leur pays et qu'elles espèrent que son témoignage leur fournira des éléments de preuve permettant de le poursuivre — par exemple dès qu'il sera retourné au pays ou y aura été extradé après avoir témoigné devant les juridictions du for.

Si ce témoin peut être dispensé de fournir des renseignements auto-incriminateurs, ce ne sera pas par application des principes de la force majeure (personne ne lui interdit de témoigner), mais par extension à l'ordre international des règles procédurales sur l'auto-incrimination au regard du droit pénal interne. La question est donc différente, mais elle présente suffisamment d'intérêt pour mériter ici un bref examen, à titre d'observation préliminaire (42). Le droit de refuser de

163). *Adde*, sur l'article 273, L. Frei, « Schweizerische Unternehmen in den USA als Diener zweier Herren : Amerikanische Verfahrenspflichten und schweizerische Geheimhaltung », *SJZ* 1986. 73.

(40) *V.*, pour le cas du secret bancaire allemand considéré par un tribunal américain, *United States v. First National City Bank*, 396 F.2d 897 (2d Cir. 1968).

(41) *V.*, dans l'affaire *Marc Rich S.A.*, l'injonction anglaise à l'encontre de la Chase Manhattan Bank dans *X. A.G. v. A Bank*, [1983] 2 All E.R. 464 ; cf. encore un arrêt de la Cour d'appel de Hong-Kong : *F.D.C. Co. Ltd. v. Chase Manhattan Bank, N.A.* [1990] 1 H.K.L.R. 277 et une injonction allemande à l'encontre de la Deutsche Bank, LG Kiel 30 juin 1982, *RIW* 1983. 206 ; *IPRax* 1984. 146 (commentée par E. Stiefel/W. Petzinger, « Deutsche Parallelprozesse zur Abwehr amerikanischer Beweiserhebungsverfahren ? », *RIW* 1983. 242 ; U. Bosch, « Das Bankgeheimnis im Konflikt zwischen US-Verfahrensrecht und deutschem Recht », *IPRax* 1984. 127 ; *adde* R. Schütze, « Zur Verteidigung im Beweiserhebungsverfahren in US-amerikanischen Zivilprozessen », *WM* 1986. 633, 636). — *Comp.* l'injonction de la Cour d'Appel de la Jamaïque mentionnée dans l'arrêt américain *United States v. Davis*, 767 F.2d 1025 (2d Cir. 1985).

(42) Ceci d'autant plus que la jurisprudence à laquelle elle a donné lieu se prononce parfois, par la force des choses, sur un problème commun à la théorie du fait du prince étranger *stricto sensu* : à quel point la sanction étrangère redoutée doit-elle constituer une menace réelle et effective pour être prise en considération ?

témoigner — dans une procédure pénale, administrative ou civile — pour ne pas s'incriminer soi-même n'a pas la même importance dans tous les systèmes juridiques. S'il est considéré, en droit allemand, comme l'expression d'un principe général ayant valeur constitutionnelle (43), son statut en droit interne français est bien plus incertain, au-delà de certaines applications limitées (44). Au niveau européen, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacre un droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (45) ; la Cour de justice des Communautés européennes a elle aussi, dans une certaine mesure et pour les besoins du droit communautaire de la concurrence, affirmé l'existence d'un droit au silence en se référant à un principe fondamental de l'ordre juridique communautaire : celui des droits de la défense (46).

84. C'est cependant essentiellement en droit anglo-américain que la protection du témoin contre l'auto-incrimination (*privilege against self-incrimination*) repose sur une tradition juridique bien établie (47) ; c'est là aussi que la jurisprudence a eu à trancher la question de savoir s'il existait un droit de garder le silence, dans une procédure devant un tribunal anglais ou américain, au motif que le résultat du témoignage serait de nature à incriminer le témoin au regard d'une loi pénale étrangère.

(43) Sur le contenu et les limites du principe, v. l'arrêt du Tribunal constitutionnel fédéral (BVerfG) du 13 janvier 1981, *BVerfGE* 56. 37. *Adde* OLG Celle 16 février 1982, *JZ* 1982. 340 ; R. Stürmer, « Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung », *NJW* 1981. 1757.

(44) *Comp.* C. Gavalda et C. Lucas de Leyssac, obs. sous C.J.C.E. 18 octobre 1989, *D.* 1990. Somm. 113, qui soutiennent que « le silence des textes français sur le principe lui-même ne peut être interprété comme un refus du droit au silence. Il signifie au contraire qu'il est tellement évident que l'on a cru pouvoir s'abstenir de le proclamer solennellement ». — Pour un indice plus concret de l'existence du principe en jurisprudence belge, v. Trib. civ. Liège (prés.) 6 juin 1986, *Journ. dr. fisc.* 1986. 359 (« aucune personne ne peut être appelée à témoigner au sujet d'un fait qui lui est reproché comme infraction pénale »).

(45) C'est ce que la Cour européenne des droits de l'homme a jugé, par application de l'article 6, § 1^{er} de la Convention (garantie d'un procès équitable), au profit de l'« accusé » au sens autonome que l'article 6 attribue à ce terme : arrêt du 25 février 1993, *Funke c. France*, Série A, n° 256-A, § 44 (la Cour de cassation avait, dans la même affaire, jugé le contraire : *Crim.* 21 novembre 1983, *Funke*, *Bull. crim.*, n° 304) ; et la Commission a pu déduire de l'article 10 (consacrant la liberté d'expression — y compris, selon la Commission, dans son volet « négatif ») un droit au silence pouvant être invoqué par une personne simplement interrogée comme témoin : rapport du 13 octobre 1992, *K. c. Autriche*, n° 16002/90, §§ 41-53. — L'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Convention des Nations Unies du 16 décembre 1966) a été interprété en doctrine comme ne consacrant un droit au silence qu'au profit de l'accusé lui-même, non des témoins (cf. M. Nowak, *CCPR-Kommentar*, Kehl am Rhein/Strasbourg/Arlington, 1989, p. 277).

(46) C.J.C.E. 18 octobre 1989, *Orkem*, aff. 374/87, *Rec.*, p. 3283. La portée du principe défini par l'arrêt *Orkem* est limitée quant à son contenu (pour les détails, v. l'arrêt, p. 3351) et quant à son champ d'application (cf. C.J.C.E. 10 novembre 1993, *Otto BV/Postbank NV*, aff. C-60/92, qui décide que le principe ne s'applique pas à une procédure civile devant une juridiction nationale d'un Etat membre, eût-elle même trait à l'application des articles 85 et 86 du traité CEE ; la Cour a toutefois imposé des restrictions quant à l'utilisation des renseignements obtenus dans le cadre de pareille procédure : cons. n° 20).

(47) cf. McCormick on Evidence, 4^e éd., t. II, St. Paul, 1992, p. 421 et s.

En Angleterre, deux décisions anciennes, difficilement conciliables, se sont prononcées sur la question. Dans la première, *The King of the Two Sicilies v. Willcox* (48), le souverain du Royaume des Deux-Siciles entendait, après l'échec d'une révolution, revendiquer un navire acquis en Angleterre par deux représentants du gouvernement révolutionnaire. Un incident de procédure fut créé par le refus des deux acquéreurs siciliens de produire au procès certains documents en leur possession : ces documents pourraient être utilisés contre eux dans un procès politique aux Deux-Siciles. Ce moyen de défense fut rejeté par le Vice-Chancelier, qui craignait manifestement de créer un dangereux précédent : on pouvait certes supposer (malgré l'absence de preuves formelles) que les intéressés couraient un risque réel de poursuites, fondées sur le contenu de leur témoignage, s'ils retournaient dans leur patrie ; mais dans d'autres situations il serait bien plus difficile au juge d'apprécier le contenu du droit étranger et la probabilité d'un retour du témoin dans le pays étranger qui entendrait le poursuivre.

Tout en évitant de désapprouver expressément cette décision, un arrêt postérieur, *United States of America v. McRae* (49), décida que lorsque l'existence des lois pénales étrangères était formellement prouvée, il serait « très injuste » de ne pas étendre à ce cas le privilège permettant au témoin de ne pas s'incriminer lui-même. Cette condition était en l'espèce remplie. Quant au risque couru par le témoin, celui-ci ne dépendait pas d'un retour volontaire aux Etats-Unis, pays où il était poursuivi et possédait des biens : ces biens eux-mêmes étaient sujets à confiscation pénale du moment qu'une infraction était établie à sa charge.

C'était là l'état, incertain, du droit anglais de la procédure civile (50) lorsque le législateur anglais entreprit une réforme d'ensemble des exceptions à l'obligation de témoigner en justice. Une commission consultative, le *Law Reform Committee*, proposa en 1967 de ne pas consacrer expressément, pour les cas d'auto-incrimination au regard d'une loi étrangère, un droit absolu au silence dans le texte législatif à voter, mais de laisser au juge le soin d'apprécier — dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire — s'il y avait lieu de l'admettre au regard des circonstances particulières de chaque espèce (51). Le texte proposé par cette commission fut voté en 1968 (52) ... avec pour résultat que les tribunaux anglais nient, depuis lors, l'existence de tout droit de ne pas s'incriminer au regard d'un droit étranger : ce droit n'est en effet pas prévu par le texte législatif (53), et il a été

(48) (1851) 1 Sim. (N.S.) 301 ; 61 E.R. 116.

(49) (1868) L.R. 3 Ch. App. 79.

(50) cf. encore *In re Atherton* [1912] 2 K.B. 251, jugement d'espèce qui nie sommairement l'existence d'un droit de ne pas s'incriminer au regard d'un droit étranger, mais omet de prendre en considération les précédents existants.

(51) *16th Report, Privilege in Civil Proceedings* (Cmnd. 3472), p. 7.

(52) *Civil Evidence Act 1968* (c. 64).

(53) *Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.* [1978] A.C. 547, 636 (qui confirme cependant la décision de la *Court of Appeal* — [1978] A.C. 547, 575-575 — selon laquelle les amendes imposées par la Commission des Communautés européennes par des décisions exécutoires en Angleterre (art. 192 du Traité CEE) doivent être assimilées, pour les besoins de la cause, aux sanctions pénales prévues par la loi anglaise) ; v. aussi *Bhimji v. Chatwani* (No. 2) [1992] 1 W.L.R. 1158, 1169-1170 ; comp. *Cross on Evidence*, 7^e éd., Londres, 1990, p. 423.

décidé que les juges n'ont en réalité, en matière de procédure civile, aucun pouvoir discrétionnaire de dispenser un témoin de témoigner (54).

En revanche, dans des situations où ils disposent d'un pouvoir discrétionnaire et où la loi de 1968 n'est pas applicable, les juges se sont montrés disposés à prendre en considération le risque, couru par le témoin ou même par des tiers, de poursuites ou persécutions par les autorités publiques d'un Etat étranger — allant jusqu'à entendre des témoins ou consulter des rapports d'Amnesty International pour apprécier la situation politique dans le pays étranger en question (55).

85. Aux Etats-Unis, la jurisprudence a pu se développer à l'abri d'une intervention intempestive du législateur. Aucune solution n'est définitivement établie ; la Cour Suprême ne s'est pas encore clairement prononcée sur le principe et a pu se borner à décider qu'en l'absence de « danger réel et substantiel » de poursuites à l'étranger, le témoin n'a certainement pas le droit de se taire (56) — précision importante, mais insuffisante. Les juridictions inférieures sont divisées (57). Quel raisonnement doit guider le juge ? Nous avons vu le raisonnement pragmatique du précédent anglais *The King of the Two Sicilies v. Willcox* — qui s'est référé à la difficulté de connaître le contenu exact du droit pénal étranger, et la réalité du risque couru, pour nier le droit au refus de témoigner — ; il a manifestement inspiré, en son temps, l'éminent spécialiste du droit de la preuve qu'était Wigmore (58). Ces seules considérations ne conviennent cependant pas parfaitement à la gravité de la situation du témoin ; aussi bien la doctrine préfère-t-elle actuellement raisonner à partir de la *ratio legis*, qui prend toute son importance lorsqu'il s'agit de savoir s'il convient ou non d'étendre à l'auto-incrimination au regard d'un droit étranger un privilège qui ne concernait, historiquement, que des situations de pur droit interne. La raison d'être du privilège est-elle de protéger l'individu contre les risques qu'il court à

(54) *Arab Monetary Fund v. Hashim* [1989] 1 W.L.R. 565, 573-574 ; *Arab Monetary Fund v. Hashim* (No.2) [1990] 1 All E.R. 673, 681 ; comp. *Sociedade Nacional de Combustiveis de Angola U.E.E. v. Lundqvist* [1991] 2 Q.B. 310, 332 ; *Bank of Crete v. Koskotas* (No. 2) [1992] 1 W.L.R. 919, 925-926.

(55) V., à propos de l'Iraq, les deux affaires *Arab Monetary Fund v. Hashim* précitées. — Comp. *Dubai Bank v. Galadari* (No.2) [1990] 1 W.L.R. 731, 743, C.A. : « it must always be a matter of concern for the court when it is asserted that the effect of a proposed order, if made, will be to place individuals in personal jeopardy at the hands of a foreign state ».

(56) « It is well established that the privilege protects against real dangers, not remote and speculative possibilities » : *Zicarelli v. Investigation Commission*, 406 U.S. 472, 478 (1972) (en l'espèce, la question posée au témoin, membre de la mafia, était « In what geographical area do you have Cosa Nostra responsibilities ? », mais ne visait que les activités sur le territoire du New Jersey — pour lesquelles le témoin s'était vu reconnaître une immunité de poursuites). — *Adde les obiter dicta* dans *United States v. Murdock*, 284 U.S. 141 (1931) et *Murphy v. Waterfront Commission*, 378 U.S. 52 (1964).

(57) En faveur de l'extension du privilège, v. *Mishima v. United States*, 507 F. Supp. 131 (D. Alaska 1981) ; *contra* : *United States v. (Under Seal)*, 794 F.2d 920 (4th Cir. 1986). La question est laissée ouverte, pour défaut de risque réel et substantiel de poursuites à l'étranger, dans *In re Tierney*, 465 F.2d 806 (5th Cir. 1972) et *In re Baird*, 668 F.2d 432 (8th Cir. 1982).

(58) J. Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 3^e éd., vol. VIII, Boston, 1940, § 2258 — avec, à la p. 337, une longue liste de dispositions pénales étrangères particulièrement surprenantes.

l'étranger, et qu'il serait inhumain d'aggraver en forçant le témoin à apporter des preuves contre lui-même ? Ou réside-t-elle dans la réflexion, plus étroite, que l'Etat ne doit pas abuser des règles procédurales pour forcer d'abord l'intéressé à fournir des renseignements à l'autorité judiciaire — par exemple dans le cadre, *a priori* désintéressé, d'un procès civil — et se servir ensuite de son témoignage en vue de le poursuivre pénalement ? Si la règle ne sert qu'à empêcher ce double jeu des autorités judiciaires et à protéger ainsi l'intégrité du système judiciaire, elle n'a pas à s'appliquer lorsque l'Etat du for n'a aucun intérêt à obtenir des preuves à l'encontre du témoin, qui n'est délinquant qu'à l'égard d'un Etat tiers (59).

Cette deuxième attitude repose, nous semble-t-il, sur des considérations bien abstraites. Le juge doit rester attentif aux conséquences concrètes des mesures qu'il prend, même lorsqu'elles seront le fait des autorités d'un Etat tiers (60). Et si le droit interne met à sa disposition un instrument qui lui permet de prendre en considération le risque couru par le témoin, cet instrument pourrait sans doute parfois servir à protéger le témoin au cas où il existe un danger réel et substantiel de poursuites à l'étranger (61).

86. La situation du témoin forcé de donner des renseignements auto-incriminateurs est inconfortable et mérite le cas échéant quelque ménagement. Mais ce n'est pas sa situation qui nous intéresse principalement ; ce qui nous intéresse est, au contraire, la situation du témoin ou du dépositaire de documents que l'exécution même de la mesure d'instruction ordonnée au for contraindrait à violer les lois de son pays. Le témoin peut-il se dispenser de l'exécution, illégale au regard de la loi locale, de la mesure d'instruction ? Nous examinerons successivement les deux attitudes possibles à l'égard de cette situation.

§ 2. — La solution traditionnelle : respect des prohibitions de la loi locale

87. Il sera sans doute rassurant de constater, à partir de quelques exemples, que le respect des prohibitions de la loi locale constitue toujours, y compris en matière d'obtention de renseignements de l'étranger, l'attitude naturelle des tribunaux — ou même du législateur — de pays européens (la France et l'Angleterre) ou nord-

(59) En ce dernier sens, cf. l'édition révisée (par J. McNaughton) de l'ouvrage de Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. VIII, Boston/Toronto, 1961, § 2258. — Une raison que l'on ajoute parfois pour rejeter l'extension du privilège à l'auto-incrimination au regard d'un droit étranger est que cette extension ferait perdre aux autorités américaines toute possibilité d'obtenir le témoignage, puisque la possibilité, qui leur est ouverte dans les situations internes, de garantir au témoin une immunité de poursuites ne leur est pas ouverte ici : cf. McCormick, *op. cit.*, p. 448-449.

(60) cf. le *dictum* de la *Court of Appeal* anglaise cité ci-dessus, note 55.

(61) Pour l'hypothèse (rejetée, en l'espèce, comme étant purement spéculative) de l'enlèvement du témoin par des agents d'un gouvernement étranger, v. *Environmental Tectonics v. W.S. Kirkpatrick, Inc.*, 847 F.2d 1052, 1065 (3rd Cir. 1982). Le fait même qu'un tribunal ait pu l'envisager n'est peut-être pas dépourvu de signification : le problème, bien que marginal, correspond à une pratique réelle et « déplorable » (Crim. 4 juin 1964, *Argoud*, J.C.P. 1964. II. 13806 et J.D.I. 1965. 98, rapport Comte ; comp. les références *infra*, n° 125, note 92).

américains (le Canada) ; le principal trait distinctif de la pratique que nous aurons l'occasion d'explorer à présent est d'ailleurs le souci très concret de la souveraineté étrangère qui s'y manifeste.

A. — LA PRATIQUE FRANÇAISE

88. L'arrêt *Syndicat général de la Compagnie des Wagons-lits* du Conseil d'Etat (62) a, on le sait, décidé que « la circonstance qu'une entreprise employant en France plus de cinquante salariés a son siège social à l'étranger ne saurait la faire échapper à l'application de la législation sur les comités d'entreprises » — mettant ainsi à charge des organes de direction de la société, établis à Bruxelles, l'obligation d'instituer, « dans toute la mesure du possible », la participation d'un comité d'entreprise aux activités de l'employeur. « Dans toute la mesure du possible » : la réserve est intéressante, et le Conseil d'Etat a d'ailleurs pris soin de relever que le comité d'entreprise devait être à même d'exercer l'ensemble de ses attributions légales, « à la seule exception de celles qui seraient incompatibles avec la présence à l'étranger du siège social » (63). Une difficulté de cet ordre a été suggérée immédiatement par Francescakis dans son commentaire de l'arrêt : que décider « si la loi étrangère du siège de la société prohibe la communication de certains documents » au comité d'entreprise ainsi créée en France ? (64)

Un arrêt plus récent de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation, intervenu dans le contentieux opposant la société Air Afrique à son comité d'entreprise français, apporte une réponse au moins indirecte à la question. La Cour casse un arrêt de condamnation pour non-information et non-consultation du comité d'entreprise, en faisant grief à l'arrêt de ne pas avoir constaté l'existence de tous les éléments constitutifs de l'infraction ; mais elle le fait en des termes qui laissent entendre que si les juges du fond ont négligé de caractériser l'élément matériel de l'infraction, ils en ont cependant exactement défini l'élément légal :

« Attendu que, pour retenir l'infraction à la charge de Delafosse, la Cour d'appel se borne à énoncer que ledit article [l'article 432-4 d), 2° alinéa du Code du travail] prévoit la communication, au comité d'une entreprise exerçant son activité en France, d'un certain nombre de documents et informations qu'elle énumère ; que ce texte doit pouvoir s'appliquer, sous réserve du respect de la souveraineté nationale étrangère et des adaptations nécessaires, aux sociétés multinationales ayant une succursale en France ; que, dès lors, c'est à tort que les premiers juges ont écarté la prévention ;

(62) C.E., Ass., 29 juin 1974, R. 1974. 344, concl. Questiaux ; J.D.I. 1975. 538, note Simon-Depitre ; Ancel et Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 2° éd., 1992, n° 54.

(63) On a fait observer que c'est dans cette mesure — affectation des organes sociaux établis à l'étranger — que l'arrêt du Conseil d'Etat donne à la réglementation française un effet extraterritorial : J.-M. Jacquet, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », J.D.I. 1985. 327, n° 47. C'est de là aussi que vient la potentialité de conflit avec une loi étrangère.

(64) Ph. Francescakis, « Lois d'application immédiate et droit du travail », R. 1974. 273, 289.

Mais attendu qu'en statuant ainsi, sans aucunement s'expliquer sur l'existence, en l'espèce, de l'élément matériel de l'infraction retenue, la Cour d'appel a méconnu les principes ci-dessus rappelés et n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur la légalité de la décision » (65).

Comme le note le commentateur de l'arrêt (66), « la réserve émise crée le doute sur le principe même d'une condamnation de l'employeur pour défaut d'information du comité de la succursale française, en cas de mauvais vouloir de l'Etat étranger » — et c'est précisément en cela, serait-on tenté d'ajouter, que peut consister le respect de la souveraineté étrangère.

89. Le même souci de la souveraineté de l'Etat étranger concerné se retrouve dans la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants (67). L'article 5 de la loi crée un service administratif, que l'article 14, alinéa 2 habilite à obtenir communication, auprès des organismes financiers, des documents que ceux-ci sont tenus d'établir pour retracer les opérations importantes ou « inhabituelles » de leur clientèle. Pour tenir compte du caractère international des activités criminelles visées, l'alinéa 3 étend indirectement le champ d'application territorial des obligations ainsi imposées à certains organismes étrangers contrôlés par des organismes financiers français, mais il le fait de façon prudente :

« L'organisme financier doit s'assurer que les obligations définies par l'alinéa précédent sont appliquées par ses succursales ou sociétés filiales dont le siège est à l'étranger, à moins que la législation locale y fasse obstacle, auquel cas il en informe le service institué à l'article 5 ».

Cette disposition législative spéciale n'est manifestement que l'expression d'un principe plus général, appelé dans l'affaire *Air Afrique* : la portée extraterritoriale de la loi française doit trouver sa limite dans le conflit avec les prescriptions de la loi locale. Une solution différente porterait atteinte non seulement à la « souveraineté nationale étrangère » mais encore aux intérêts légitimes du particulier soumis à la souveraineté étrangère. Ces principes peuvent fournir une règle générale de solution des conflits de ce type (68).

(65) Crim. 28 février 1986, J.D.I. 1986. 992, 2^e espèce, note P. Rodière.

(66) P. Rodière, note précitée, p. 1005.

(67) J.O. du 14 juillet 1990.

(68) Ainsi en matière de production forcée de pièces dans un procès civil, puisque la force majeure constitue dans tous les cas un « motif légitime » de non-production (cf. G. Couchez, « Production forcée de pièces », *Jurisl. Procédure civile*, fasc. 623, n° 30). Ou en matière de saisie-arrêt : un arrêt de la Cour de cassation (Com. 30 mai 1985, R. 1986. 329, note Batiffol ; v. aussi la critique de l'arrêt par F. Ameli, *La saisie-arrêt en droit international privé*, thèse Paris-I, 1990, n° 417) a donné un effet extraterritorial aux voies d'exécution françaises en jugeant que la déclaration affirmative d'une saisie-arrêt pratiquée contre une banque, tiers saisi, en France doit inclure les sommes déposées par le saisi dans une succursale étrangère de celle-ci ; l'affaire concernait plus particulièrement l'agence à Lausanne d'une banque française ; on a donc pu se demander « si la solution intervenue ne mettrait pas en cause le secret bancaire imposé aux banques exerçant leur activité en Suisse ». Faut-il dans ce cas tenir compte de la loi de police étrangère ? (H. Batiffol, note précit., p. 333) Il le semble bien !

B. — LA PRATIQUE ANGLAISE ET CANADIENNE

90. Il y a, en la matière, la jurisprudence anglaise des temps de guerre et la jurisprudence anglaise des temps de paix. Les décisions de la première guerre mondiale surtout doivent être consultées avec prudence ; elles concernent les effets, sur les ordres de production de documents (*discovery*) émanant de la juridiction anglaise des prises, d'une loi de blocage suédoise. La Suède neutre, apparemment engagée dans un fructueux commerce avec l'Allemagne, avait édicté une loi qui interdisait aux ressortissants suédois de coopérer de quelque manière que ce fût aux efforts de contrôle, par une puissance étrangère, des importations ou exportations suédoises : cette loi avait pour effet (sans doute voulu) de rendre difficile, en cas de prise d'un navire suédois par la marine anglaise, la détermination de l'ultime destination des marchandises transportées — et donc leur condamnation comme contrebande de guerre. La question posée aux juridictions anglaises était donc celle-ci : un Suédois peut-il s'opposer à la condamnation de ses marchandises tout en refusant de produire les documents — détenus en Suède — qui en établissent la destination, en faisant valoir que la législation de son pays lui interdit cette production sans l'autorisation (systématiquement refusée) du gouvernement suédois ? Les juges anglais ne l'ont pas admis.

Le Conseil privé, juridiction d'appel en matière de prises, a certes considéré le dilemme dans lequel se trouve le demandeur suédois (69), mais il ne s'est pas laissé apitoyer : si anomalie il y a, elle n'est pas due au juge anglais, mais au législateur suédois (70).

Pour justifier cette position, les magistrats anglais ont fait appel au principe — ou plutôt au mythe — selon lequel le droit appliqué par les juridictions anglaises des prises n'est pas le droit anglais, mais le droit international public lui-même (71). Elles en ont déduit soit que la juridiction des prises elle-même était une « juridiction internationale » dont le fonctionnement devait rester à l'abri de l'intervention d'un législateur interne, fût-il suédois (72), soit au moins que l'application du droit international par le juge anglais ne pouvait être affectée par l'intervention d'un souverain étranger (73). Ce n'est pas là une explication convaincante. Il faut chercher ailleurs ; en fait, il semble bien que les demandeurs suédois aient eu, dans ces affaires, la charge de la preuve de la destination innocente de leurs

(69) *The Baron Stjernblad* [1918] A.C. 173, 178-179, P.C. : « He is in a dilemma. Either he must act in contempt of the order of the Prize Court and so lose his case, which may be a perfectly good one, or he must prove his case to the Prize Court, and in so doing incur penalties under his own municipal law ».

(70) *The Baron Stjernblad*, précit., p. 179 ; *The Kronprinzessin Victoria* [1919] A.C. 261, 268, P.C.

(71) cf. L. Oppenheim, *International Law*, 7^e éd. par H. Lauterpacht, vol. II, Londres/New York/Toronto, 1952, p. 870-871 ; comp., sur les origines historiques de cette conception, N.S. Marsh, « Lord Stowell : A New Assessment » (1988) 37 I.C.L.Q. 668, 673.

(72) *The Kronprinzessin Victoria*, précit., p. 268.

(73) *The Consul Corfitzon* [1917] A.C. 550, 555-556, P.C.

marchandises (74). Dès lors cette jurisprudence se justifie parfaitement : de même que le demandeur ne peut se dispenser de rapporter une preuve en invoquant la destruction fortuite des pièces justificatives, de même il ne peut utilement invoquer le fait du prince étranger — qui est un cas de force majeure comme les autres. Ce raisonnement explique également une décision intervenue en 1944 au détriment d'un Suédois qui sollicitait l'extension de la validité d'un brevet anglais ; sa demande fut rejetée puisqu'il n'était pas en mesure d'établir les circonstances de fait qui auraient pu démontrer le bienfondé de ses prétentions : une loi de blocage suédoise lui interdisait la communication de renseignements sur l'exploitation de son brevet à l'étranger (75).

91. Un ordre anglais de *discovery* de documents ne peut en revanche aboutir — des décisions plus récentes le confirment — à contraindre une partie ou un tiers à accomplir des actes en violation des lois locales. Dans l'affaire *Grossman* (76), l'administration fiscale anglaise avait demandé aux juridictions de l'île de Man — qui, sans constituer un Etat souverain, bénéficie cependant d'un statut particulier — d'ordonner à une succursale locale de la Barclays Bank de produire certains documents relatifs au compte numéroté d'un Anglais soupçonné de fraude fiscale. Elle avait essuyé un refus net. Mais, comme l'établissement bancaire n'était que la succursale d'une banque ayant son siège à Londres, l'administration s'adressa à la *High Court* anglaise — et obtint, en première instance, une injonction ordonnant à la Barclays Bank de veiller à la production des documents demandés. La décision de première instance a été réformée par la *Court of Appeal* : tout en reconnaissant que les juridictions anglaises sont compétentes pour émettre pareille injonction, et que l'intérêt public justifiait, en l'espèce, une levée du secret bancaire, la Cour a estimé qu'il ne lui appartenait pas de se mettre en conflit avec le droit et les tribunaux de l'île de Man (77).

Un arrêt de la Chambre des Lords a relevé, de même, qu'une partie à un procès civil ne pouvait légitimement demander à la partie adverse de produire des pièces détenues par des filiales étrangères de celle-ci, surtout si la législation du siège social des filiales interdisait la communication des documents (78), et un jugement de première instance a rappelé, dans ce contexte, le principe selon lequel un Etat peut adresser des ordres à ses nationaux établis à l'étranger — mais à condition de respecter les prohibitions éventuelles de la loi locale (79).

(74) cf. *The Baron Stjernblad*, précit., p. 178 ; *The Kronprinzessin Victoria*, précit., p. 268 ; adde, d'une manière plus générale sur la charge de la preuve en matière de prises, *Oppenheim/Lauterpacht*, op. cit., p. 871 ; *The Hellig Olav* [1919] A.C. 526, 531, P.C.

(75) « *If an applicant is the subject of a foreign State and is precluded by his municipal law from giving the necessary information to the court, that is his misfortune* » : *In re Von Kantzow's Patent* [1944] 1 Ch. 318, 321.

(76) *R. v. Grossman* (1981) 73 Crim. App. R. 302, C.A.

(77) Le jugement de Lord Denning (p. 308) précise : « *That is a conflict which we must always avoid* ». — Une décision irlandaise (*Chemical Bank v. McCormack* [1983] I.L.R.M. 350) s'est, au moins incidemment, ralliée à cette solution.

(78) *Lonrho Ltd. v. Shell Petroleum Co.* [1980] 1 W.L.R. 627, 634, per Lord Diplock.

(79) *Mackinnon v. Donaldson, Lufkin and Jenrette Corp.* [1986] 1 Ch. 482, 496.

92. Les juridictions canadiennes semblent partager cette attitude. Peut-il être ordonné à une banque canadienne de produire tous documents relatifs aux comptes d'un particulier — y compris ceux entretenus auprès de la succursale de la banque à Panama, pays dont la législation interdit la divulgation de renseignements couverts par le secret bancaire ? La Cour d'appel de l'Ontario motive son refus par une analogie qui nous intéressera particulièrement :

« An Ontario Court would not order a person here to break our laws ; we should not make an order that would require someone to compel another person in that person's jurisdiction to break the laws of that state. We respect those laws. The principle is well recognized. By analogy see *Ralli Bros. v. Compania Naviera Sota y Aznar*, [1920] 2 K.B. 287 (C.A.) » (80).

La référence au précédent anglais *Ralli* (81), intervenu en matière contractuelle, est à la fois significative et entièrement justifiée ; elle ne fait que souligner l'unité du problème qui se pose, et qui appelle la même réponse en matière non contractuelle : il n'appartient pas au juge du for de contraindre le débiteur d'une obligation, quelle qu'elle soit, à exécuter celle-ci au mépris des interdictions de la loi locale (82). L'examen de jurisprudence qui précède l'a confirmé non seulement en ce qui concerne la France, mais encore en ce qui concerne deux pays (l'Angleterre et la province de l'Ontario) représentant la tradition de *common law*. C'est là une tradition que partagent, en principe, les Etats-Unis d'Amérique ; pourtant, comme nous le verrons, la solution actuellement adoptée sur ce point par la jurisprudence américaine diffère fondamentalement des solutions qui restent admises ailleurs (83).

§ 3. — La solution de la jurisprudence américaine :

« balance des intérêts en cause »

93. L'attitude des juridictions américaines à l'égard des lois étrangères restreignant la communication de renseignements n'est certainement pas à l'abri de la critique ; des réactions, notamment diplomatiques, viennent périodiquement le rappeler. Il serait cependant excessif de rejeter sommairement cette jurisprudence comme n'étant que l'expression d'un chauvinisme juridique de ses auteurs. Elle mérite analyse. Il est possible, et utile, de retracer les sources du conflit de

(80) *Frischke v. Royal Bank of Canada* (1977) 80 D.L.R.(3d) 393, 403.

(81) *Supra*, n° 38.

(82) Une question différente, plus complexe, est celle de savoir si un banquier étranger interrogé sur le territoire du for peut invoquer sa législation nationale, qu'il prétend extraterritoriale, sur le secret bancaire : cf. *infra*, n° 174.

(83) On peut toutefois noter, en jurisprudence canadienne, une décision qui a cru pouvoir se rallier à la jurisprudence américaine ci-après présentée : *Comaplex Resources International Ltd. v. Schaffhauser Kantonalbank* (1990) 42 C.P.C.(2d) 230 ; émanant d'un *master* chargé de la mise en état de la procédure, elle ne paraît pas avoir été suivie en cela par le jugement rendu ultérieurement dans la même affaire : [1991] O.J. No. 1643 ; le juge y indique, *in fine*, qu'il convient d'admettre le principe que « *Swiss confidentiality and bank secrecy laws should be respected on principles of international comity* ».

souverainetés auquel elle a donné lieu, de relever son historique, de confronter la théorie et la pratique de la « balance des intérêts » qu'elle préconise et de s'interroger sur la possibilité d'atténuer les conflits qui en résultent.

A. — LES SOURCES D'UN CONFLIT DE SOUVERAINETÉS

94. Il ne peut y avoir conflit avec les prohibitions de la loi locale que si les tribunaux (ou le cas échéant les autorités administratives) du for se considèrent comme habilités à formuler des ordres de production « extraterritoriaux » de documents situés à l'étranger. La jurisprudence américaine affirme, avec force, l'existence de ce pouvoir. Elle l'affirme d'une part à l'égard des parties aux litiges civils ; cette affirmation se conçoit parfaitement, même en ce qui concerne le défendeur — à condition que la compétence internationale du tribunal à son égard soit vraiment établie. La pratique américaine étend, d'autre part, aux simples témoins ou détenteurs de documents, même étrangers, l'ensemble des procédures de production forcées de pièces prévues par la législation américaine, que ce soit en matière civile, pénale ou fiscale (84).

C'est surtout en ce qui concerne les tiers que se posera fréquemment une question sérieuse de compétence internationale. Le juge ou l'administration fiscale américaine peuvent-ils, par exemple, adresser un ordre de production de pièces directement à un établissement bancaire suisse, allemand ou panaméen ? L'obstacle n'a jamais été réellement dissuasif dans la mesure où presque chaque société multinationale, et presque chaque établissement bancaire étranger sont représentés, d'une manière ou d'une autre, aux Etats-Unis : les tribunaux estiment dès lors — et cette jurisprudence a été sévèrement critiquée (85) — qu'un ordre de *discovery* de documents détenus à l'étranger peut valablement être notifié à l'établissement principal d'une banque américaine pour atteindre une succursale étrangère (86) ; à une succursale américaine d'une banque étrangère pour atteindre l'établissement

(84) Pour une description de ces procédures dans leurs aspects internationaux, v. d'une manière générale R. Stürmer, « Die Gerichte und Behörden der U.S.A. und die Beweisaufnahme in Deutschland », ZVglRWiss 1982, 159 ; plus particulièrement sur la *discovery* civile, v. P. Thieffry, « Quelques aspects comparés de la procédure civile en France et aux Etats-Unis », Rev. int. dr. comp. 1984, 783, 794 et s. ; sur le procédé du *subpoena* en matière criminelle, v. A. Connick/W. Roth, « Subpoenas of Overseas Bank Records », 9 N.Y. L. Sch. J. Int'l & Comp. L. 131 (1988) ; sur les procédures administratives et judiciaires en matière fiscale, v. P. Levine, *La lutte contre l'évasion fiscale de caractère international en l'absence et en présence de conventions internationales*, 1988, p. 144 et s.

(85) V. not. F.A. Mann, « The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years », R.C.A.D.I. 1984-III, 9, 47-66. — Pour un aperçu de la pratique américaine, cf. American Law Institute, *Restatement, Third, Foreign Relations Law of the United States*, vol. I, St. Paul, 1987, § 414, p. 279-280 et § 442.

(86) *First National City Bank of New York v. Internal Revenue Service*, 271 F.2d 616 (2d Cir. 1959) et *Application of Chase Manhattan Bank*, 297 F.2d 611 (2d Cir. 1962) (succursales panaméennes) ; *United States v. First National City Bank*, 396 F.2d 897 (2d Cir. 1968) (succursale allemande) ; *United States v. First National Bank of Chicago*, 699 F.2d 341 (7th Cir. 1983) (succursale grecque).

principal, ou une autre succursale, situés à l'étranger (87) ; ou même — en levant hardiment le voile de la personnalité juridique distincte des différentes sociétés concernées — à la société-mère américaine pour atteindre une filiale constituée à l'étranger (88). Si cette dernière solution peut encore s'expliquer (sinon se justifier) par la considération que la filiale est contrôlée par sa société-mère américaine, il en va différemment du point culminant de cette jurisprudence résolument pragmatique : un ordre de production peut être notifié à la filiale américaine pour atteindre la société-mère étrangère, car cette société est « présente » sur le territoire américain à travers sa filiale (89). Dès lors que la « présence », ainsi entendue, sur le territoire américain est considérée comme un critère suffisant de compétence internationale, il sera facile d'atteindre par un ordre de *discovery* une banque étrangère ou une société multinationale ayant son principal établissement à l'étranger.

95. Les méthodes internes de *discovery* ne sont pas seulement étendues, sur le fondement de critères de compétence parfois fort ténus, aux procédures internationales ; elles sont encore préférées, en pratique, au recours à l'entraide internationale. Les Etats-Unis sont partie à la Convention de la Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale et à des traités bilatéraux d'entraide judiciaire, notamment en matière pénale ; et même en dehors de l'application de ces conventions internationales, la pratique des commissions rogatoires internationales est parfaitement connue du droit américain (90). Pourquoi, dès lors, avoir recours à des procédés unilatéraux, porteurs de conflits, de préférence à l'entraide internationale ?

Il y a, à cette question, deux réponses. Dans certains cas, semble-t-il, le recours aux procédures d'entraide internationale serait possible, mais le recours aux procédures de droit commun — plus familières aux plaideurs en matière civile et aux autorités de poursuite en matière pénale — est en fait préféré comme étant *plus commode* (91). En procédure civile, la Cour Suprême des Etats-Unis a décidé que

(87) *In re Grand Jury 81-2*, 550 F. Supp. 24 (W.D. Mich. 1982) (une notification à la succursale new-yorkaise atteint l'établissement principal allemand de la Deutsche Bank) ; *In re Grand Jury Proceedings, United States v. Bank of Nova Scotia*, 691 F.2d 1384 (11th Cir. 1982) et *In re Grand Jury Proceedings Bank of Nova Scotia*, 740 F.2d 1384 (11th Cir. 1984) (banque canadienne possédant des succursales, outre aux Etats-Unis, aux Bahamas et aux Iles Caïman).

(88) *In re Investigation of World Arrangements with Relation to the Production, Transportation, Refining & Distribution of Petroleum*, 13 F.R.D. 280, 285 (D. D.C. 1952) ; *In re Uranium Antitrust Litigation*, 480 F. Supp. 1138, 1144 (N.D. Ill. 1979).

(89) *S.E.C. v. Banca Della Svizzera Italiana*, 92 F.R.D. 111 (S.D.N.Y. 1981) : « *Jurisdiction over BSI exists by virtue of BSI's doing business here. There is evidence in the record that BSI operates in New York at 44 Wall Street through a subsidiary corporation* » (p. 112).

(90) v. *Restatement, Third, Foreign Relations Law of the United States*, précit., § 473 et p. 557 note 1.

(91) Comp. A. Connick/W. Roth, *op. cit.*, p. 138-139 ; J. Harman, « *United States Money Laundering Laws : International Implications* », 9 N.Y. L. Sch. J. Int'l & Comp. L. 1, 26 (1988) : « *[letters rogatory] are, however, regarded by federal prosecutors as too time consuming, and, therefore, are used only as a last resort* ». V. aussi *In re Grand Jury Proceedings, United States v. Bank of Nova Scotia*, 691 F.2d 1384, 1391 (11th Cir. 1982) : « *the judicial assistance procedure does not afford due deference to the United States' interests* ».

l'application de la Convention de La Haye de 1970 est souhaitable, certes, mais non impérativement prescrite au juge américain — une décision d'autant plus remarquable qu'il y avait précisément, en l'espèce, conflit avec une loi de blocage étrangère (92).

La mise en oeuvre des procédés unilatéraux d'obtention de preuves est plus compréhensible lorsque le recours à l'entraide serait effectivement inutile. Tel est le cas parfois en matière pénale, très fréquemment en matière administrative ou fiscale et — situation particulièrement regrettable — souvent en matière civile ou commerciale : l'article 23 de la Convention de La Haye de 1970 permet en effet à chaque Etat contractant de « déclarer qu'il n'exécute pas les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure connue dans les Etats du *Common Law* sous le nom "*pre-trial discovery of documents*" » ; c'est une réserve faite par de très nombreux Etats contractants — et qui est de nature à gêner considérablement l'instruction normale des procès américains, dont fait partie cette forme de recherche de preuves par les parties en vue de la préparation de l'audience (93).

Retenons donc, comme première cause du conflit, du côté américain la ferme volonté d'utilisation extraterritoriale des procédés internes de *discovery*, sur la base de critères de compétence internationale qui sont loin d'être universellement reconnus, lorsque le recours à l'entraide internationale est impossible ou même simplement considéré comme incommode.

96. La deuxième cause du conflit est évidemment l'existence dans un certain nombre de pays étrangers de dispositions légales interdisant d'une manière ou d'une autre la communication de renseignements aux autorités américaines qui les réclament. Ces dispositions, nous l'avons vu (94), peuvent être des dispositions très générales relatives au secret professionnel ou d'affaires — ou alors relever de la catégorie plus spécifique des « lois de blocage ». Les juridictions américaines ont été confrontées aux deux catégories de dispositions prohibitives.

Le secret professionnel (plus particulièrement le secret bancaire) a été une source de conflits non seulement parce que le respect de la confidentialité des

(92) *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court*, 482 U.S. 522 (1987) ; traduction française à la R. 1988. 559, note Dyer (conflit avec la loi française du 16 juillet 1980). Les gouvernements français, allemand, suisse et britannique étaient intervenus devant la Cour en faveur de la solution contraire : v. les mémoires in 25 ILL.M. 1519-1567 (1986). — La Cour Suprême a de même attribué un caractère facultatif au recours à la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale : *Volkswagenwerk A.G. v. Schlunk*, 486 U.S. 694 (1988). Sur les réactions provoquées, au sein de la Conférence de La Haye, par les deux décisions de la Cour Suprême, v. P. Volken, « Haager Konferenz für internationale Privatrecht », ASDI 1989. 153, 165-172, 175-176.

(93) Comp. L. Collins, « The Hague Evidence Convention and Discovery: A Serious Misunderstanding ? » (1986) 35 I.C.L.Q. 765 ; R. Beckmann, « Das Haager Beweisübereinkommen und seine Bedeutung für die Pre-Trial-Discovery », IPRax 1990. 201. — Un certain nombre d'Etats contractants, dont le Royaume-Uni et plus récemment la France, ont formulé des réserves plus limitées, spécifiquement dirigées contre un abus de la procédure de *pre-trial discovery* : l'« expédition de pêche » tous azimuts (« *fishing inquiry* ») : cf. *Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.* [1978] A.C. 547, 562, per Lord Denning M.R.).

(94) cf. *supra*, n° 82.

informations confiées aux banquiers ne correspond guère aux traditions les mieux ancrées du droit américain (95) ; l'exploitation astucieuse, par certains, du secret bancaire étranger en vue de la dissimulation du produit d'infractions a elle aussi pu contribuer, en particulier au cours des années 1970 et 1980, au durcissement des positions américaines (96).

Les lois de blocage, quant à elles, constituent pour l'essentiel un phénomène spécifique des relations entre les Etats-Unis et certains autres pays occidentaux. Très brièvement résumé (97), l'historique de ces lois — qui commence immédiatement après la seconde guerre mondiale — correspond à l'affirmation progressive par les tribunaux américains, en matière de droit de la concurrence, d'une compétence internationale perçue comme exorbitante à l'étranger. La première série importante de lois de blocage a été dirigée contre les enquêtes menées aux Etats-Unis sur les pratiques anticoncurrentielles des « conférences maritimes » internationales au cours des années 1960 ; de même, les enquêtes et procès américains autour du « cartel de l'uranium » ont donné lieu à la promulgation de textes restrictifs en Australie, au Canada et Afrique du Sud au milieu des années 1970 ; d'autres textes suivront ; ainsi, en 1980, un *Protection of Trading Interests Act* à l'esprit très systématique est voté par le Parlement britannique, et le Parlement français adopte la loi du 16 juillet 1980.

La loi française n° 80-538 du 16 juillet 1980 « relative à la communication de documents et de renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes étrangères » (98) a pour objet d'étendre considérablement le champ

(95) Un arrêt de la Cour Suprême dans une affaire de droit interne — *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976) — a relevé, à propos de documents confiés à une banque et saisis dans le cadre d'une procédure pénale : « *we perceive no legitimate "expectation of privacy" in their contents* » (p. 442). — Comp., sur l'intervention ultérieure du législateur fédéral, D. Newcomb, « United States Litigation and Foreign Bank Secrecy : The Origins of Conflict », 9 N.Y. L. Sch. J. Int'l & Comp. L. 47, 52-53 (1988).

(96) « *United States courts evidently accord less respect to the interests of states in being "secrecy havens" than to the interests of states in their underlying economic activity* » : *Restatement, Third* précité, § 442, p. 364.

(97) Le texte des principales lois de blocage est reproduit in A.V. Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction, An Annotated Collection of Legal Materials*, Cambridge, 1983, p. 79 et s. — Adde l'aperçu historique au *Restatement, Third*, précité, § 442, p. 357-359 ainsi que J. Atwood/K.Brewster, *Antitrust and American Business Abroad*, 2^e éd., vol. I, Colorado Springs, 1981, § 417 ; J.-G. Castel, « The Extraterritorial Effects of Antitrust Laws », R.C.A.D.I. 1983-II. 9, 79-92 ; E. Schaeffer, « De la recherche et de l'obtention de preuves à l'étranger en matière de droit civil et d'affaires — coopération et anti-coopération », Rev. jur. pol. 1985. 644 ; V. Ranouil, « Les lois de blocage », D.P.C.I. 1986. 513 ; P. Levine, *op. cit.*, p. 181 et s. — Sur le *Protection of Trading Interests Act 1980* anglais, v. A.V. Lowe, « Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act, 1980 », 75 A.J.I.L. 257 (1981) ; A. Lowenfeld, « Sovereignty, Jurisdiction, and Reasonableness: A Reply to A.V. Lowe », 75 A.J.I.L. 629 (1981) ; M.A. Blythe, « The Extraterritorial Impact of the Anti-trust Laws: Protecting British Trading Interests », 31 Am. J. Comp. L. 99 (1983) ; L. Collins, « Lois de blocage ou de rétorsion : l'expérience du Royaume-Uni », D.P.C.I. 1986. 597. — Sur la loi française du 16 juillet 1980, v. les références citées *infra*, note 98.

(98) J.O. du 17 juillet 1980. — Sur cette loi, v. M. Névoit, « La communication de renseignements économiques à l'étranger », R. 1981. 421 ; A. Carnelutti/F. Delon, « Les Etats face aux effets extraterritoriaux du droit de la concurrence des Etats-Unis d'Amérique — l'exemple de la France », Rev. fr. dr. aér. 1982. 15 ; D. Berlin, « La loi française n° 80-358 du 16 juillet 1980 », D.P.C.I. 1986. 563 ; en

d'application d'une loi de blocage antérieure, votée en 1968 pour contrarier les investigations américaines sur les pratiques des conférences d'armateurs (99). Elle y insère notamment un article 1^{er} bis ainsi rédigé :

« Art. 1^{er} bis. — Sous réserve des traités ou accords internationaux et des lois et règlements en vigueur, il est interdit à toute personne de demander, de rechercher ou de communiquer, par écrit, oralement ou sous toute autre forme, des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci ».

Le but poursuivi par les auteurs de cette loi et ouvertement proclamé au cours des travaux préparatoires était d'une part de permettre aux entreprises françaises, objets d'une procédure américaine de *discovery*, d'invoquer une « excuse légale de non-production » et de « freiner la prolifération des actions » et, d'autre part, de « porter les conflits juridictionnels au niveau des Etats ». On espérait ainsi pouvoir défendre la conception française de la souveraineté nationale en matière économique : « Le commerce international doit bien évidemment respecter un minimum de règles tendant à restreindre les ententes et les monopoles de certaines entreprises, mais il convient également d'éviter que certains pays n'utilisent cette volonté à leur profit au nom d'un protectionnisme ou d'un esprit de domination que la France ne peut admettre » (100).

Il n'est pas étonnant que les lois de blocage aient inspiré peu de sympathie aux juridictions américaines dont elles entendent contrecarrer les efforts. Elles font partie du contexte dans lequel ces juridictions ont été amenées à restreindre progressivement, dans ce domaine précis, le respect traditionnellement accordé aux lois étrangères et aux intérêts des personnes privées se trouvant aux prises avec des obligations contradictoires.

B. — LA GENÈSE DES SOLUTIONS ACTUELLES

97. Jusqu'en 1968, il existait aux Etats-Unis un fort courant jurisprudentiel qui adoptait tout naturellement, à propos du conflit avec une loi locale interdisant la communication des renseignements demandés, des solutions classiques et en parfaite harmonie avec les solutions admises ailleurs. Pour apprécier, par exemple, si et sous quelles conditions il peut ordonner à une partie de produire, pour les besoins d'une enquête administrative américaine, des documents situés au Mexique,

doctrine américaine, B. Herzog, « The 1980 French Law on Documents and Information », 75 A.J.I.L. 382 (1981) ; B. Toms, « The French Response to the Extraterritorial Application of United States Antitrust Laws », 15 Int'l Law. 585 (1981).

(99) Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements à des autorités étrangères dans le domaine du commerce maritime : J.O. du 27 juillet 1968.

(100) Intervention de M. Alain Mayoud, rapporteur : J.O. déb., A.N., 2^e séance du 24 juin 1980, p. 2231 et s. — *Adde* le Rapport de M. Mayoud, au nom de la commission de la production, Doc. n° 1814 A.N., 2^e session ord. de 1979-1980.

le juge se référera au principe de droit international privé, affirmé par le premier *Restatement* des conflits de lois, selon lequel « un Etat peut exercer sa compétence à travers ses juridictions et enjoindre à une partie relevant de la compétence du tribunal d'accomplir un acte dans un autre Etat, à condition que cet acte ne soit pas contraire aux lois de l'Etat sur le territoire duquel il doit être exécuté » ; il en déduira que les documents ne devront (être déplacés qu'avec l'autorisation de l'administration mexicaine compétente (101). Le même principe, parfois plus clairement rattaché au respect dû à la souveraineté étrangère, a été réaffirmé, sans difficultés, dans plusieurs affaires au cours des années 1950 et 1960 — y compris lorsqu'il s'agissait d'investigations en matière de concurrence (102).

Trois décisions rendues par la Cour d'appel pour le Second Circuit à quelques années d'intervalle démontrent le respect accordé, à l'époque, aux obligations professionnelles des banques étrangères, fussent-elles des succursales de banques américaines : un ordre de production de documents situés au Panama n'est justifié que parce qu'il n'est pas prouvé que les lois panaméennes en interdisent l'exécution (103) ; il appartient aux seules juridictions canadiennes de dégager la portée exacte d'une norme prohibitive locale, ce qui impose — malgré l'urgence — le recours à l'entraide judiciaire internationale, afin d'éviter tout risque de conflit avec les lois canadiennes (104) ; une loi de blocage panaméenne votée au cours de l'instance pendante devant un tribunal américain, et interdisant aux établissements bancaires la production de documents pour les besoins d'une procédure étrangère, constitue un obstacle absolu à l'exécution d'un ordre de production américain — malgré le faible montant de l'amende sanctionnant la violation de la loi panaméenne : cent balboas, l'équivalent de cent dollars (105). La conclusion de ce dernier arrêt mérite d'être citée ; elle caractérise une attitude judiciaire que l'on cherche en vain dans la plupart des prises de position plus récentes :

« The Government, as well as other litigants, has a real interest in civil and criminal cases in obtaining evidence wherever located. However, we also have an obligation to respect the laws of other sovereign states even though they may differ in economic and legal philosophy from our own » (106).

98. Parmi les facteurs (d'ordre strictement juridique) qui ont donné lieu au changement d'attitude des juges américains, il y a lieu de citer d'abord un arrêt rendu par la Cour Suprême en 1958 ; l'arrêt est en lui-même relativement favorable

(101) *Securities and Exchange Commission v. Minas de Artemisa, S.A.*, 150 F.2d 215, 217-218 (9th Cir. 1945), citant le *Restatement of the Law, Conflict of Laws* (American Law Institute, St. Paul, 1934), § 94.

(102) *In re Investigation of World Arrangements with Relation to the Production, Transportation, Refining and Distribution of Petroleum*, 13 F.R.D. 280 (D.D.C. 1952) ; *United States v. General Electric Co.*, 115 F. Supp. 835, 878 (D.N.J. 1953) ; *Federal Maritime Commission v. DeSmedt*, 268 F. Supp. 972 (S.D.N.Y. 1967).

(103) *First National City Bank of New York v. Internal Revenue Service*, 271 F.2d 616 (2d Cir. 1959).

(104) *Ings v. Ferguson*, 282 F.2d 149 (2d Cir. 1960), qui se réfère aux « *fundamental principles of international comity* » (p. 152).

(105) *Application of Chase Manhattan Bank*, 297 F.2d 611 (2d Cir. 1962).

(106) p. 613.

au ressortissant étranger invoquant les prohibitions de sa loi nationale ; mais, par son approche souple de la question, il a pu servir de référence, des années plus tard, aux tribunaux qui ont souhaité s'affranchir du respect trop absolu des lois étrangères gênant l'instruction des procès américains. Il s'agit de l'affaire *Société Internationale pour Participations Industrielles et Commerciales S.A. (Interhandel)*, qui opposait cette société suisse depuis 1948 à l'administration américaine chargée du séquestre des biens ennemis — et que la Suisse a d'ailleurs tenté, sans succès, de porter devant la Cour Internationale de Justice sans attendre l'issue définitive du long procès américain (107).

La Société Internationale était propriétaire d'avoirs très substantiels saisis aux Etats-Unis entre 1942 et 1946 comme biens ennemis : le gouvernement américain considérait que la société, fondée à Bâle en 1928 sous la dénomination « I.G. Chemie » par la société allemande I.G. Farben et un banquier suisse, était soumise en fait au contrôle d'intérêts allemands. Plus particulièrement, le gouvernement reprochait à la société d'avoir conspiré avec I.G. Farben et la banque suisse H. Sturzenegger & C^{ie} en vue de dissimuler le contrôle par I.G. Farben de ses avoirs américains.

Toutes ces allégations sont rejetées par la société, qui saisit la justice américaine afin de voir reconnaître son caractère non-ennemi et d'obtenir la restitution de ses biens. Chacune des parties demande au tribunal de condamner l'autre à produire des milliers de documents. Il est fait droit à ces demandes ; la Société en particulier est condamnée à produire des documents détenus en Suisse par la Banque Sturzenegger : les relations entre la demanderesse et le banquier Sturzenegger sont si étroites qu'il semble bien que des pièces détenues par celui-ci sont de ce fait également à la disposition de la demanderesse, laquelle doit s'efforcer de bonne foi de collaborer à l'instruction du procès (108).

Le 15 juin 1950 cependant, les autorités fédérales suisses, qui ont été informées de l'ordre de production américain, interdisent dans l'exercice de leur « pouvoir de police préventif » à la Banque de s'y conformer : il y a risque de violation du secret bancaire et de la législation sur l'espionnage économique. La Société Internationale fait dès lors plaider devant le tribunal américain qu'il lui est interdit en Suisse, partant impossible, de produire les documents demandés. Elle a produit des dizaines de milliers d'autres documents ; une enquête ordonnée par le tribunal a confirmé que l'intervention des autorités suisses n'a pas été provoquée par la société demanderesse. Ces arguments n'impressionnent pas le tribunal ; il relève que le secret bancaire n'est, en droit américain, pas reconnu comme juste cause de non-

(107) C.I.J., *affaire de l'Interhandel*, arrêt du 21 mars 1958 (exceptions préliminaires), Rec., p. 3 (irrecevabilité pour non-épuisement des voies de recours internes). Sur cet aspect de l'affaire, v. G. Perrin, « L'affaire de l'Interhandel », ASDI 1958. 39 et « L'affaire de l'Interhandel ; phase des exceptions préliminaires », ASDI 1959. 73. — L'historique de l'affaire, au-delà de l'arrêt de la Cour Suprême et de celui de la C.I.J., est retracé par W. Kolvenbach, « Die Behandlung des feindlichen Privatvermögens in den USA », *Festschrift Ernst C. Stiefel*, Munich, 1987, p. 413, 434-438 : une transaction a été conclue entre la société et le gouvernement américain en octobre 1963, et les avoirs litigieux ont été vendus en 1965 pour un prix global de 329 millions de dollars.

(108) *Société Internationale ... v. Clark*, 9 F.R.D. 263 (D.D.C. 1949).

production. Quelles doivent être les conséquences du refus de la partie demanderesse, qui invoque ses lois nationales, de produire des documents dont l'importance est décisive ? Le tribunal décide que la sanction de ce refus ne peut être que le rejet pur et simple de la demande. Le jugement reconnaît bien que la demanderesse n'est pas personnellement responsable de la non-production des pièces ; elle n'a pas commis d'acte illicite (*de contempt of court*) par son refus ; mais les lois suisses et l'intervention du gouvernement suisse ne doivent pas la mettre dans une situation plus favorable qu'un autre demandeur qui porte son action devant les juridictions américaines. Le tribunal ne manque pas de relever l'analogie de la situation dont il est saisi avec la jurisprudence des juridictions anglaises confrontées, en temps de guerre, aux lois de blocage suédoises (109).

Le raisonnement de la décision de première instance (110) est approuvé par la Cour d'Appel, qui impartit cependant à la Société un délai supplémentaire de six mois pour produire les documents demandés (111), puis, à l'expiration de ce délai, confirme le rejet de la demande (112).

En même temps que le gouvernement suisse porte l'affaire devant la Cour Internationale de Justice, la Société Internationale se pourvoit devant la Cour Suprême des Etats-Unis, en reprochant aux juges de première instance et d'appel d'avoir violé son droit constitutionnel à un procès équitable. La Cour Suprême estime que le seul fait qu'une loi étrangère restreint la communication de documents détenus par une partie ne peut faire obstacle à un ordre de production en matière de biens ennemis ; admettre le contraire encouragerait la dissimulation de l'identité du propriétaire d'avoirs étrangers aux Etats-Unis par l'interposition de personnes étrangères tenues au secret par leur législation nationale. Comme la Société Internationale est bien placée pour tenter d'amener les autorités suisses à reconsidérer leur position, c'est à juste titre qu'elle a été condamnée à faire, de bonne foi, son possible afin de pouvoir obtenir la levée du secret (113). Mais s'arrêter là — comme l'ont fait le tribunal et la Cour d'appel — méconnaîtrait effectivement les droits constitutionnels de la demanderesse. Le risque de poursuites pénales à l'étranger constitue un élément de poids, dont il faut incontestablement tenir compte (114). La demanderesse a fait des efforts de bonne foi pour produire les documents demandés ; le consentement du gouvernement suisse et de clients de la Banque Sturzenegger a été sollicité et en partie obtenu ; 190.000 documents ont été produits. Dans ces circonstances, le rejet de la demande n'est pas justifié. Une sanction plus nuancée s'impose. La Société Internationale ne doit pas être punie

(109) cf. *supra*, n° 90.

(110) *Société Internationale ... v. McGranery*, 111 F. Supp. 435 (D.D.C. 1953).

(111) *Société Internationale ... v. Brownell*, 225 F.2d 532 (D.C. Cir. 1955). L'arrêt estime qu'il n'est que justice que le risque du défaut de pièces à conviction essentielles incombe en l'espèce à la demanderesse, qui pourra le cas échéant se retourner contre son gouvernement national (p. 542).

(112) *Société Internationale ... v. Brownell*, 243 F.2d 254 (D.C. Cir. 1957).

(113) *Société Internationale ... v. Rogers*, 357 U.S. 197, 205 (1958).

(114) « *It is hardly debatable that fear of criminal prosecution constitutes a weighty excuse for nonproduction, and this excuse is not weakened because the laws preventing compliance are those of a foreign sovereign* » (p. 211).

pour l'impossibilité de production des documents restants ; cependant, comme c'est à elle qu'incombe en définitive la charge de la preuve de son caractère non-ennemi (115), elle ne doit pas en profiter non plus. S'il subsiste une incertitude sur certains éléments de fait que l'absence des documents demandés ne permet pas d'élucider, ce doute peut se résoudre en faveur du gouvernement défendeur : il appartiendra au tribunal de l'apprécier.

L'affaire *Société Internationale* appelle, objectivement, le même commentaire que les affaires anglaises en matière de prises maritimes et de lois de blocage suédoises (116) : il n'y a rien d'anormal à ce qu'une partie qui a la charge de la preuve subisse le risque de se trouver dans l'impossibilité de dissiper les doutes que l'absence de certaines pièces fait naître sur le bienfondé de sa demande. Le droit constitutionnel américain, tel que l'interprète la Cour Suprême dans son arrêt, a le mérite de limiter dans la mesure du possible les inconvénients de cette solution.

Ce n'est pas là, cependant, la seule leçon que l'on peut tirer de l'arrêt. Plus tard, lorsqu'il s'est agi de justifier — dans des contextes très différents — un durcissement de la position américaine à l'égard des lois étrangères prohibant la communication de documents, l'arrêt *Société Internationale* sera invoqué afin de démontrer que ces lois sont loin de constituer un obstacle absolu à un ordre de production. Nous y reviendrons.

99. L'arrêt *Société Internationale* ne concernait que l'aspect individuel du conflit entre un ordre de production de documents et une norme prohibitive étrangère : le dilemme du débiteur d'obligations contradictoires. Le respect dû à la souveraineté de l'Etat étranger — suisse en l'espèce — n'avait pas été invoqué devant la Cour Suprême (117). Sur ce point aussi, une évolution aura lieu ; elle sera d'abord doctrinale. En 1965, l'*American Law Institute* publie un *Restatement* du droit des relations extérieures des Etats-Unis, élaboré pour l'essentiel en 1962 (118). Rappelons qu'en 1962, la Cour d'appel pour le Second Circuit considérait qu'une loi de blocage panaméenne prévoyant des sanctions pénales purement symboliques devait être considérée comme expression de la souveraineté étrangère et donc comme obstacle absolu à l'exécution de l'ordre américain de discovery (119) ; l'originalité de l'apport doctrinal des sections 39 et 40 du *Restatement* en deviendra plus évidente. Ces textes sont rédigés d'une manière générale et abstraite. La section 39 énonce que le conflit avec la loi d'un Etat étranger ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'exercice de la compétence internationale de l'Etat du for ; la section 40 invite, au nom du droit international public, les deux Etats à « modérer » l'exercice de leur compétence respective en prenant en considération, « de bonne

foi », une liste — non limitative — de cinq facteurs. Ces facteurs tiennent à la fois aux intérêts publics et aux intérêts privés en cause ; aucun n'est considéré comme ayant une importance privilégiée — y compris le fait que l'acte à accomplir doit avoir lieu sur le territoire même de l'Etat qui l'interdit :

« § 39. Inconsistent Requirements Do Not Affect Jurisdiction

(1) A state having jurisdiction to prescribe or to enforce a rule of law is not precluded from exercising its jurisdiction solely because such exercise requires a person to engage in conduct subjecting him to liability under the law of another state having jurisdiction with respect to that conduct.

(2) Factors to be considered in minimizing conflicts arising from the application of the rule stated in Subsection (1) with respect to enforcement jurisdiction are stated in § 40.

§ 40. Limitations on Exercise of Enforcement Jurisdiction

Where two states have jurisdiction to prescribe and enforce rules of law and the rules they may prescribe require inconsistent conduct upon the part of a person, each state is required by international law to consider, in good faith, moderating the exercise of its enforcement jurisdiction, in the light of such factors as

(a) vital national interests of each of the states,

(b) the extent and the nature of the hardship that inconsistent enforcement actions would impose upon the person,

(c) the extent to which the required conduct is to take place in the territory of the other state,

(d) the nationality of the person, and

(e) the extent to which enforcement by action of either state can reasonably be expected to achieve compliance with the rule prescribed by that state ».

Les commentaires et notes dont est accompagné l'énoncé de ces règles ne se réfèrent à aucun précédent démontrant que l'approche préconisée est celle du juge américain, ou du juge international (120) ; les sections 39 et 40 avaient clairement, en 1965, un caractère *de lege ferenda*. En fait, une source d'inspiration particulièrement importante paraît avoir été le droit international privé : les auteurs du *Restatement* relèvent que l'évolution récente du droit américain des conflits de lois va dans le sens de la souplesse dans l'appréciation des intérêts — gouvernementaux ou privés — en cause, et estiment qu'il existe « clairement » un parallèle entre les questions de droit international privé et le droit des relations internationales, justifiant une identité de solutions (121). L'analyse systématique des conflits de lois (de droit privé) en termes d'intérêts gouvernementaux constitue un apport, considéré comme « révolutionnaire » à l'époque, de la doctrine et

(115) p. 212 ; comp. *Draeger Shipping Co. v. Crowley*, 55 F. Supp. 906, 912 (S.D.N.Y. 1944).

(116) *Supra*, n° 90.

(117) V. en ce sens l'analyse détaillée des mémoires échangés dans l'affaire *Société Internationale*, contenue dans le mémoire du gouvernement britannique, intervenant devant la Cour Suprême dans l'affaire *Aérospatiale* (citée *supra*, n° 95 et note 92 ; *infra*, n° 100), 25 I.L.M. 1557, 1561-1562 (1986) (p. 8, note 9 du mémoire britannique).

(118) *Restatement, Second, Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul, 1965 (la première série de *Restatements* ne contenait pas d'ouvrage consacré à la question).

(119) *Application of Chase Manhattan Bank*, 297 F.2d 611 (2d Cir. 1962), cité *supra*, n° 97.

(120) comp. S. Metzger, « The Restatement of the Foreign Relations Law of the United States : Bases and Conflicts of Jurisdiction », 41 N.Y.U.L. Rev. 7, 19 (1966).

(121) *Restatement, Second* précité, p. 120, qui se réfère aux travaux préparatoires, alors en cours, du *Restatement, Second, Conflict of Laws* (St. Paul, 1971) : la section 53 de ce dernier abandonnera le principe du respect absolu des prohibitions de la loi du lieu d'exécution d'une injonction judiciaire, consacré par le *Restatement* des conflits de lois de 1934 (section 94, citée *supra*, n° 97) — et se réfère à son tour aux sections 39 et 40 du *Restatement* du droit des relations extérieures de 1965.

jurisprudence américaine de droit international privé (122) ; encore faut-il observer que l'analyse des conflits de lois en conflits de souverainetés n'était pas une idée inédite. L'approche du *Restatement* — résoudre les conflits de souverainetés par des critères de conflits de lois — constitue quant à elle une idée plus particulière, qui a été diversement appréciée (123).

Le *Restatement* a eu le grand attrait pratique, en tout cas, de formuler d'une manière en apparence claire une solution qui accorde au juge un pouvoir discrétionnaire presque illimité. Sa section 40 a été l'instrument de choix de justification d'une attitude plus impatiente du juge américain à l'égard des lois étrangères interdisant aux parties de donner suite aux ordres de *discovery*.

100. En 1968, dans l'affaire *United States v. First National City Bank* (124), la Cour d'appel pour le Second Circuit applique pour la première fois les critères du *Restatement* pour apprécier les suites à réserver à un ordre de production de pièces se heurtant au secret bancaire étranger. L'ordre n'a pas été adressé à une partie au procès, mais à un tiers : une banque américaine qui entretient une succursale en Allemagne fédérale. La Cour constate que le droit allemand ne prévoit certes pas de sanctions pénales pour la violation du secret bancaire, mais elle accepte de prendre en considération les lourdes sanctions administratives et civiles que la banque risque d'encourir : « il n'est pas trop difficile d'éprouver de la sympathie pour une partie ou un témoin sujets à la compétence de deux souverains et confrontés à des commandements contradictoires ». Mais ces considérations ne sont pas déterminantes ; il convient d'avoir égard également, selon les critères du *Restatement*, aux besoins de la procédure américaine en cours. Celle-ci est une procédure criminelle pour violation de la législation *antitrust*, « pierre angulaire de la politique économique de cette nation, mise en oeuvre avec fermeté et fréquemment interprétée par notre Cour Suprême » : la nécessité de la poursuivre l'emporte donc sur les intérêts publics allemands (qui ne peuvent être trop importants, puisque le droit allemand s'est abstenu de faire de la méconnaissance du secret bancaire une infraction pénale) et le risque de sanction éventuellement couru par la banque — risque dont la Cour pense qu'il n'est pas certain qu'il se réalisera. Et, après tout, c'est la banque qui, par l'implantation de ses établissements, s'est mise dans une situation qui l'expose à des obligations contradictoires : c'est elle aussi qui doit en subir les conséquences (125).

(122) Sur cette évolution du droit international privé américain, v. le point de vue du principal rédacteur du second *Restatement* des conflits de lois, W. Reese, « Discussion of Major Areas of Choice of Law », R.C.A.D.I. 1964-I. 311 et « General Course on Private International Law », R.C.A.D.I. 1976-II. 1.

(123) Pour une brillante défense et illustration de l'approche du *Restatement*, v. A. Lowenfeld, « Public Law in the International Arena : Conflict of Laws, International Law, and some Suggestions for their Interaction », R.C.A.D.I. 1979-III. 311 ; comp. H. Maier, « Extraterritorial Jurisdiction at a Crossroads : An Intersection between Public and Private International Law », 76 A.J.I.L. 280 (1982) ; pour un point de vue plus critique, v. F.A. Mann, « The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years », R.C.A.D.I. 1984-III. 9, 30-31 (« calamitous »).

(124) 396 F.2d 897 (2d Cir. 1968).

(125) La Cour fait référence (p. 905) à « the need to "surrender to one sovereign or the other the privileges received therefrom" or, alternatively, a willingness to accept the consequences ».

Depuis lors — nous le verrons en examinant en détail la pratique jurisprudentielle — la souveraineté étrangère, de même que les intérêts des personnes privées impliquées, n'est plus une considération déterminante. Le deuxième arrêt rendu en la matière par la Cour Suprême des Etats-Unis (en 1987, trente ans après l'arrêt *Société Internationale*) le confirme bien : il s'agissait de savoir, dans un procès en responsabilité civile du fait d'un produit défectueux, si une société française (la SNIAS) pouvait se voir ordonner directement par un tribunal américain de produire des pièces, ou si le recours à l'entraide judiciaire internationale s'imposait. La Cour déclare que le recours à l'entraide internationale n'est que facultatif (126) — et que la loi de blocage française du 16 juillet 1980, invoquée par la SNIAS, n'a à cet égard aucune influence déterminante. Elle fait en effet observer, en passant (127), qu'il est « bien établi » que pareilles lois de blocage ne privent pas les juridictions américaines de leur pouvoir d'ordonner la production de documents, fût-ce en violation de ces lois ; elle ajoute — en se référant aux travaux de l'*American Law Institute* — que la décision du juge doit se faire en prenant en considération, dans chaque cas, la valeur respective des intérêts étatiques en cause.

Si la Cour Suprême a pu considérer en 1987 l'approche développée par le *Restatement* comme trop évidente pour être plus amplement justifiée, c'est qu'elle avait entretemps été adoptée, dans de très nombreuses affaires, par les juridictions inférieures. C'est dans cette jurisprudence que se retrouve, dans sa réalité concrète, la pratique de la « balance des intérêts ».

C. — LA PRATIQUE DE LA BALANCE DES INTÉRÊTS

101. L'examen de la jurisprudence (128) permet de dégager un certain nombre de lignes directrices.

(126) *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court*, 482 U.S. 522 (1987) ; cf. *supra*, n° 95. L'arrêt réforme cependant la décision de la Cour d'appel, qui avait estimé que l'application de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 ne pouvait en l'espèce même pas être envisagée. — Sur l'arrêt *Aérospatiale*, adde D. Gerber, « International Discovery After Aérospatiale : The Quest for an Analytical Framework », 82 A.J.I.L. 521 (1988).

(127) Dans une (longue) note en bas de page : p. 544, note 29.

(128) Sur cette jurisprudence, v. outre les ouvrages cités *supra*, n°s 94 et s., I. Onkelinx, « Conflict of International Jurisdiction : Ordering the Production of Documents in Violation of the Law of the Situs », 64 Nw. U. L. Rev. 487 (1969) ; Note, « Discovery of Documents Located Abroad in U.S. Antitrust Litigation », 14 Va. J. Int'l L. 747 (1974) ; Note, « Foreign Nondisclosure Laws and Domestic Discovery Orders in Antitrust Litigation », 88 Yale L.J. 612 (1979) ; Note, « Antitrust : Effect of Foreign Disclosure Limitation on Discovery in United States Courts », 22 Harv. Int'l L.J. 177 (1981) ; C. Cira, « The Challenge of Foreign Laws to Block American Antitrust Actions », 18 Stan. J. Int'l L. 247 (1982) ; P. Batista, « Confronting Foreign "Blocking" Legislation : A Guide to Securing Disclosure from Non-resident Parties to American Litigation », 17 Int'l Law. 61 (1983) (article de praticien, d'autant plus intéressant qu'il est *effrontément* pragmatique : « This article examines foreign concealment legislation from the standpoint of the litigant for whom it is essential to pursue the most effective and efficient means of obtaining disclosure from a party invoking foreign law ») ; W. Haseltine, « International Regulation of Securities Markets : Interaction between United States and Foreign Laws » (1987) 36

La première de celles-ci est une distinction, fort subtile, entre deux étapes de la procédure de *discovery* : l'étape du prononcé de l'ordre de production de pièces (*order stage*) et l'étape, ultérieure, du prononcé éventuel des sanctions pour violation de l'ordre de production (*sanctions stage*). S'inspirant de l'arrêt *Société Internationale* de la Cour Suprême, les juges ont tendance à considérer qu'alors même qu'il serait prouvé dès le départ que le prononcé d'un ordre de production se heurterait aux dispositions de la loi étrangère, cette circonstance ne doit pas affecter, à ce stade, leur décision : l'excuse tirée de la loi étrangère ne sera appréciée qu'ultérieurement, lorsque l'inexécution de l'ordre sera acquise et qu'il s'agira de déterminer les sanctions qui s'imposent (129). Ce serait à tort que l'on considérerait cette distinction entre deux étapes de la procédure comme un artifice ne tirant pas à conséquence ; son importance est fondamentale. En effet — deuxième ligne directrice de la jurisprudence, et deuxième leçon tirée de l'arrêt *Société Internationale* — il ne suffit pas que le destinataire de l'ordre de procuration attende l'expiration du délai fixé et se borne à opposer, à l'« étape des sanctions » cette fois-ci, l'obligation au secret que lui impose la loi étrangère : il faudra qu'il soit en mesure de prouver qu'il a accompli un « effort de bonne foi » (*good faith effort*) afin de surmonter l'obstacle (130). Le juge américain est exigeant. Il « tend à se mettre en position de négociation face à une personne étrangère qui résiste à une procédure de *discovery* » (131). Présument facilement — à tort ou à raison — qu'il existe d'excellentes relations entre une banque étrangère et ses clients ou entre une société multinationale et le gouvernement du pays où se trouve son principal établissement, il partira de l'idée que sous la menace de sanctions sévères, le destinataire de l'ordre

I.C.L.Q. 307 ; Note, « Court-ordered Violations of Foreign Bank Secrecy and Blocking Laws : Solving the Extraterritorial Dilemma » [1988] U. Ill. L. Rev. 563 ; et en doctrine européenne et canadienne : F.A. Mann, « On the American "Foreign Sovereign Compulsion" Defence » (1982) 31 I.C.L.Q. 199, et du même auteur « Staatliche Aufklärungsansprüche und Völkerrecht », *Festschrift Hermann Mosler*, Berlin/Heidelberg/New York, 1983, p. 528 et s. ; L. Cohen-Tanugi, « Les juridictions américaines face aux lois étrangères interdisant la communication de renseignements économiques », R. 1983. 213 ; J.-G. Castel, « Compelling Disclosure by a Non-Party Litigant in Violation of Foreign Bank Secrecy Laws » (1985) 23 Can. Y.B.I.L. 261 ; G. Kauffmann-Kohler, « Conflits en matière d'obtention de preuves à l'étranger », ASDI 1985. 110 ; A.D. Neale/M.L. Stephens, *International Business and National Jurisdiction*, Oxford, 1988, p. 188 et s. ; J.-M. Daunizeau, « La recherche d'informations par les autorités judiciaires étrangères », *Banque & Droit* 1992. 164.

(129) V. notamment *Arthur Andersen & Co. v. Finesilver*, 546 F.2d 338, 341 (10th Cir. 1976), qui reproche aux trois arrêts de la Cour d'appel pour le Second Circuit (cités *supra*, n° 97) qui s'étaient inclinés immédiatement devant la loi étrangère d'avoir, ce faisant, méconnu cette distinction fondamentale. Pour une approche plus nuancée, acceptant dès le premier stade de prendre en considération les prohibitions d'une loi étrangère, sans nécessairement leur accorder une importance déterminante, v. *Minpeco, S.A. v. Conticommodity Services, Inc.*, 116 F.R.D. 517, 521 (S.D.N.Y. 1987).

(130) La référence au *good faith effort* requis, présente dans presque chaque décision relative à la *discovery* internationale, n'est pas propre aux litiges internationaux : v. *United States v. Fleischman*, 339 U.S. 349 (1950), qui décide — du temps du maccarthysme — que même si un membre individuel d'un « comité antifasciste » (comité dont les activités font l'objet d'une investigation du *Committee on Un-American Activities* de la Chambre des Représentants) n'a pas le pouvoir de décider seul la production des documents demandés par la commission d'enquête, il lui appartient de faire, de bonne foi, son possible afin de vaincre les réticences des autres responsables.

(131) A. Carnelutti/F. Delon, *op. cit.* (*supra*, note 98), p. 29.

réussira à obtenir le consentement du client lui permettant de déroger au secret bancaire (132) ou l'autorisation administrative requise par une loi de blocage étrangère (133). En fait, sinon en droit, l'obligation ainsi imposée a tendance à devenir une obligation de résultat.

Les sanctions prévues sont de nature à encourager l'accomplissement de l'effort auquel s'attend le juge. Dans un procès purement civil, et à supposer que l'ordre de *discovery* s'adresse à une partie au litige, la sanction de son non-respect pourra être dans un cas extrême le rejet pur et simple des prétentions de cette partie : rejet de la demande s'il s'agit du demandeur ou accueil, sans autre instruction, de la demande s'il s'agit du défendeur (134) ; le plus souvent, le juge se bornera à tenir pour acquise la version des faits alléguée par la partie adverse sur des points que la carence du destinataire de l'ordre ne permet pas d'élucider. La possibilité de procéder ainsi à titre de sanction est indépendante de la répartition légale de la charge de la preuve (135). Lorsque l'ordre de production s'adresse à un tiers (ou alors, dans une procédure pénale ou fiscale, à l'inculpé ou au contribuable), ces sanctions relativement modérées ne sont pas envisageables. Le juge aura donc recours à l'éventail des sanctions quasi-pénales pour *contempt of court* : un exemple impressionnant de sanction pécuniaire prononcée dans ce contexte est l'astreinte infligée à la Bank of Nova Scotia — banque canadienne dont la succursale située aux Bahamas refusait de fournir des renseignements sur les comptes d'un client poursuivi aux Etats-Unis — et liquidée à 1.825.000 dollars (136) ; une astreinte de 50.000 dollars par jour a été prononcée afin de contraindre une société suisse à fournir des renseignements nonobstant la prohibition de l'article 273 du Code pénal

(132) On se rappellera que dans l'affaire *Société Internationale*, le consentement de la plupart des clients de la banque suisse concernée avait effectivement été obtenu. *Comp. S.E.C. v. Banca Della Svizzera Italiana*, 92 F.R.D. 111, 113 (S.D.N.Y. 1981), qui note avec satisfaction l'« effet catalytique » d'une audience lors de laquelle le juge avait annoncé son intention d'imposer des sanctions sévères si son ordre de *discovery* n'était pas respecté par la banque suisse : « *Apparently, the decision of the Court had a catalytic effect. A waiver of Swiss confidentiality was secured by the bank and reported to the Court.* » — Selon le conseil de certains, la banque peut le cas échéant encourager son client à consentir à la levée du secret bancaire, en le menaçant de débiter son compte du montant même de l'astreinte prononcée à l'encontre de la banque par le juge américain : A. Connick/W. Roth, *op. cit.* (*supra*, note 84), p. 141.

(133) *Comp. Société Internationale ... v. Rogers*, 357 U.S. 197, 205 (1958) : « *Petitioner is in a most advantageous position to plead with its own sovereign for relaxation of penal laws ... and indeed to that end it has already made significant progress.* » — La présomption est bien entendu particulièrement forte lorsque c'est un organisme étatique étranger qui est en cause : *In re Société Nationale Industrielle Aéronautique*, 782 F.2d 120, 127 (8th Cir. 1986), à propos de la loi de blocage française de 1980 — que le tribunal paraît mal interpréter en partant de l'idée qu'une dérogation administrative à l'interdiction de communication est possible (cf., pour la même interprétation, *Soletanche and Rodio v. Brown and Lambrecht*, 99 F.R.D. 269, 271 (N.D. Ill. 1983)). Au contraire, les auteurs de la loi avaient évité de prévoir cette possibilité, afin de renforcer l'interdiction et de voir dispenser les entreprises françaises du *good faith effort* normalement requis (cf. A. Carnelutti/F. Delon, *op. cit.*, p. 39).

(134) *United Nuclear Corp. v. General Atomic Co.*, 629 F.2d 231 (N.M. 1980) (jugement par défaut à l'encontre du défendeur récalcitrant).

(135) *General Atomic Co. v. Exxon Nuclear Co., Inc.*, 90 F.R.D. 290 (S.D. Cal. 1981) ; *comp. In re Oil Spill by the "Amoco Cadiz"*, 93 F.R.D. 840 (N.D. Ill. 1982).

(136) *In re Grand Jury Proceedings Bank of Nova Scotia*, 740 F.2d 817 (11th Cir. 1984).

suisse (137). La jurisprudence révèle encore que des dirigeants étrangers de banques étrangères se sont vu notifier, lors de séjours sur le territoire américain, des injonctions de révéler, sous peine d'emprisonnement pour *contempt of court*, des secrets qu'ils s'étaient vu confier dans l'exercice de leurs fonctions (138).

102. Lorsque le destinataire de l'ordre de *discovery* a fait, de bonne foi, mais en vain, un effort pour se voir délier des obligations que lui impose le droit étranger (ou lorsque la loi de blocage étrangère prévoit une interdiction absolue, non susceptible de dérogation administrative, de fournir les renseignements demandés), il ne sera pas pour autant nécessairement exonéré de sa responsabilité au regard du droit américain. Pas plus qu'à l'étape du prononcé de l'ordre, les lois étrangères ne constituent une excuse absolue au stade des sanctions (139). C'est ici, précisément, qu'intervient le plus nettement la balance des intérêts en cause.

Le juge appliquera la méthode proposée par le *Restatement*, c'est-à-dire qu'il procédera à une appréciation globale et synthétique de la valeur respective de l'intérêt que présente, pour les Etats-Unis, l'obtention des renseignements d'une part et des intérêts (étatiques et privés) étrangers d'autre part : les intérêts de l'Etat du for doivent ils, en l'espèce, céder devant la souveraineté étrangère (critère de la *comity*) ou devant la situation inextricable dans laquelle se trouve le destinataire de l'ordre (critère du *hardship*) ? Les juges ne l'admettent qu'exceptionnellement. La prédominance des intérêts américains n'est certes pas une règle de droit (140), mais elle constitue le plus souvent une réalité de fait.

Prédominance des intérêts américains sur les intérêts de l'Etat étranger d'abord : les suites réservées aux Etats-Unis aux efforts du législateur français, et notamment à la loi de blocage de 1980, l'illustrent parfaitement. En fait, cette loi a surtout été invoquée dans des litiges civils auxquels l'administration américaine n'était pas partie. L'intérêt public américain reste-t-il, dans ce cas, suffisamment caractérisé pour l'emporter sur les intérêts étatiques défendus par le législateur français ? La réponse de la jurisprudence américaine montre que si le juge cherche un fort intérêt public, il le trouve. Il peut même le trouver dans la Constitution des Etats-Unis : c'est ainsi qu'un tribunal a pu déduire du texte constitutionnel de 1787 donnant pouvoir au Congrès de légiférer en matière de brevets qu'un procès en

(137) *Matter of Marc Rich & Co., A.G.*, 707 F.2d 663 (2d Cir. 1983).

(138) *United States v. Field*, 532 F.2d 404 (5th Cir. 1976) ; *In re Sealed Case*, 825 F.2d 494 (D.C. Cir. 1987) ; comp. *United States v. Frank*, 494 F.2d 145, 156-157 (2d Cir. 1974) ; et à propos d'un membre du barreau des Bahamas : *In re Grand Jury Proceedings, United States v. Bowe*, 694 F.2d 1256 (11th Cir. 1982). Cette pratique est étonnante, mais elle appelle une analyse juridique qui diffère de celle qui peut s'appliquer lorsque des documents situés sur le territoire même de l'Etat étranger sont en cause : cf. *infra*, n° 174.

(139) cf. *Soletanche and Rodio v. Brown and Lambrecht*, 99 F.R.D. 269, 271 (N.D. Ill. 1983) : « *in the event that the French government denies the waiver request, we would still require plaintiff to supply the necessary information* ».

(140) Mais cf. *In re Uranium Antitrust Litigation*, 480 F. Supp. 1138 (N.D. Ill. 1979), jugement qui affirme qu'en présence d'un conflit de forts intérêts économiques en matière de concurrence, une « balance des intérêts » avec prise en considération des intérêts étrangers n'est pas possible (p. 1147) ; *contra* : *In re Westinghouse Electric Corporation Uranium Contracts Litigation*, 563 F.2d 992 (10th Cir. 1977).

contrefaçon de brevet « implique des intérêts américains d'importance Constitutionnelle » (141). Il a été jugé dans l'affaire du naufrage de l'*Amoco Cadiz* (au large des côtes françaises !) qu'il existait un fort intérêt fédéral en matière maritime ... au motif qu'historiquement, les juridictions fédérales y ont toujours bénéficié d'une compétence exclusive (142). A la vérité, et un jugement l'a décidé dans un simple litige commercial, il n'est pas nécessaire d'aller chercher si loin : les Etats-Unis ont *toujours* un intérêt substantiel à veiller à ce que les procès devant les juridictions américaines ne soient tranchés qu'après une *discovery* complète — toute autre solution avantagerait injustement les plaideurs français. A cet égard, le but poursuivi par le législateur français de 1980 apparaît aux tribunaux américains comme entièrement négligeable (143).

A plus forte raison, l'intérêt américain l'emportera s'il s'agit de l'application des lois *antitrust*, ou des lois pénales ou fiscales américaines. Il est très difficile aux juges de constater l'existence même d'un quelconque intérêt légitime poursuivi par les lois de blocage étrangères (144).

103. Ce qui vaut pour les intérêts étatiques étrangers vaut également — et c'est là l'aspect le plus regrettable de cette jurisprudence — pour les intérêts des personnes privées impliquées. Ceux-ci ne constituent pas un critère autonome d'appréciation : il n'est pas question de plaider la force majeure pour se soustraire à un ordre de *discovery* (145). Certes, les juges américains ont tendance à ne pas prendre au sérieux le risque couru par les entreprises étrangères invoquant certaines lois de blocage : ils savent, par exemple, que le but essentiel poursuivi par la loi française de 1980 n'est pas de punir des entreprises françaises (146). D'une manière générale, ils espèrent toujours que l'on ne punira pas ceux qui ont, par la communication de pièces détenues à l'étranger, collaboré à l'administration de la

(141) « *The present conflict implicates United States interests of a Constitutional magnitude* » : *Graco, Inc. v. Kremlin, Inc.*, 101 F.R.D. 503, 512 (N.D. Ill. 1984) ; comp. déjà, également en matière de brevets, *Soletanche and Rodio v. Brown and Lambrecht*, précit.

(142) *In re Oil Spill by the "Amoco Cadiz"* (N.D. Ill., 1^{er} avril 1980), p. 6.

(143) « *France's real interests ... are dwarfed by American interests in complete discovery* » : *Compagnie Française d'Assurance pour le Commerce Extérieur v. Phillips Petroleum Co.*, 105 F.R.D. 16, 30 (S.D.N.Y. 1984).

(144) Comment pourrait-il, à la vérité, en aller différemment lorsque le tribunal est amené à constater — *In re Uranium Antitrust Litigation*, précit., p. 1155 — que des lois de blocage ont été édictées « *for the express purpose of frustrating United States judicial inquiries into the activities of this cartel* » ?

(145) C'est sur ce point qu'apparaît le plus nettement le contraste avec la jurisprudence américaine en matière de droit de la concurrence : cf. *supra*, n° 75 et s.

(146) Selon le rapport Mayoud (*supra*, note 100), « il convient ... de ne pas se méprendre sur la portée réelle de ces sanctions ... ces sanctions ne s'appliqueront que dans l'hypothèse peu probable où les entreprises refuseraient d'utiliser les dispositions protectrices qui leur seront offertes. Dans tous les autres cas, ces sanctions potentielles assureront aux yeux des juges étrangers le fondement juridique de l'excuse légale dont les entreprises ne manqueront pas de se prévaloir » (p. 48). Le rapport Mayoud est cité, à l'appui d'un refus de prendre en considération la loi de 1980, p. ex. dans le jugement *Compagnie Française d'Assurance pour le Commerce Extérieur v. Phillips Petroleum Co.*, précit., p. 31. A en croire M. Batista (*op. cit.*, *supra* note 128, p. 65), « *any American party seeking an order to compel should consider attaching the [Mayoud] Report to the motion papers* » ...

justice aux Etats-Unis. Mais même un risque très réel de sanction ne les arrêtera guère. Si l'intérêt public américain l'emporte sur la souveraineté étrangère, il l'emportera aussi (*a fortiori* ?) sur les risques courus par une personne privée (147).

L'esprit de cette jurisprudence est fort bien résumé dans la conclusion d'un arrêt de la Cour d'appel pour le Cinquième Circuit. L'arrêt estime que le facteur le plus important de la « balance des intérêts » est la comparaison des intérêts étatiques en cause ; un Canadien, directeur d'une banque établie aux Iles Caïman, peut donc être contraint, dans un procès pour fraude fiscale intenté à un client de la banque, à fournir des renseignements nonobstant le secret bancaire auquel il s'estime tenu. La Cour ajoute :

« We regret that our decision requires Mr. Field to violate the legal commands of the Cayman Islands, his country of residence. In a world where commercial transactions are international in scope, conflicts are inevitable. Courts and legislatures should take every reasonable precaution to avoid placing individuals in the situation Mr. Field finds himself. Yet, this court simply cannot acquiesce in the proposition that United States criminal investigations must be thwarted whenever there is conflict with the interest of other states » (148).

104. Les affaires dans lesquelles les juges ont accepté de prendre en considération les intérêts de l'Etat étranger ou ceux de la personne privée en cause, et dans lesquelles ils ont renoncé à ordonner une mesure de *discovery* ou à prononcer des sanctions sont rares. Statistiquement, elles constituent presque une anomalie (149). Et encore faut-il avoir égard à la motivation des décisions. Lorsque le juge fonde sa décision sur le fait que les documents demandés ne sont pas vraiment indispensables à l'instruction du procès civil en cours, et qu'il en déduit

(147) Une formule typique : « In short, I am convinced that the United States' interest in enforcing its criminal laws outweighs any countervailing interests or hardships asserted by the bank » : *In re Grand Jury 81-2*, 550 F. Supp. 24, 29 (W.D. Mich. 1982).

(148) *United States v. Field*, précit., p. 410 ; l'arrêt *Field* concerne un témoin interrogé aux Etats-Unis, mais le passage est repris par l'arrêt *In re Grand Jury Proceedings, United States v. Bank of Nova Scotia*, 691 F.2d 1384, 1391 (11th Cir. 1982) qui ordonne à une banque canadienne de violer le secret bancaire, auquel est tenue sa succursale aux Bahamas, par la production de pièces y détenues.

(149) Parmi les décisions prononcées à partir de 1968 nous n'avons pu rencontrer que sept décisions plus ou moins favorables aux intérêts étrangers (citées *infra*, notes 150 à 153), mais plus de trente jugements et arrêts en sens inverse : cf. la jurisprudence citée *supra* ainsi que *American Industrial Contracting, Inc. v. Johns-Manville Corp.*, 326 F. Supp. 879 (W.D. Pa. 1971) ; *Ghana Supply Commission v. New England Power Co.*, 83 F.R.D. 586 (D. Mass. 1979) ; *United States v. Vetco Inc.*, 644 F.2d 1324 (9th Cir. 1981) ; *United States v. Toyota Motor Corp.*, 569 F. Supp. 1158 (C.D. Cal. 1983) ; *Lasky v. Continental Products Corp.*, 569 F. Supp. 1227 (E.D. Pa. 1983) ; *Garpeg, Ltd. v. United States*, 583 F. Supp. 789 (S.D.N.Y. 1984) ; *Vanguard International Manufacturing, Inc. v. United States*, 588 F. Supp. 1229 (S.D.N.Y. 1984) ; *United States v. Chase Manhattan Bank, N.A.*, 590 F. Supp. 1160 (S.D.N.Y. 1984) ; *Laker Airways Ltd. v. Pan American World Airways*, 103 F.R.D. 42 (D. D.C. 1984) ; *International Society for Krishna Consciousness, Inc. v. Lee*, 105 F.R.D. 435 (S.D.N.Y. 1984) ; *Remington Products Inc. v. North American Philips Corp.*, 107 F.R.D. 642 (D. Conn. 1985) ; *Lyons v. Bell Asbestos Mines, Ltd.*, 119 F.R.D. 384 (D.S.C. 1988) ; *Rich v. KIS California, Inc.*, 121 F.R.D. 254 (M.D.N.C. 1988) ; *Central Wesleyan College v. W.R. Grace & Co.*, 143 F.R.D. 628, 644-646 (D.S.C. 1992).

que l'intérêt américain ne prévaut pas sur l'intérêt étranger (150), une lecture *a contrario* est possible : si le tribunal avait considéré la production de ces documents comme nécessaire, il l'aurait ordonnée. L'exercice de « balance des intérêts en cause » se réduit, dans ce cas, à une simple constatation que l'Etat du for n'a pas d'intérêt suffisamment caractérisé à la violation de la loi étrangère. Qu'il s'abstienne, dans ces circonstances, de l'ordonner n'est pas un indice décisif de respect de la souveraineté étrangère.

Certaines décisions de cours d'appel fédérales sont, il est vrai, authentiquement favorables à une reconnaissance des effets d'une législation étrangère limitant la divulgation de documents. Deux de ces décisions concernent le secret bancaire étranger. La première se laisse guider par la considération (suffisamment inhabituelle, dans ce domaine précis de la jurisprudence américaine, pour être soulignée ici) que sanctionner le refus de produire les documents situés à l'étranger constituerait « une tentative, par un tribunal américain, de forcer un étranger à violer les lois d'un autre Etat souverain sur le propre territoire de celui-ci » (151). Il est vrai qu'en l'espèce, un employé de la banque étrangère résidant temporairement aux Etats-Unis pouvait fournir des renseignements équivalents par son témoignage : la Cour décide que cet individu n'est, quant à lui, pas autorisé à se retrancher derrière le secret bancaire étranger pour refuser de participer, sur le territoire américain, à une instruction criminelle.

Une autre décision — l'arrêt *United States v. First National Bank of Chicago* de la Cour d'appel pour le Septième Circuit, rendu en 1983 (152) — illustre une véritable renonciation à poursuivre un intérêt appréciable de l'Etat du for : intervenue en matière de conflit entre une investigation fiscale américaine et le secret bancaire grec, sévèrement sanctionné, elle applique les critères du *Restatement* et en vient à la conclusion que « bien que l'intérêt qu'ont les Etats-Unis au recouvrement de l'impôt importe à l'intégrité financière de la Nation, l'intérêt de la Grèce, servi par sa loi sur le secret bancaire, est lui aussi important ». La Cour estime que l'intérêt grec l'emporte — après avoir relevé, entre autres, que les sommes détenues en Grèce par le contribuable sont relativement faibles (l'arrêt invite-t-il à une lecture *a contrario* sur ce point ?) — : elle se bornera à exiger de la banque grecque de faire un effort de bonne foi pour obtenir, dans la mesure du possible, une autorisation administrative de déroger au secret bancaire.

La même Cour d'appel a décidé — dans un simple litige commercial, il est vrai — que la législation roumaine prohibant, sous peine de sanctions graves, la divulgation de « secrets d'Etat ou de service » pouvait être invoquée par une compagnie d'assurances étatique roumaine pour justifier son refus de fournir des

(150) *Trade Development Bank v. Continental Insurance Co.*, 469 F.2d 35 (2d Cir. 1972) ; *Banque de Financement v. First National Bank of Boston*, 568 F.2d 911 (2d Cir. 1977) ; *In re Westinghouse Electric Corporation Uranium Contracts Litigation*, 563 F.2d 992, 999 (10th Cir. 1977) ; *Minpeco, S.A. v. Conticommodity Services, Inc.*, 116 F.R.D. 517, 529-530 (S.D.N.Y. 1987).

(151) *In re Sealed Case*, 825 F.2d 494, 498 (D.C. Cir. 1987) ; les juges notent aussi : « we should say that it causes us considerable discomfort to think that a court of law should order a violation of law, particularly on the territory of the sovereign whose law is in question » (*ibid.*).

(152) 699 F.2d 341.

indications sur les contrats d'assurance conclus avec des entreprises américaines, anglaises et canadiennes. L'arrêt retient que ces indications ne sont pas demandées en vue de la manifestation de la vérité dans le cadre du procès, mais seulement en vue de l'identification de créances de la défenderesse, susceptibles de faire l'objet d'une saisie ultérieure ; il retient aussi que contrairement à une loi de blocage, la loi roumaine n'a pas pour but spécifique — et illégitime — de contrecarrer l'instruction d'un procès aux Etats-Unis : selon l'arrêt, ces éléments justifient, en l'espèce, le respect des prohibitions de la loi roumaine (153).

Ces arrêts restent des décisions isolées : le respect du secret imposé par la loi étrangère n'est pas l'attitude la plus caractéristique du juge américain. Comme le notent deux auteurs américains, dans un cas typique la tendance de la jurisprudence « indique clairement que la loi étrangère ne sera pas respectée » (154). Sur le plan doctrinal, la révision du *Restatement* du droit des relations étrangères entreprise par l'*American Law Institute* a abouti, en 1986, à l'adoption d'un troisième *Restatement* dont la section 442 résume la jurisprudence et fait siennes les solutions dégagées par celle-ci. Le *Restatement* encourage, il est vrai, le juge à s'abstenir de prononcer des sanctions sévères à l'encontre d'une partie de bonne foi qu'une loi étrangère empêche de communiquer des documents situés à l'étranger ; en fait la section est rédigée d'une manière si souple qu'elle permettra parfaitement, aux tribunaux qui s'en inspireront, de continuer à apprécier très librement les suites à réserver au moyen tiré des prohibitions locales (155).

D. — PALLIATIFS ET REMÈDES

105. La persistance du conflit de souverainetés, renouvelé à l'occasion de chacune des affaires auxquelles a pu et pourra donner lieu une procédure de *discovery* à prétentions extraterritoriales, est ressentie de tous les côtés comme d'autant plus regrettable qu'il oppose les Etats-Unis à des pays qui ne sont pas leurs ennemis. Des mesures ont été prises qui doivent permettre sinon, certes, d'y mettre fin, au moins d'en atténuer la gravité.

106. Une mesure unilatérale américaine d'abord : sans faire preuve d'un esprit plus conciliateur à l'égard de ce qu'elles considèrent comme des abus du secret bancaire étranger, les autorités américaines ont, au cours des dernières années, eu recours à une technique nouvelle. Comme la législation étrangère permettra en général à la banque de déroger au secret professionnel si son client y consent, il s'agit d'obtenir ce consentement. Persuader le client à autoriser la levée du secret constituera le but du *good faith effort* à accomplir par la banque étrangère si elle est

(153) *Reinsurance Company of America, Inc. v. Administratia Asigurarilor de Stat*, 902 F.2d 1275 (7th Cir. 1990).

(154) A. Connick/W. Roth, *op. cit.*, p. 132.

(155) *Restatement, Third* précit., p. 348 et s. — La Cour Suprême a pu se référer à ce texte dans l'affaire *Aérospatiale* (*supra*, n° 100) précisément pour en déduire que la loi française de 1980 ne faisait pas obstacle à un ordre de *discovery* extraterritorial.

elle-même l'objet de pressions de la part du tribunal américain. Mais si le client est vraiment récalcitrant ? Le client sera souvent un résident américain. Ne peut-on pas, dès lors, éviter le conflit avec le secret bancaire étranger en faisant porter la contrainte directement sur le principal concerné et en lui enjoignant de signer un document qui demande à ses banquiers de collaborer aux investigations ? Ces documents (*consent directives*), dont la jurisprudence révèle quelques échantillons, devront être signés sous peine de *contempt of court* — c'est-à-dire, dans les cas extrêmes, sous peine d'un emprisonnement prolongé jusqu'au jour où le document aura été signé (156). Un exemple, tiré d'un jugement de 1989 et destiné à s'appliquer au secret bancaire suisse (157), est celui-ci :

« I, AHMAD SHAMS, a resident of the State of California in the United States of America, do hereby direct any bank or trust company at which I may have a bank account of any kind or at which a corporation has a bank account of any kind upon which I am authorized to draw, and its officers, employees and agents, to disclose all information and deliver copies of all documents of every nature in your possession or control which relates to said bank account(s), and to give evidence relevant thereto, to the Yanagihara Grand Jury, impanelled June 13, 1988, and sitting in the Central District of California, or to any Assistant United States Attorney for the Central District of California, or to any Attorney of the United States Department of Justice assisting said Grand Jury in its investigation. This direction shall be construed to grant irrevocable authority for so doing.

I execute this direction by order of the United States District Court for the Central District of California, which order issued in connection with the aforesaid investigation, and is dated ____.

This direction is intended to apply to any law concerning any obligation of confidentiality of the Swiss Confederation, and to any implied contract of confidentiality which may be imposed by Swiss common law, and shall be construed as consent with respect to such laws as applied to any bank account(s) for which I may be a relevant principal ».

La validité du procédé a rapidement été reconnue par la Cour Suprême des Etats-Unis, qui a estimé qu'il n'est pas incompatible avec les exigences constitutionnelles d'un procès pénal équitable (158). L'arrêt de la Cour Suprême

(156) Pour un exemple, *v. In re Grand Jury Subpoena, Two Grand Jury Contemnors v. United States*, 826 F.2d 1166 (2d Cir. 1987).

(157) *In re Grand Jury Proceedings, Yanagihara Grand Jury*, 709 F. Supp. 192 (C.D. Cal. 1989), « Memorandum Order Compelling Respondent Ahmad Shams to Sign Consent Directive ».

(158) *Doe v. United States*, 487 U.S. 201 (1988). La Cour Suprême a notamment décidé que le recours à ce procédé ne méconnaissait pas la protection de l'inculpé contre l'auto-incrimination. — *Comp. United States v. Ghidoni*, 732 F.2d 814 (11th Cir. 1984) ; *United States v. Davis*, 767 F.2d 1025 (2d Cir. 1985) ; *In re Doe*, 860 F.2d 40 (2d Cir. 1988) (*consent directive* à signer par l'ancien Président des Philippines et par sa femme) ; mais pour le refus d'un tribunal américain de venir au secours d'une banque, destinataire d'un ordre de *discovery* extraterritorial, en enjoignant au client (étranger) de consentir à la levée du secret bancaire, *v. Garpeg, Ltd. v. United States*, 583 F. Supp. 789, 797-799 (S.D.N.Y. 1984) ; *Vanguard International Manufacturing, Inc. v. United States*, 588 F. Supp. 1229, 1234 (S.D.N.Y. 1984). — Les tribunaux anglais paraissent disposés à avoir recours à la même méthode d'obtention de renseignements ; cf. déjà un *obiter dictum* d'un juge de la *High Court* anglaise : *Arab Monetary Fund v. Hashim* (No. 3) [1991] 2 A.C. 114, 126 (« the court has jurisdiction over Dr. Hashim

laisse ouverte la question de la validité, au regard du droit étranger, du consentement ainsi obtenu et ne se prononce pas sur les suites à réserver à un éventuel conflit sur ce point. Le jugement de 1989 qui ordonne la signature de la *consent directive* ci-dessus reproduite relève, quant à lui, que le texte de ce document ne tend pas à induire en erreur les banquiers suisses sur le contexte dans lequel leur client a été amené à le signer : il leur appartiendra dès lors d'apprécier en toute indépendance si le consentement du client peut être considéré comme valablement obtenu. Il n'y a en cela, selon le tribunal, aucune violation du droit suisse (159).

107. Il n'en reste pas moins que le recours à la contrainte pour obtenir une renonciation aux droits conférés à l'intéressé par une loi étrangère ne constitue pas une solution parfaitement satisfaisante. Il constitue toujours une tentative de résoudre le problème à partir des Etats-Unis, et sans recours à la collaboration des autorités judiciaires étrangères.

Il semble cependant que du moins en matière pénale, l'entraide judiciaire internationale — dont les insuffisances apparentes ou réelles ont incontestablement contribué au développement d'une pratique américaine de plus en intransigeante — connaît une évolution encourageante. Les Etats-Unis ont signé des traités bilatéraux d'entraide destinés spécifiquement à pouvoir obtenir, dans des cas appropriés, la levée du secret professionnel ou d'affaires prévu par la législation de l'autre partie

to require him to supply the banks with a waiver in respect of any evidence which it considers may be necessary to enable justice to be done », à propos de comptes bancaires en Suisse) ; et v. surtout *Bank of Crete v. Koskotas* [1991] 2 Lloyd's Rep. 587, C.A., affaire dans laquelle un jugement de la *High Court* avait ordonné au défendeur de faire parvenir à son banquier suisse une lettre lui demandant de transmettre des copies de pièces aux avocats de la demanderesse (texte du projet de lettre à la p. 588) ; la *Court of Appeal*, tout en notant qu'il est incertain si le droit suisse permet à une banque de donner suite à des instructions de ses clients reçues dans ces circonstances (p. 590), décide que cela ne peut en lui-même empêcher le juge anglais d'ordonner la signature des instructions.

(159) 709 F. Supp., p. 196. — Quelle doit être la réaction du banquier étranger destinataire d'une *consent directive* ? La *Grand Court* des Iles Caïman a jugé que la signature de pareil document n'équivalait, eu égard à son caractère contraint et forcé, pas au consentement du client, requis par la législation locale : *In re ABC Ltd.*, 1984 C.I.L.R. 130 ; également *Attorney General v. Bank of Nova Scotia*, 1985 C.I.L.R. 418. On pourrait effectivement soutenir — première possibilité — qu'un consentement ordonné par l'autorité publique est *inexistant* ; mais c'est peut-être aller trop loin : en fait, le consentement du signataire d'une *consent directive* aura, normalement, bien été obtenu (il en irait le cas échéant autrement si le signataire précisait qu'il signe « *under protest* », comme souhaitaient pouvoir le faire les appelants dans *In re Grand Jury Subpoena, Two Grand Jury Contemnors v. United States*, précit.) ; simplement, il aura été obtenu sous la contrainte. *Coactus voluit, sed voluit*. Le consentement n'est pas inexistant ; est-il vicié ? Une référence à la *violence, vice du consentement* paraît s'imposer (cf. Soh Kee Bun, « Banking Secrecy and Taking Evidence Abroad », *Current Developments in International Banking and Corporate Financial Operations*, Singapour, 1989, p. 296, 304) ; elle ne résout pas la question, mais permet d'en démontrer la difficulté. Prenons le cas du droit français : la violence ne vicie le consentement que si elle est injuste et illicite — ce qui n'est pas le cas de l'emploi normal d'une voie de droit. Déterminer les effets d'une *consent directive* américaine en droit français reviendrait donc, le cas échéant, à apprécier la conformité à la conception française de l'Etat de droit d'un élément de la procédure pénale américaine reconnu par la Cour Suprême des Etats-Unis. La tâche est redoutable. — V., du point de vue du droit suisse, les observations nuancées de G. Stratenwerth, « Der behördlich erzwungene Verzicht auf das Bankgeheimnis » in *Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht*, Berne, 1987, p. 181 et s.

contractante ; il faut supposer que les deux parties à ces traités ont l'intention d'avoir recours au mécanisme conventionnel plutôt qu'à des mesures unilatérales (160). De même, les Etats européens qui ont introduit dans leur législation des infractions comme le « délit d'initiés » ou le blanchiment de fonds provenant du crime organisé ne l'ont pas tous fait pour des raisons de politique criminelle interne ; certains l'ont fait dans un but préventif — et parce que la double incrimination est une condition préalable de l'entraide internationale (161). L'une des causes, ci-dessus identifiées, de tension interétatique se trouve ainsi atténuée.

Ces réactions sont évidemment dans l'intérêt bien compris de tous les Etats concernés. Elles ne constituent cependant qu'un remède très partiel, à la mesure de leur champ d'application. Un progrès similaire n'est pas vraiment perceptible en matière civile (162) ; il n'est même pas envisageable dans des matières (l'on songe au droit de la concurrence) où le différend sur les modes d'obtention des preuves n'est qu'un épiphénomène, et où le différend de fond — celui sur la portée extraterritoriale de la politique économique des uns et des autres — est loin d'être résolu.

*

108. La jurisprudence américaine en matière de *discovery* extraterritoriale se caractérise certes par sa relative indifférence à toutes considérations tirées de la souveraineté étrangère ou du dilemme auquel se trouvent confrontés les particuliers destinataires de ces ordres ; mais prise dans un contexte plus large, elle apparaît comme une anomalie. Nous savons qu'en matière d'obtention des preuves à l'étranger, les tribunaux des autres pays, statuant sur des litiges absolument similaires à ceux que nous venons d'examiner, ont su faire preuve de moins d'impatience (163) ; sans doute avaient-ils conscience de ce que, pour le juge du

(160) Un excellent exemple est la Convention du 3 juillet 1986 conclue avec le Royaume Uni et concernant les Iles Caïman, dont l'article 17 (intitulé « *exclusivity* ») prévoit que des mesures unilatérales d'obtention de preuves ne sont admissibles qu'après échec d'un recours au mécanisme d'entraide mis en place par la Convention : 26 I.L.M. 536, 544 (1987). — Sur l'entraide judiciaire — limitée — offerte par la Suisse en matière de droit pénal fiscal, v. L. Frei, « Overcoming Bank Secrecy : Assistance in Tax Matters in Switzerland on behalf of Foreign Criminal Authorities », 9 N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L. 107 (1988).

(161) V. le Message du Conseil fédéral du 12 juin 1989 concernant la modification du code pénal suisse (Législation sur le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières), FF. 1989 II 961, p. 964 et s. (« Le blanchissage d'argent et la place financière suisse »), et aussi le Préambule (art. 1) de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (Association suisse des banquiers, 1^{er} juillet 1992).

(162) cf. G. Born/S. Hoing, « Comity and the Lower Courts : Post-Aérospatiale Applications of the Hague Evidence Convention », 24 Int'l Law. 393 (1990) ; S. Black, « U.S. Transnational Discovery : The Rise and Fall of the Hague Convention » (1991) 40 I.C.L.Q. 901.

(163) En particulier, rien ne distingue les affaires *Grossman* (jugée par la *Court of Appeal* d'Angleterre : *supra*, n° 91) et *Frischke* (jugée par la Cour d'appel de l'Ontario : *supra*, n° 92) des

moins, la fin ne doit pas justifier les moyens. Mais le juge américain aussi, ne l'oublions pas, tient parfaitement compte des interventions de la puissance publique étrangère ... du moins lorsqu'elles ne viennent pas contrecarrer sa propre mission dans l'instruction des procédures : la jurisprudence américaine, tout à fait satisfaisante, en matière de droit de la concurrence est là pour le rappeler (164). Sans vouloir faire abstraction, par conséquent, de la jurisprudence en matière de *discovery*, nous estimons qu'elle n'est pas de nature à compromettre sérieusement la conclusion qu'il convient de tirer de l'étude de la pratique d'un certain nombre de pays dans plusieurs matières très hétérogènes : l'effet libératoire du fait du prince étranger est reconnu par la pratique dominante, et elle constitue une solution satisfaisante à des problèmes concrets. Satisfaisante en équité du moins (ce qui n'est pas rien) ; satisfaisante en droit aussi, comme nous le verrons à présent en considérant la question d'un point de vue plus systématique.

TITRE II

LA SPÉCIFICITÉ DE LA THÉORIE DU FAIT DU PRINCE ÉTRANGER

affaires américaines les plus typiques ; il n'est guère douteux que les juridictions américaines auraient très différemment résolu ces deux litiges.

(164) cf. *supra*, n^{os} 74 et s.

109. La jurisprudence analysée aura confirmé notre hypothèse de départ : indépendamment de toute désignation de la loi étrangère par une règle de conflit, les interventions de la puissance publique étrangère, les lois de police, les normes prohibitives peuvent être prises en considération dans le cadre du droit matériel applicable. A ce titre, elles peuvent apparaître comme une cause étrangère rendant impossible l'exécution d'une obligation. Le débiteur en est dispensé, ce qui a pour effet à la fois de résoudre le dilemme auquel il se trouve personnellement confronté et d'éviter un conflit avec les commandements d'un autre Etat souverain. Ce double effet de la libération du débiteur constitue en même temps la première particularité de la théorie du fait du prince étranger : elle trouve son *fondement* non seulement dans les intérêts individuels du débiteur, que protège traditionnellement la théorie de la force majeure, mais encore dans le souci de respecter la souveraineté étrangère (Chapitre I).

La seconde particularité de la théorie consiste dans la définition de son champ d'application quant aux mesures étatiques visées : la nécessité de respecter les intérêts étatiques et individuels en cause interdit certes de ramener à un simple cas d'impossibilité matérielle d'exécution ; mais il serait erroné de considérer comme fait du prince libératoire, sans nuances, toute intervention étatique quelconque (Chapitre II).

CHAPITRE I

LE FONDEMENT DE LA THÉORIE DU FAIT DU PRINCE ÉTRANGER

110. Des deux fondements — interétatique et individuel — de la libération du débiteur par le fait du prince étranger, c'est le fondement individuel, l'assimilation de l'acte de la puissance publique étrangère aux autres cas de force majeure, qui correspond à la tradition la mieux établie. Elle est une constante du droit des contrats commerciaux internationaux. Que le respect dû à la souveraineté étrangère puisse, lui aussi, imposer au juge de dispenser le débiteur de l'exécution de son obligation est une idée plus nouvelle ; en jurisprudence, elle apparaît pour la première fois dans l'arrêt *Ralli* de la *Court of Appeal* anglaise (1). C'est une idée qui permet, dans certains cas, de fonder la libération du débiteur au même titre que le permet le recours à la notion de force majeure. Les deux fondements de la théorie du fait du prince étranger, ainsi dégagés, sont autonomes (2) : nous étudierons séparément, et successivement, le fondement interétatique (Section I) et le fondement individuel (Section II) de la théorie.

(1) *Ralli Brothers v. Compañía Naviera Sota y Aznar* [1920] 2 K.B. 287 : *supra*, n° 38. Ce n'est pas à dire, bien entendu, qu'avant 1920 des considérations tirées de la souveraineté étrangère n'aient jamais inspiré l'attitude des juges dans les litiges internationaux de droit privé : même en faisant abstraction de toute invocation rhétorique de l'« indépendance des Etats » ou de la « souveraineté des gouvernements », certaines limitations de la compétence internationale des tribunaux, les immunités des Etats étrangers, et dans une certaine mesure la théorie anglo-américaine de l'*Act of State* (cf. *infra*, n° 272 et s.) en ont toujours dérivé.

(2) Sur l'autonomie des deux fondements, cf. *infra*, n° 136.

SECTION I

L'ÉLÉMENT INTERÉTATIQUE : LE RESPECT D'UN
À LA SOUVERAINETÉ ÉTRANGÈRE

111. Lorsque le juge exonère un débiteur de son obligation d'accomplir un acte illégal au regard de la loi du lieu d'exécution, et qu'il motive sa décision en énonçant que décider autrement serait méconnaître la souveraineté de l'Etat étranger, il continue certes de statuer sur les droits et obligations d'une personne privée ; mais sa décision, ainsi motivée, fait appel à des notions qui sont, pour le moins, aux confins du droit international public régissant les rapports entre Etats indépendants. Considéré de ce point de vue, le fait du prince étranger est le reflet, devant le juge interne, d'un problème classique du droit international : celui des concurrences — et des conflits — des compétences étatiques (§ 1). La solution des conflits de compétences donne lieu, comme nous le verrons, à de vives controverses (et donc à de fâcheuses incertitudes) au niveau du droit international (§ 2) — fait qui ne doit pas empêcher le juge interne, dans des situations appropriées, de tenir compte de la souveraineté étrangère (§ 3).

§ 1. — Concurrences de compétences et conflits de compétences

112. Pour montrer comment certaines données de base du droit international conduisent à une difficulté particulière — celle des conflits de compétences, reflétés par les obligations contradictoires auxquelles peuvent se voir confrontées les personnes privées — nous rappellerons que le droit international ne procède pas, à propos de chaque situation, à une délimitation claire des compétences respectives des différents Etats intéressés ; qu'il permet, dans une large mesure, aux Etats d'exercer une compétence extraterritoriale en ordonnant l'accomplissement d'un acte sur le territoire d'un Etat étranger ; et que des conflits entre commandements contradictoires sont, par conséquent, toujours possibles et appellent une solution.

A. — RÉPARTITION ET LIMITATION DES COMPÉTENCES ÉTATIQUES

113. Un principe tout à fait élémentaire d'abord : en règle générale le droit international public limite les compétences normatives des Etats, mais ne les répartit pas impérativement entre les différents Etats.

Le droit international public limite les compétences normatives des Etats. Malgré toutes discussions sur le contenu exact des limites ainsi imposées, il peut être tenu pour acquis que les organes d'un Etat (législateur, administration, juge) ne peuvent donner libre cours à leur production normative et intervenir arbitrairement dans des situations dépourvues d'un lien suffisant avec leur Etat (1). En matière de droit public, et notamment en matière pénale, l'existence de limites à la compétence des Etats fait l'objet d'un large consensus ; et il est exceptionnel qu'à propos d'un acte illicite quelconque il existe une compétence répressive universelle (2). En matière de droit privé, malgré des voix dissidentes en doctrine, il paraît préférable de partir de la même idée : même s'il existe, ici, de nombreux critères sur lesquels un Etat peut légitimement fonder la compétence de ses juridictions et l'applicabilité

(1) V. notamment les études d'ensemble de F.A. Mann, « The Doctrine of Jurisdiction in International Law », R.C.A.D.I. 1964-I. 1 et « The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years », R.C.A.D.I. 1984-III. 9 ; M. Akehurst, « Jurisdiction in International Law » (1972-73) 46 B.Y.B.I.L. 147 ; D.W. Bowett, « Jurisdiction : Changing Patterns of Authority Over Activities and Resources » (1982) 53 B.Y.B.I.L. 1 ; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4^e éd., Oxford, 1990, p. 298-321 ; P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », R. 1979. 1, 349, 537 ; B. Stern, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », A.F.D.I. 1986. 7, et du même auteur « L'extraterritorialité revisitée », A.F.D.I. 1992. 239. — Adde les ouvrages cités dans la suite de cette section, ainsi que *L'application extraterritoriale du droit économique*, Cahiers du CEDIN, n° 3, 1987 ; Ch. Engel, « Die Bedeutung des Völkerrechts für die Anwendung in- und ausländischen Wirtschaftsrechts », *RabelsZ* 1988. 271 ; D. Gerber, « The Extraterritorial Application of the German Antitrust Laws », 77 A.J.I.L. 756 (1983) ; B. Goldman/Ph. Francescakis (éd.), *L'entreprise multinationale face au droit*, 1977 ; W. Habscheid/W. Rudolf, « Territoriale Grenzen der staatlichen Rechtsetzung », *BerGesVR* 11 (1973) 7, 47 ; L. Henkin, « International Law : Policies, Values and Functions — General Course on Public International Law », R.C.A.D.I. 1989-IV. 9, 292-298 ; L. Idot, *Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*, thèse Paris-II, 1981 ; U. Immenga, « Extraterritoriale Rechtsanwendung zwischen Recht und Politik », *Festschrift Karl-H. Neumayer*, Baden-Baden, 1985, p. 323 ; E. Jiménez de Aréchaga, « International Law in the Past Third of a Century », R.C.A.D.I. 1978-I. 1, 179 et s. ; D. Lange/G. Born (éd.), *The Extraterritorial Application of National Laws*, Paris/New York/Deventer/Boston, 1989 ; F. Rigaux, « Droit économique et conflits de souverainetés », *RabelsZ* 1988. 104 ; L.-A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite*, 1990, p. 88-99 ; M. Slater, « L'application extraterritoriale du droit communautaire », C.D.E. 1986. 309 ; W. Wengler, « Wege zur rechtlichen Steuerung des Verhaltens von Ausländern im Ausland und das internationale Privatrecht », *IPRax* 1983. 145, « Jurisdiction to Prescribe or Prohibitions to Resort to Specific Reactions ? », *Mélanges Roberto Ago (Le droit international à l'heure de sa codification)*, Milan, 1987, t. IV, p. 411 et s., et « Völkerrechtliche Schranken der Beeinflussung auslandsverknüpften Verhaltens durch Maßnahmen des staatlichen Rechts », G.Y.I.L. 29 (1988) 448 ; L. Wildhaber, « Jurisdiktionsgrundsätze und Jurisdiktionsgrenzen im Völkerrecht », *ASDI* 1985. 99.

(2) L'exemple classique en est la piraterie, selon une règle coutumière codifiée par les articles 19 de la Convention de Genève du 29 avril 1958 sur la haute mer et 105 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982). Pour d'autres exemples, v. les conventions internationales énumérées aux articles 689-2 à 689-7 du Code de procédure pénale (introduits par la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992) ; adde, du point de vue américain, la section 404 du *Restatement, Third, Foreign Relations Law of the United States* (1987) ; et comp., à propos de la piraterie aérienne, *United States v. Yunis*, 924 F.2d 1086 (D.C. Cir. 1991). Pour des développements d'ordre historique, v. G. Guillaume, « La compétence universelle : Formes anciennes et nouvelles », *Mélanges Georges Levasseur*, 1992, p. 23 et s.

de sa loi, il excéderait les limites de sa compétence s'il entendait l'exercer dans une situation qui lui est, en fait, presque complètement étrangère (3).

Il peut être difficile, dans certains cas, de définir les limites exactes de la compétence d'un Etat ; l'exemple le plus important d'une question controversée et non définitivement résolue est, en matière de droit de la concurrence, la « doctrine des effets » (4). La détermination de ces limites ne nous occupera pas ici ; ce qu'il convient de retenir, c'est que le droit international général ne contient ni en matière civile, ni même en matière pénale ou administrative un système de « règles de conflit » attribuant, en fonction des situations, compétence à un seul Etat. Seuls quelques traités contiennent des règles plus précises à cet égard, et encore ne s'appliquent-ils qu'aux Etats contractants et à des matières bien déterminées (5).

114. L'arrêt rendu, en 1927, par la Cour Permanente de Justice Internationale dans l'affaire du *Lotus* (6) reste la contribution fondamentale de la jurisprudence internationale à la question des compétences étatiques. Dans cette affaire, on le sait, la France faisait grief à la Turquie d'avoir excédé sa compétence internationale par des poursuites pénales intentées, devant la Cour criminelle de Stamboul, contre un officier français prétendu co-responsable de l'abordage d'un navire turc et d'un navire français en haute mer. La Cour Permanente a estimé que le droit international n'avait pas été méconnu ; elle a notamment relevé qu'il n'existait pas de règle attribuant, en pareille circonstance, compétence exclusive à l'Etat du pavillon du navire et que les poursuites pénales turques pouvaient légitimement se fonder sur le

(3) V. en ce sens F.A. Mann, *op. cit.*, R.C.A.D.I. 1964-I, p. 54 et s., 73 et s. ; *op. cit.*, R.C.A.D.I. 1984-III, p. 31 et s., 67 et s. ; I. Brownlie, *op. cit.*, p. 299 et s. ; B. Stern, *op. cit.*, A.F.D.I. 1986, p. 18 et s. ; E. Cheatham, « Sources of Rules for Conflict of Laws », 89 U. Pa. L. Rev. 430 (1941) ; A. Heini, « Jurisdiktion und Jurisdiktionsgrenzen im internationalen Privatrecht », ASDI 1985. 93 ; O. Kahn-Freund, « General Principles of Private International Law », R.C.A.D.I. 1974-III. 139, 165 et s. ; K. Lipstein, « The General Principles of Private International Law », R.C.A.D.I. 1972-I. 97, 167 et s. ; J. Stevenson, « The Relationship of Private International Law to Public International Law », 52 Colum. L. Rev. 561 (1952) ; W. Wengler, *Internationales Privatrecht*, Berlin/New York, 1981, vol. I, p. 13 et s., 326 et s. ; et cf. l'étude de l'ensemble de la question par P. de Vareilles-Sommières, *La compétence normative de l'Etat en matière de droit privé — Droit international public et droit international privé*, thèse Paris-I, 1992 (v. spéc. n° 405). — V. également, en jurisprudence, *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953) ; *Derby & Co. Ltd. v. Larsson* [1976] 1 All E.R. 401, 413-414, per Lord Simon of Glaisdale, et le commentaire de P.B. Carter (1976-1977) 48 B.Y.B.I.L. 352 ; *Holmes v. Bangladesh Biman Corp.* [1989] A.C. 1112, 1137-1138, per Lord Griffiths ; 1149, per Lord Jauncey of Tullichettle ; BGH 2 juillet 1991, BGHZ 115. 90, 98 ; IPRax 1992. 160, avec obs. P. Schlosser, p. 140 (restriction, par référence au droit international public, de la portée du *forum arresti* du § 23 Z.P.O.) ; *adde* l'opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice, C.I.J. 5 février 1970, *affaire de la « Barcelona Traction »*, Rec., p. 3, 106. — *Contra* : M. Akehurst, *op. cit.*, p. 170 et s., 216 et s. (qui se fonde sur l'absence d'une pratique étatique uniforme) ; P. Mayer, *op. cit.*, n°s 79 et s. et *Droit international privé*, 4^e éd., 1991, n° 31 (raisonnement *a priori*, critiqué par B. Stern, *loc. cit.*).

(4) cf. *supra*, n°s 74 et 78.

(5) V. en matière d'abordage entre navires les Conventions de Bruxelles du 10 mai 1952 ; *adde* les articles 11 de la Convention de Genève du 29 avril 1958 et 97 de la Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982 (règle différant de celle admise par la jurisprudence internationale antérieure, cf. *infra*, n° 114) ; en matière civile et commerciale v. notamment la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et les conventions qui en ont étendu le champ d'application territorial.

(6) Arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n° 10.

fait « que les effets du délit se sont produits sur le navire turc et, partant, dans un lieu assimilé au territoire turc » (7).

La Cour fait précéder cette conclusion d'un exposé plus général de l'« état actuel du droit international » — qui n'a pas changé depuis 1927. Elle souligne la nécessaire distinction entre compétence d'exécution et compétence normative : la première est « certainement territoriale » puisque « la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure ... tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat » ; la seconde ne l'est pas :

« ... il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un Etat d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait, d'une manière générale, aux Etats d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire, et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux Etats de ce faire dans des cas spécialement déterminés. Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables.

...

Dans ces conditions, tout ce qu'on peut demander à un Etat, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence ; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté » (8).

Lues dans leur contexte, ces considérations semblent viser principalement la compétence des Etats en matière civile (9) ; mais la suite de l'arrêt révèle qu'en matière pénale aussi les Etats bénéficient d'une marge de manoeuvre appréciable. La conséquence qu'en tire la Cour est importante : « cette liberté que le droit international laisse aux Etats ... explique la variété des règles qu'ils ont pu adopter sans opposition ou réclamations de la part des autres Etats » ; les inconvénients en sont d'inévitables « concurrences de compétences », que seuls des traités peuvent éliminer (10). De l'absence de répartition impérative des compétences entre les Etats, l'on en vient ainsi aux concurrences de compétences à propos de la même situation.

(7) p. 23. C'est la règle qui a été rejetée par les conventions internationales citées *supra*, note 5.

(8) p. 19.

(9) La Cour énonce en effet (p. 19-20) que la thèse du gouvernement français « s'appliquerait en matière civile aussi bien que pénale » et « aurait pratiquement le résultat de paralyser dans bien des cas l'activité des tribunaux », mais examine ensuite « si les considérations qui précèdent valent réellement pour la matière pénale, ou si ce domaine est régi par un principe différent, qui pourrait s'expliquer par le lien étroit qui a longtemps existé entre la suprême juridiction pénale et la notion d'Etat, ainsi que par l'importance particulière que possède la juridiction pénale pour la personnalité humaine » (p. 20). Comp. l'analyse de l'arrêt par R.Y. Jennings, « General Course on Principles of International Law », R.C.A.D.I. 1967-II. 323, 517-518.

(10) p. 19.

B. — LE POUVOIR D'ORDONNER OU D'INTERDIRE L'ACCOMPLISSEMENT D'UN ACTE À L'ÉTRANGER : LE LÉGISLATEUR, L'ADMINISTRATION ET LES TRIBUNAUX

115. L'affaire de *Lotus* ne confirme pas seulement qu'il n'y a aucune anomalie à ce que deux Etats exercent des compétences concurrentes pour régler le même comportement individuel, mais encore — c'est un autre aspect de la même règle — qu'il n'est pas systématiquement interdit aux Etats de régler un comportement se déroulant en dehors de leur territoire. La situation dont était saisie la Cour Permanente de Justice Internationale était quelque peu particulière, dans la mesure où l'abordage des deux navires avait eu lieu en haute mer ; mais son raisonnement peut être transposé au cas où un Etat étend sa compétence à des individus agissant sur le territoire d'un Etat tiers. C'est cette situation qui nous intéresse particulièrement : la situation-type où intervient le fait du prince étranger est en effet celle où l'exécution d'un commandement extraterritorial (exécuter un contrat, cesser une pratique anticoncurrentielle, produire une pièce détenue à l'étranger) se heurte aux commandements contraires de l'Etat sur le territoire duquel il doit être exécuté.

Les commandements extraterritoriaux n'ont, en eux-mêmes, rien de nécessairement exorbitant. Même là où les limites que le droit international trace à la compétence des Etats sont le plus nettement définies — en matière de droit pénal — le territoire n'est pas le seul chef de compétence ; à côté de cette compétence territoriale il existe au moins, et dans tous les cas, une compétence personnelle à l'égard des nationaux de l'Etat, même s'ils séjournent et agissent à l'étranger (11). Il peut exister d'autres chefs de compétence pénale internationale, parfois contestés (12). Cette revendication d'une compétence extraterritoriale, en principe légitime, est susceptible d'excès ; le législateur américain en particulier s'est signalé par une réinterprétation hardie de la compétence en raison de la nationalité des sociétés, voire par l'introduction d'une compétence en raison de la « nationalité » de certains biens (13) : une opinion dissidente annexée à un récent arrêt de la Cour Suprême des

(11) Combacau et Sur, *Droit international public*, 1993, p. 348 et s. ; I. Brownlie, *op. cit.*, p. 303 ; A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3^e éd., Berlin, 1984, § 1183 et s. ; *Restatement, Third précit.*, § 402(2).

(12) Il s'agira de fonder la compétence de l'Etat à l'égard d'étrangers agissant à l'étranger, par référence à la nationalité de la victime (« principe de la personnalité passive »), ou à la protection des intérêts fondamentaux de l'Etat ou de la communauté internationale : v. Combacau et Sur, *op. cit.*, p. 350 et s. ; *Restatement, Third*, §§ 402(3) et 404.

(13) Sur la notion de « *person subject to the jurisdiction of the United States* », qui peut inclure les filiales étrangères de sociétés américaines, v. *Restatement, Third*, § 414, *Reporters' note 4*. Adde S. Marcuss/E. Richard, « Extraterritorial Jurisdiction in United States Trade Laws : The Need for a Consistent Theory », 20 *Colum. J. Transnat'l L.* 439 (1981) ; R. Thompson, « United States Jurisdiction over Foreign Subsidiaries : Corporate and International Law Aspects », 15 *L. & Pol'y Int'l Bus.* 319 (1983) ; Y. Quintin, « Transferts de technologie et application extra-territoriale des contrôles sur les exportations américaines à la lumière de l'*Export Administration Act* de 1985 », R. 1987. 493 ; R. Kelley, « USA : Contrôle du commerce et effets extraterritoriaux », R.D.A.I. 1992. 167 et, dans l'affaire du « gazoduc euro-sibérien », les « Commentaires » des Communautés européennes du 22 juin 1982, 21 I.L.M. 891 (1982).

Etats-Unis relève une longue liste de situations où un étranger agissant à l'étranger est susceptible de poursuites pénales aux Etats-Unis et note que « les trois plus importants articles d'exportation de notre pays sont maintenant la musique rock, les blue-jeans et la loi américaine » (14). Ce n'est pas cela, bien entendu, que nous visons en parlant de l'exercice légitime d'une compétence extraterritoriale.

La même extraterritorialité qui caractérise certaines lois pénales ou autres réglementations de droit public se retrouve aussi, à l'occasion, devant le juge civil. Un texte anodin comme l'article 1134 du Code civil peut être une norme extraterritoriale ; il suffit de penser, par exemple, à un contrat commercial expressément soumis au droit français et attribuant compétence au Tribunal de commerce de Paris, mais qui a pour objet l'exportation de guano du Pérou. Ce contrat n'est obligatoire que parce que le Code civil le prévoit ; du même coup, ce Code, tel que l'appliquera un tribunal français, en vient à prescrire une exportation de marchandises d'un territoire étranger. La responsabilité contractuelle est là pour sanctionner le non-respect de cette obligation dérivant d'un contrat, certes, mais aussi de la loi française.

Un phénomène semblable peut être observé en matière de responsabilité civile délictuelle, où le droit français applique une « doctrine des effets » caractérisée (15). Un arrêt de la Cour de Paris, statuant sur un litige qui opposait un syndicat d'artistes-interprètes à deux stations radiophoniques périphériques, a ainsi pu condamner celles-ci au paiement de dommages-intérêts très substantiels pour avoir méconnu la législation française sur la protection des artistes-interprètes et exécutants : déclarant les juridictions françaises compétentes sur le fondement de l'article 5, 3^e de la Convention de Bruxelles de 1968 (16), il considère, quant au fond, « que la loi applicable est celle du lieu où le préjudice est réalisé, soit en l'espèce la loi française ; ... que C.L.T. et les sociétés de droit monégasque affirment en vain que leurs agissements sont légitimes dans leurs pays respectifs ; qu'il est en effet évident que les conséquences de ces agissements en France étaient prévisibles et que les appelants auraient dû se préoccuper de leur licéité au regard de la loi française » (17). Ce raisonnement ne diffère pas de celui que les tribunaux

(14) *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259, 281 (1990) (op. diss. Brennan), citant V.R. Grundman, « The New Imperialism : The Extraterritorial Application of United States Law », 14 *Int'l Law.* 257 (1980). — Des auteurs se sont récemment interrogés sur la compatibilité de certaines dispositions législatives, revendiquant une compétence extraterritoriale, avec les droits individuels garantis aux destinataires de ces normes par la Constitution des Etats-Unis : L. Brilmayer/C. Norchi, « Federal Extraterritoriality and Fifth Amendment Due Process », 105 *Harv. L. Rev.* 1217 (1992).

(15) Sur le principe de l'applicabilité de la loi du lieu où le préjudice s'est réalisé, v. Civ. 1^{re} 8 février 1983, J.D.I. 1984. 123, note Légier. Comp., dans la doctrine antérieure à l'arrêt, A. Weill, « Un cas épineux de compétence législative en matière de responsabilité délictuelle : dissociation de l'acte générateur de responsabilité et du lieu du préjudice », *Mélanges Jacques Maury*, t. I, 1960, p. 545. Pour une discussion des aspects de droit international public de ce conflit de lois, v. W. Wengler, *Internationales Privatrecht*, *op. cit.*, p. 421 et s.

(16) Par référence à la solution dégagée par C.J.C.E. 30 novembre 1976, *Bier B.V./Mines de Potasse d'Alsace S.A.*, aff. 21/76, *Rec.*, p. 1735 ; R. 1977. 563, note Bourel ; J.D.I. 1977. 728, obs. Huet.

(17) Paris 19 décembre 1989, *Gaz. Pal.* 1990. 2. 368, concl. Lupi ; R.I.D.A. 1990, n° 144, p. 215, 222-223 (avec chron. Kerever p. 138-142) ; J.C.P. 1990. II. 21462, concl. Lupi (texte incomplet). Le

américains adoptent traditionnellement dans les affaires *antitrust* internationales (18) ; il se rattache, comme lui, à l'exercice d'une compétence extraterritoriale.

116. Les situations qui précèdent mettent en jeu des commandements extraterritoriaux qui sont généraux et abstraits ; les autorités judiciaires ou administratives qui en sanctionnent la violation en sont les interprètes peut-être, mais pas les auteurs. Il en va différemment lorsqu'il s'agit de normes individuelles : il est rare que le législateur adresse directement des injonctions à un individu déterminé, et encore plus rare que pareilles injonctions aient un caractère extraterritorial (19). L'injonction est parfois, en matière de droit de la concurrence par exemple, l'oeuvre de l'administration (20) ; le plus souvent, elle est l'oeuvre du juge.

Le pouvoir des tribunaux d'ordonner, ou d'interdire, l'accomplissement d'un acte à l'étranger est un pouvoir qui, dans certains litiges internationaux, peut avoir une importance fondamentale ; c'est aussi, paradoxalement, un pouvoir dont l'existence même est sporadiquement contestée au nom du droit international et de la souveraineté étrangère (21). Dans la mesure où ils se réclament du droit international, les auteurs de ces contestations paraissent étendre abusivement le champ d'application de limitations que le droit international, lui, n'impose qu'à la compétence *coercitive* des Etats : il est évident qu'en envoyant à l'étranger sa force publique — ou des huissiers de justice — pour exécuter matériellement un jugement, un Etat porterait atteinte à la souveraineté territoriale de l'Etat étranger ;

montant de la condamnation était de vingt-sept respectivement quatorze millions de francs. — Rapp. T.G.I. Quimper (réf.) 22 octobre et 6 novembre 1992, cité *infra*, n° 116, note 34.

(18) *Supra*, n° 74 et note 7.

(19) Il en existe cependant au moins un exemple dans l'histoire législative française : v. les art. 16 et s. du Décret des 13-15 juin 1791 « relatif au serment des officiers et soldats, et contenant des dispositions particulières au prince de Condé » (*Duvergier*, t. III, p. 13) : « Louis-Joseph de Bourbon-Condé sera tenu de rentrer dans le royaume dans le délai de quinze jours, ou de s'éloigner des frontières, en déclarant formellement, dans ce dernier cas, qu'il n'entreprendra jamais rien contre la constitution décrétée par l'Assemblée nationale et acceptée par le Roi, ni contre la tranquillité de l'Etat » (art. 17 ; l'art. 18 détermine les sanctions). — Les nationalisations, que l'on a pu qualifier de décisions individuelles ou collectives du législateur (P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, 1973, n° 157), et auxquels le législateur pourra tenter de donner des effets extraterritoriaux au moins indirects (cf. Cons. const. 16 janvier et 11 février 1982, Rec., p. 18 et 31 ; J.D.I. 1982. 330 et 340 ; R. 1982. 349, note Bischoff), s'appliquent à des biens plutôt qu'à des personnes.

(20) Le *Bundeskartellamt* allemand est intervenu, par voie d'injonction, dans plusieurs fusions internationales. Pour la confrontation de cette pratique au droit international public, v., sur recours, KG 26 novembre 1980, WuW/E OLG 2419 et 1^{er} juillet 1983, WuW/E OLG 3051.

(21) M. Bauer, *Le droit public étranger devant le juge du for*, thèse Paris-II 1977, n° 192 (« la simple édicition de ce type de norme constitue en soi un acte contraire au Droit International ») ; G. Berlioz, « La crise iranienne et les euro-crédits » in *Les Euro-crédits*, 1981, p. 593, 614 (qui nie l'existence du pouvoir d'injonction extraterritorial par référence à des « raisons de souveraineté publique »). — Beale (*A Treatise on the Conflict of Laws*, vol. I, New York, 1935, p. 421 et s. ; « The Jurisdiction of Courts over Foreigners » (2^e partie) 26 Harv. L. Rev. 283, 292-294 (1913)) était hostile au pouvoir des tribunaux d'ordonner l'accomplissement d'un acte à l'étranger (mais non aux injonctions extraterritoriales portant interdiction d'un acte) ; malgré les allusions à la souveraineté de l'Etat étranger, son attitude s'expliquait plutôt par des considérations d'opportunité : la prévention d'un conflit avec les lois locales.

mais, comme le rappelle précisément l'arrêt du *Lotus*, « il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un Etat d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger » (22). Les injonctions judiciaires extraterritoriales peuvent être exécutées à l'étranger après avoir reçu l'exequatur des tribunaux du lieu d'exécution — hypothèse qui n'est pas dépourvue d'importance pratique (23), mais qui n'est pas celle qui nous intéresse : dans de nombreux cas en effet, le recours à la coopération des autorités judiciaires étrangères est inutile, l'injonction pouvant être indirectement exécutée sur le territoire même de l'Etat dont elle émane. L'astreinte exécutée sur les biens que possède sur le territoire du for le débiteur de l'obligation de faire, ou même la menace de peines quasi-criminelles (le *contempt of court* des pays de *common law*) suffiront fréquemment pour le déterminer à se conformer à l'injonction, quel qu'en soit le lieu d'exécution (24). Pareille injonction, prononcée dans un cas approprié, n'est donc nullement condamnée à l'ineffectivité (25).

(22) Texte cité *supra*, n° 114. C'est nous qui soulignons.

(23) V. notamment, dans le contexte de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, le Rapport Schlosser (J.O.C.E. du 5 mars 1979, N° C 59), n° 211 et s., p. 132 : le tribunal saisi est tenu d'appliquer les mêmes moyens de contrainte que ceux qui seraient autorisés si ses propres injonctions étaient méconnues. — Sur la reconnaissance et l'exécution de pareils jugements aux Etats-Unis, v. D. Buzard, « U.S. Recognition and Enforcement of Foreign Country Injunctive and Specific Performance Decrees », D.P.C.I. 1990. 270. — L'exequatur en Angleterre ne serait pas possible en dehors du champ d'application de la Convention de Bruxelles, les jugements étrangers *in personam* n'étant exécutés que s'ils tendent au paiement d'une somme d'argent : Cheshire and North, *Private International Law*, 12^e éd., Londres, 1992, p. 367 ; Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, 12^e éd., Londres, 1993, t. I, p. 462.

(24) Le procédé est mentionné, en jurisprudence anglaise, dès *Penn v. Lord Baltimore* (1750) 1 Ves. Sen. 444 ; 27 E.R. 1132, jugement d'importance historique dans lequel le chancelier, Lord Hardwicke, ordonna au défendeur de faire procéder (conformément à un contrat passé entre parties) à la délimitation des provinces de Pennsylvanie et de Maryland, qui ne relevaient pourtant pas de la compétence des juridictions anglaises. Lord Hardwicke expliqua que sa décision n'aurait d'effet qu'*in personam*, et que dans un cas antérieur concernant la délimitation de terres situées en Irlande, des mesures de contrainte sur la personne et les biens du défendeur avaient assuré l'exécution de l'injonction : « *I could enforce it by process of contempt in personam and sequestration, which is the proper jurisdiction of this court* » (p. 454).

(25) L'effectivité d'une injonction extraterritoriale devient douteuse, en revanche, si le défendeur ne réside pas sur le territoire de l'Etat du for, s'il n'y détient pas de biens saisissables et si l'injonction n'est pas susceptible d'exequatur à l'étranger. Elle pourrait être dans ce cas, comme l'expriment parfois les tribunaux anglais — par référence à Pliny, *Hist. nat.*, II, 113 —, un *brutum fulmen* (*Norris v. Chambres* (1861) 3 De G.F. & J. 583, 584-585 ; 45 E.R. 1004, 1005 ; comp. *Royal Exchange Assurance v. Compania Naviera Santi, S.A.* [1962] 1 Lloyd's Rep. 410, 420 ; *E.D. & F. Man (Sugar) Ltd. v. Haryanto* (No. 2) [1991] 1 Lloyd's Rep. 429, 439). Ce risque ne les amènera pas nécessairement à refuser de prononcer une injonction, puisque le tribunal n'est pas tenu « *to contemplate the possibility that [the order] will not be obeyed* » (*Castanho v. Brown & Root (U.K.) Ltd.* [1981] A.C. 557, 574, per Lord Scarman, et la jurisprudence citée), et que, comme a pu l'indiquer Lord Denning (*Board of Governors of the Hospital for Sick Children v. Walt Disney Productions* [1967] 1 All E.R. 1005, 1011), « *[the injunction] can be enforced by sequestration against [the defendant's] assets here. There is no evidence that it has any assets here today : but that does not matter. It may have assets here tomorrow* ». Mais le risque d'ineffectivité d'une injonction peut être pris en considération lorsque le tribunal exerce son pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de cette mesure : *Locobail International Finance Ltd. v. Agroexport* [1986] 1 W.L.R. 657, 665, C.A. — Sur la même problématique, v. aussi, à propos de demandes portées devant les juridictions autrichiennes et tendant à interdire à l'Etat tchécoslovaque la

Aussi bien la pratique des injonctions extraterritoriales n'a-t-elle donné lieu à des protestations diplomatiques que si la compétence du tribunal étranger à l'égard du défendeur paraissait elle-même contestable. Les injonctions américaines adressées, en matière de concurrence, à des entreprises étrangères agissant à l'étranger en sont le principal exemple ; ce qui a été contesté, dans ces cas, a été une (prétendue ou réelle) usurpation de compétence internationale, non le recours à la technique de l'injonction (26). Il serait d'ailleurs particulièrement difficile d'invoquer l'existence d'une règle du droit international coutumier interdisant au juge d'ordonner l'accomplissement d'un acte à l'étranger ; la pratique est trop répandue.

En Europe continentale, le juge français prononce régulièrement des injonctions extraterritoriales, que ce soit pour ordonner, le plus souvent sous astreinte, la restitution de valeurs mobilières détenues à l'étranger (27), la représentation d'un enfant hébergé par son père à l'étranger (28), un paiement à effectuer à l'étranger (29), la restitution de marchandises entreposées à l'étranger

construction de centrales nucléaires près de la frontière austro-tchèque, OGH 23 février 1988, JBI 1988. 459, note critique Böhm (arrêt qui affirme la compétence des juridictions autrichiennes pour connaître de la demande et note qu'une astreinte éventuelle pourra « probablement » être recouvrée en Autriche) ; *contra*, dans une affaire similaire : OLG Linz 2 mars 1989, JBI 1990. 260 (qui estime qu'une astreinte serait irrécouvrable, étant donné l'immunité d'exécution de l'Etat étranger). — *Adde*, en jurisprudence constitutionnelle allemande, BVerfG 12 mars 1986, BVerfGE 72. 66, 78-79 (à propos de demandes d'injonction formées, en Allemagne, à l'encontre de l'aéroport de Salzbourg). — La jurisprudence *sud-africaine* est, au nom du « principe de l'effectivité » (*principle of effectiveness*), particulièrement réservée à l'égard du pouvoir du juge de prononcer des injonctions extraterritoriales : v. p. ex. *Parents' Committee of Namibia v. Nujoma*, 1990 (1) S.A. 873, 888-892 (S.W.A.), et les références ; mais cf. C.F. Forsyth, *Private International Law*, 2^e éd., Cape Town/Wetton/Johannesburg, 1990, p. 202, qui estime que le pouvoir d'injonction devrait pouvoir être exercé, même à l'égard d'actes commis à l'étranger, du moins si le défendeur est un résident (*incola*) du for.

(26) V. notamment *British Nylon Spinners, Ltd. v. Imperial Chemical Industries Ltd.* [1953] Ch. 19, C.A., interdisant l'exécution de l'injonction américaine *United States v. Imperial Chemical Industries, Ltd.*, 105 F. Supp. 215 (S.D.N.Y. 1952) tout en reconnaissant que « *there is no doubt that it is competent for the courts of a particular country, in a suit between persons who are either nationals or subjects of that country or are otherwise subject to its jurisdiction, to make orders in personam against one such party — directing it, for example, to do something or to refrain from doing something in another country affecting the other party to the action* » (*per* Sir Raymond Evershed, M.R., p. 25).

(27) Trib. civ. Seine 9 juillet 1963, J.C.P. 1963. II. 13434, 2^e espèce, note Level (« ordonne au Crédit Lyonnais de restituer à la dame veuve Takla tous les titres appartenant à cette dame et déposés à sa succursale de Londres ») ; Paris 21 décembre 1962, cité *supra*, n° 6 (affaire *Royal Dutch*) ; comp. Versailles 27 juin 1988, R. 1989. 696, note Ancel ; J.D.I. 1989. 691, note Revillard, confirmé par Civ. 1^{re} 3 avril 1990, R. 1991. 104, note B.A. (ordonnant à l'épouse de restituer à son mari des titres détenus auprès d'un agent de changes à New York ; il est vrai que l'exécution de l'arrêt a pu se faire en donnant des instructions à partir de la France).

(28) T.G.I. Paris 25 juin 1982, Gaz. Pal. 1982. 2. 396 (astreinte prévue à titre préventif dans la décision même fixant la période d'hébergement de l'enfant).

(29) cf., dans l'affaire des *Messageries Maritimes*, Trib. civ. Seine 16 novembre 1938, confirmé par Paris 24 avril 1940, S. 1942. 2. 29, note Niboyet, arrêt lui-même confirmé par Civ. 21 juin 1950, R. 1950. 609 (paiement à Amsterdam).

(30), l'accomplissement d'opérations d'expertise dans la comptabilité d'une entreprise est-allemande (31), la publication d'une décision judiciaire française — après traduction en allemand — dans un journal publié en Allemagne (32), ou même la production aux services français des douanes, par le client d'une banque italienne, de relevés de compte qu'il pourra « se faire remettre ... à l'occasion de l'un de ses voyages en Italie » (33). La problématique, il est vrai, ne semble guère avoir préoccupé la jurisprudence ; le plus souvent les tribunaux français prononcent ces injonctions sans s'interroger sur les éventuelles limites territoriales de leurs pouvoirs (34). La Cour fédérale allemande, quant à elle, a estimé que l'exercice du pouvoir d'ordonner l'accomplissement d'un acte à l'étranger ne porte pas atteinte à la souveraineté étrangère (35). L'exemple peut-être le plus frappant est un arrêt de la Cour de cassation belge qui admet que le juge des référés d'Anvers a parfaitement pu interdire à des membres étrangers de l'association *Greenpeace*, opérant en haute mer à partir d'un navire battant pavillon néerlandais, de tenter d'empêcher la décharge de déchets chimiques par des navires belges : ces étrangers « ont commis en haute mer des actes tombant sous l'application de la notion de "piraterie" » si bien que — par application des conventions internationales régissant la compétence des Etats en haute mer — le juge belge peut se déclarer compétent pour leur adresser des injonctions (36).

(30) Trib. com. Nanterre 31 octobre 1990, P.A. n° 156 du 28 décembre 1990, p. 21 (décision rendue dans le contexte de l'embargo des Nations Unies après l'annexion du Koweït par l'Iraq, à propos de marchandises « en souffrance à Dubaï »).

(31) Ch. mixte 6 juillet 1984, J.C.P. 1985. II. 20338, concl. Sadon (affaire *Carl Zeiss* : contrefaçon de marque).

(32) T.G.I. Paris 23 juin 1976, R. 1978. 132, note Gaudemet-Tallon (affaire *Aga Khan* : publication à titre de sanction d'une atteinte à l'intimité de la vie privée par la société de presse *Axel Springer*, défenderesse).

(33) Crim. 11 avril 1988, *Ragusa*, J.C.P. 1988. II. 21116, 3^e espèce, note Pannier.

(34) V. toutefois T.G.I. Quimper (réf.) 22 octobre et 6 novembre 1992, Gaz. Pal. 1993. I. 238, ordonnances qui rejettent « une exception d'incompétence des juridictions françaises s'agissant d'une mesure coercitive appliquée à une société étrangère agissant hors du territoire français ». Le tribunal interdit, sous astreinte, une partie de la publicité du tabac au Grand Prix automobile d'Australie, manifestation sportive dont les images, transmises par satellite, devaient être diffusées à la télévision française. Sa décision, affirmant trop facilement la compétence judiciaire et législative française dans cette situation, n'est certainement pas à l'abri de la discussion (comp. *infra*, n° 117).

(35) BGH 2 octobre 1956, BGHZ 22. 1, 13 (« *da das vom deutschen Gericht erwirkte Urteil nur Wirkung im Inland erzeugt, bleibt die ausländische Souveränität unangestastet* ») ; comp. déjà RG 20 janvier 1894, RGZ 32. 414. *Adde* MünchKommKreuzer, Art. 38 EGBGB, n° 298 ; W. Wengler, *Internationales Privatrecht*, t. I, Berlin/New York, 1981, p. 327 ; P. Schlosser, « Extraterritoriale Rechtsdurchsetzung im Zivilprozess », *Festschrift Werner Lorenz*, Tübingen, 1991, p. 497 et s.

(36) Cass. 19 décembre 1986, Pas. b. 1987. I. 497, confirmant Anvers 19 juillet 1985, Dr. eur. transp. 1985. 536. — V., sur cette affaire, E. David, « Greenpeace : des pirates ! », Rev. b. dr. int. 1989. 295, qui estime que le recours à la notion de piraterie était en l'espèce « déplacé » (p. 306), mais que la compétence internationale du juge belge pouvait se justifier sur d'autres fondements ; et qui confirme que « le droit belge de l'astreinte n'est pas limité territorialement » (p. 305). — Cette jurisprudence belge paraît, en tout cas, préférable à un arrêt luxembourgeois (Cour d'appel 24 février 1988, Pas. lux. 27 Somm. 19), qui a dénié spécifiquement au juge des référés le pouvoir de faire cesser une voie de fait en dehors du territoire national.

Dans les pays de *common law*, le pouvoir de rendre des injonctions à exécuter à l'étranger correspond à une tradition fort ancienne (37). A côté des interventions du juge pour mettre fin à des fraudes ou autres comportements déloyaux mis en oeuvre à l'étranger par un défendeur relevant de la compétence des tribunaux anglais, la jurisprudence a développé plus récemment des types d'injonctions spécialement adaptés aux besoins d'ordre procédural des litiges internationaux : injonctions tendant à ce qu'il soit mis fin à des actions en justice introduites devant une juridiction étrangère (*restraint of foreign proceedings* ; *antisuit injunctions*) (38), ou interdictions faites au défendeur de disposer de ses avoirs même détenus à l'étranger, soit pour assurer l'exécution d'un jugement déjà rendu contre lui en Angleterre, soit même à titre conservatoire et en attendant la fin du litige (*Mareva injunctions*) (39). La *Court of Appeal* a eu l'occasion de souligner que le recours à

(37) cf. *Penn v. Lord Baltimore*, précit. (*supra*, note 24) et les décisions citées *supra*, note 25 ; *adde Re Courtney, Ex parte Pollard* (1840) 4 Deac. 27 ; Mont. & Ch. 239 ; [1835-42] All E.R. Rep. 415 ; *Richard West and Partners (Inverness) Ltd. v. Dick* [1969] 2 Ch. 424, C.A. ; *Cook Industries Inc. v. Galliher* [1979] Ch. 439 ; *Alfred Dunhill Ltd. v. Sunoptic S.A.* [1979] F.S.R. 337, 368-369, C.A. ; comp. *M. v. Home Office* [1993] 3 W.L.R. 433, H.L. (méconnaissance, par le gouvernement britannique, d'une injonction à portée extraterritoriale de la *High Court* : application des règles du *contempt of court*) ; en doctrine, v. I.C.F. Spry, *The Principles of Equitable Remedies*, 4^e éd., Londres, 1990, p. 35 et s. ; B.A. Wortley, « The General Principles of Private International Law from the English Standpoint », R.C.A.D.I. 1947-II, 1, 60 et s.

(38) cf. T.C. Hartley, « Comity and the Use of Antisuit Injunctions in International Litigation », 35 Am. J. Comp. L. 487, 489-495 (1987) ; sur les origines de cette jurisprudence au début du XIX^e siècle, v. Hartley, p. 490 et note 15. Selon la pratique actuelle, le recours à pareille injonction se justifie dans deux hypothèses : lorsque le tribunal étranger n'est pas le juge naturel du litige et que la partie qui l'a saisi n'a pas de raison légitime de préférer de plaider à l'étranger plutôt qu'en Angleterre (les critères d'appréciation sont proches de ceux de la doctrine du *forum non conveniens*, mais ne s'identifient pas à eux : *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. Lee Kui Jak* [1987] A.C. 871, P.C.) ; ou lorsque la demande introduite à l'étranger a, en elle-même, un caractère vexatoire et abusif et qu'il convient d'y mettre fin définitivement (par exemple en raison de l'évidente incompétence internationale du tribunal américain saisi d'un litige en matière de concurrence : *Midland Bank plc v. Laker Airways Ltd.* [1986] Q.B. 689, C.A.). Mais pour le *rejet* de demandes tendant à ce qu'il soit mis fin à des litiges introduits aux Etats-Unis, v. *British Airways Board v. Laker Airways Ltd.* [1985] A.C. 58 (pas d'incompétence manifeste du juge saisi) ; *Bank of Tokyo Ltd. v. Karoon* [1987] A.C. 45 n., C.A. ; *South Carolina Insurance Co. v. Assurantie Maatschappij "de Zeven Provinciën" N.V.* [1987] A.C. 24. — Pour une injonction interdisant l'exécution d'un jugement étranger frauduleusement obtenu, v. *Ellerman Lines, Ltd. v. Read* [1928] 2 K.B. 144, C.A.

(39) La pratique des *Mareva injunctions* (ainsi dénommées d'après l'arrêt *Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulk Carriers S.A.* [1975] 2 Lloyd's Rep. 509, C.A.) ne concernait au départ que les avoirs détenus en Angleterre, et dont il fallait empêcher le transfert à l'étranger. Pour son extension aux avoirs détenus à l'étranger, v. notamment *Babanaft International Co. S.A. v. Bassatne* [1990] Ch. 13, C.A. ; *Republic of Haiti v. Duvalier* [1990] 1 Q. B. 202, C.A. ; *Derby & Co. Ltd. v. Weldon* [1990] Ch. 48, C.A. ; *adde* L. Collins, « The Territorial Reach of Mareva Injunctions » (1989) 105 L.Q.R. 262, et du même auteur « Provisional and Protective Measures in International Litigation », R.C.A.D.I. 1992-III, 9, 112-120 ; C. McLachlan, « Transnational Applications of Mareva Injunctions and Anton Piller Orders » (1987) 36 I.C.L.Q. 669 ; M. Hoyle, « The Mareva Injunction and Overseas Assets » [1989] 1 J.L.B.L. 15 ; *Page's Law of Banking*, 10^e éd., Londres/Edimbourg, 1989, p. 332 et s. ; D. Capper, « Worldwide Mareva Injunctions » (1991) 54 M.L.R. 329. — L'affaire *Derby v. Weldon*, mettant en jeu des allégations de fraude internationale, a fait de la *Court of Appeal* un véritable laboratoire d'innovations procédurales : *Derby & Co. Ltd. v. Weldon (Nos. 3 and 4)* [1990] Ch. 65

des mesures draconiennes comme la *Mareva injunction* à portée mondiale ne s'impose qu'en présence des cas (spécialement de fraude internationale) les plus graves (40).

Les juridictions américaines se reconnaissent le même pouvoir (41), dont on ne saurait condamner le principe même au motif qu'il peut donner lieu, et qu'il a donné lieu, à des abus.

117. L'abus possible provient, nous l'avons dit, de l'exercice de ce pouvoir d'injonction sans que la compétence internationale du tribunal soit au préalable solidement établie. Là encore, ce sont les limites de la compétence étatique qu'il convient de rechercher ; et là encore, les exigences du droit international ne doivent assurément être ni sousestimées, ni surestimées. Il n'est pas douteux qu'en matière contractuelle, et à moins que sa compétence à l'égard du défendeur n'ait été arbitrairement affirmée en l'absence de tout contact sérieux de l'affaire avec l'Etat du for, un tribunal peut ordonner l'exécution en nature du contrat, même sur le territoire d'un Etat étranger (42). En revanche, il n'est guère douteux non plus qu'un juge anglais excéderait sa compétence internationale s'il prétendait interdire, dans le cadre d'une *Mareva injunction*, à des tiers non-résidents (tels des banquiers étrangers) de se dessaisir d'avoirs détenus pour le compte du défendeur ; les tribunaux anglais en sont conscients et limitent expressément la portée de leurs injonctions au défendeur lui-même et aux tiers résidents (43). En somme, de même

(nomination d'un administrateur provisoire des avoirs de sociétés étrangères parties à la conspiration frauduleuse alléguée) ; *Derby & Co. Ltd. v. Weldon* (No.6) [1990] 1 W.L.R. 1139 (affirmant — sans l'exercer — la compétence du juge anglais d'ordonner le transfert en Angleterre d'avoirs détenus à l'étranger).

(40) V. les trois affaires citées *supra*, note 39 et *Rossee Ltd. v. Oriental Commercial Shipping (U.K.) Ltd.* [1990] 1 W.L.R. 1387, C.A. ; *Ghoth v. Ghoth* [1992] 2 All E.R. 920, C.A.

(41) V. déjà *Massie v. Watts*, 6 Cranch (10 U.S.) 148 (1810) ; *Blackmer v. United States*, 284 U.S. 421 (1932) ; E. Messner, « The Jurisdiction of a Court of Equity over Persons to Compel the Doing of Acts Outside the Territorial Limits of the State », 14 Minn. L. Rev. 494 (1930) et le *Restatement de 1934*, cité *supra*, n° 97 ; *adde* E. Scoles/P. Hay, *Conflict of Laws*, 2^e éd., St. Paul, 1992, p. 350 et s. ; v. aussi G. Bermann, « The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation », 28 Colum. J. Transnat'l L. 587 (1990). — Comp., pour le refus d'un tribunal belge de déclarer exécutoire une *antisuit injunction* américaine (motifs pris de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, garantissant le droit à l'accès à la justice), Trib. civ. Bruxelles 18 décembre 1989, J.T. 1992. 438, obs. critiques Born et Fallon.

(42) G. Jones/W. Goodhart, *Specific Performance*, Londres, 1986, spéc. p. 107 et s. ; comp. Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, 7^e éd., t. II, 1983, n° 607, p. 336. — Ce pouvoir peut également exister lorsque la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 est applicable, dans la mesure où l'article 5, 1^o n'est qu'un chef de compétence parmi d'autres (cf. Jones/Goodhart, p. 179-180) ; son exercice n'est pas non plus contraire au droit international général : v. C. Staker, « Public International Law and the *lex situs* Rule in Property Conflicts and Foreign Expropriations » (1987) 58 B.Y.B.I.L. 151, 195.

(43) La *Mareva injunction* constitue certes un ordre *in personam* adressé au seul défendeur, mais le demandeur prendra soin de la notifier aux tiers susceptibles de détenir des avoirs pour le compte de celui-ci ; ces tiers se rendraient coupables de complicité de *contempt of court* en donnant suite aux instructions de transfert du défendeur (cf. L. Collins, *op. cit.*, 105 L.Q.R., p. 265). — La limitation de la portée de l'injonction est connue sous le nom de *Babanaft proviso*, d'après la solution retenue dans l'arrêt *Babanaft International Co. v. Bassatne*, précité.

qu'un Etat peut édicter des normes générales et impersonnelles à portée extraterritoriale s'il existe des contacts suffisants entre cet Etat et la situation à réglementer, de même les juridictions d'un Etat peuvent, en présence de contacts suffisants avec le comportement à ordonner ou interdire, prononcer des injonctions à caractère extraterritorial. Au regard du droit international, ce sont deux aspects du même pouvoir (44).

Il est des situations où ce pouvoir, même si la compétence internationale de l'Etat existe réellement, ne peut être exercé sans froisser, d'une manière ou d'une autre, une souveraineté étrangère. Le droit interne peut prévoir à cet égard des limitations qui vont au-delà de ce qui est exigé par le droit international (45) ; ce qui nous intéresse est la question de savoir si des limitations sont imposées par le droit international lui-même.

C. — LA DISTINCTION ENTRE REVENDICATION ET EXERCICE DE LA COMPÉTENCE : LES CONFLITS DE COMPÉTENCES

118. Deux Etats peuvent en fait, dans l'exercice de leurs compétences concurrentes, adopter des attitudes divergentes et inconciliables à propos de la même situation et à propos du comportement du même individu. La concurrence de compétences conduit, dans ce cas, à un conflit de compétences.

On distinguera utilement deux questions liées, mais différentes : la légitimité de la revendication, par l'Etat, de sa compétence à l'égard d'une situation — ou, si l'on veut, l'existence même de sa compétence — d'une part ; et, d'autre part, la

(44) Il s'ensuit que, l'exercice du pouvoir d'injonction n'est indiqué que si l'Etat du for est compétent (en raison de la nationalité du défendeur ou d'autres contacts suffisants avec le for) pour réglementer la conduite du défendeur à l'étranger : comp. L. Collins, *op. cit.*, 105 L.Q.R., p. 285-286 ; F.A. Mann, *op. cit.*, R.C.A.D.I. 1984-III, p. 47-49. Les tribunaux anglais paraissent cependant parfois s'être contentés d'une vérification de leur compétence au regard des textes de droit commun définissant leur compétence dans les litiges internationaux : v. *Republic of Haiti v. Duvalier* [1990] 1 Q.B. 202, 216, *per* Staughton L.J. ; mais cf. *Castanho v. Brown & Root (U.K.) Ltd.*, précit., p. 573-574 (« it is a question of fact to be determined in the light of the particular circumstances of the case whether one who is suing abroad has sufficient connection with England to justify the granting of an injunction restraining him from proceeding with his foreign suit »).

(45) On peut certes admettre qu'il n'appartient pas aux juridictions françaises de statuer sur une demande en annulation d'une voie d'exécution pratiquée à l'étranger (Civ. 12 mai 1931, S. 1932. 1. 137, note Niboyet ; Civ. 1^{re} 4 mai 1976, R. 1977. 352, 1^{re} espèce, note D. Mayer ; T.G.I. Paris 29 juin 1988, R. 1990. 339, note Ancel ; T.G.I. Lyon 4 mai 1993, D. 1994. 55, note Rémy) ; outre le fait que pareille immixtion directe dans le fonctionnement d'un service public étranger pourrait effectivement être contraire au « principe de l'indépendance et de la souveraineté respectives de l'Etat » invoqué par la Cour de cassation dans son arrêt du 12 mai 1931, elle serait en tant que telle vouée à rester un *brutum fulmen* inefficace. Mais les mêmes motifs justifient-ils vraiment le rejet d'une action en dommages-intérêts pour saisie abusive à l'étranger (Civ. 12 mai 1931, précit. ; cf. Paris 7 juillet 1954, *Patiño*, R. 1954. 552 557, note Francescakis) ? Il est permis d'en douter ; Niboyet (note précit., p. 139) souligne que la Cour est allée trop loin en exagérant le domaine de la souveraineté étrangère, et ajoute que « rien n'empêcherait les tribunaux français, à l'occasion d'une saisie qui se déroule hors de France, de condamner le saisissant à une *astreinte*, en vertu de leur pouvoir comminatoire, pour l'obliger à cesser les poursuites qu'il a entamées ».

légitimité de son exercice effectif en cas de conflit avec la compétence d'un Etat tiers (46). La distinction s'impose dans un souci de bonne méthode : il n'est nullement évident, *a priori*, qu'une compétence légitimement revendiquée pourra toujours être exercée sans qu'il faille vérifier si la loi du lieu d'exécution permet l'exécution du commandement des autorités du for. Valablement saisi d'un litige contractuel, un tribunal français peut certes ordonner l'exécution en nature du contrat, même s'il tend à l'exportation de guano du Pérou ; il ne s'ensuit pas pour autant nécessairement que cette exécution en nature peut toujours être ordonnée s'il s'avère que le gouvernement péruvien vient d'interdire, dans un but de politique économique, l'exportation de ce produit. De même, à supposer qu'un tribunal ait compétence pour ordonner à une partie de produire une pièce détenue à l'étranger, l'existence d'une législation étrangère prohibant cette communication peut légitimement le faire hésiter avant d'exercer son pouvoir (47).

Il a parfois été soutenu que le droit international ne limite que la revendication de compétences par les Etats ; du moment qu'un Etat est compétent pour réglementer une situation, l'exercice de cette compétence n'est pas affecté par l'existence d'un commandement contraire d'un autre Etat, fût-il l'Etat sur le territoire duquel doit se dérouler le comportement en question (48). Basdevant en particulier a reproché à la Cour Permanente de Justice Internationale d'avoir, dans l'affaire du *Lotus*, trop libéralement admis les concurrences de compétences : « Le principe dont la Cour s'est inspirée, écrit-il, conduit ... à laisser sans solution le conflit venant à surgir entre deux compétences concurrentes. Si la compétence d'un Etat naît d'une décision de celui-ci en vertu de sa souveraineté, on risque de se trouver entre deux décisions contradictoires émanant de deux Etats, chacun d'eux, par exemple, affirmant sa compétence : ces deux affirmations contradictoires sont de valeur égale, et on ne voit aucune raison de faire prévaloir l'une sur l'autre » (49).

Ce point de vue n'est aujourd'hui plus guère défendu. Il est reconnu que le problème du conflit entre commandements étatiques peut également intéresser le droit international public. C'est le contenu de la solution qui fait difficulté.

§ 2. — Le droit international public des conflits de compétences

119. Il n'y a, en matière de conflits entre commandements contradictoires, pas de conventions internationales (50) ; c'est par conséquent la solution du droit

(46) cf. J.-M. Bischoff/R. Kovar, « L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la communauté », J.D.I. 1975. 675, n° 4.

(47) « *The task before us ... is not one of defining power but of developing rules governing the proper exercise of power* » : *United States v. First National City Bank*, 396 F.2d 897, 901 (2d Cir. 1968), cf. *supra*, n° 100.

(48) v. S. Metzger, « The Restatement of the Foreign Relations Law of the United States : Bases and Conflicts of Jurisdiction », 41 N.Y.U. L. Rev. 7, 19-20 (1966) ; comp. P. Demaret, « L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques : une question de droit ou de diplomatie ? », Rev. trim. dr. eur. 1985. 1, 35.

(49) J. Basdevant, « Règles générales du droit de la paix », R.C.A.D.I. 1936-IV. 475, 599.

(50) Le Canada avait proposé, dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé, l'élaboration d'une convention sur les conflits de compétences en matière de droit économique (v.

international coutumier qu'il faut rechercher : « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit », selon l'article 38.1.b du Statut de la Cour Internationale de Justice. La pratique étatique à prendre en considération n'est pas limitée à la pratique des organes chargés des relations extérieures des Etats : il est important, pour nos besoins, de noter que les décisions des *juridictions* internes ne sont pas seulement un « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit », au même titre que « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » (51), mais qu'elles peuvent constituer en elles-mêmes, sous certaines conditions, des éléments de pratique étatique (52). Cette pratique n'est concluante que sous la double condition d'être « générale » (une notion à laquelle nous aurons à revenir) et de s'accompagner de l'*opinio juris* : comme l'a rappelé la Cour Internationale de Justice dans l'affaire du *Plateau Continental de la mer du Nord*, « les Etats intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence, ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. Il existe nombre d'actes internationaux ... qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique » (53). La jurisprudence interne en particulier ne peut donc être prise en considération que dans la mesure où elle se fonde réellement sur des considérations de droit international.

Ce rappel préliminaire des principes applicables étant fait, il s'agira d'examiner à leur lumière la pratique existante ; et, plus particulièrement, de confronter le critère territorialiste — qui correspond à la solution classique du conflit — au critère, d'origine américaine, des intérêts étatiques en cause.

A. — LE CRITÈRE TERRITORIALISTE

120. Personne ne soutient qu'il existerait des règles de droit international établissant, pour tous les cas de concurrences de compétences étatiques, une hiérarchie stricte des différents chefs de compétence possibles. Mais pour ce qui est du conflit entre une norme extraterritoriale et les prohibitions de l'Etat exerçant la souveraineté territoriale sur le lieu d'exécution, une fraction importante de la doctrine estime que le droit international impose le respect des prohibitions locales.

le compte-rendu par P. Volken, ASDI 1985. 39, 44-45), projet qui a été abandonné (P. Volken, ASDI 1989. 153, 160).

(51) Article 38.1.d du Statut.

(52) M. Akehurst, « Custom as a Source of International Law » (1974-1975) 47 B.Y.B.I.L. 1, 8-10 ; J. Barberis, « Réflexions sur la coutume internationale », A.F.D.I. 1990. 9, 32-33 ; S. Sur, « Sources du droit international : la coutume », *Jurisl. Int.*, fasc. 13-2, n° 53 ; comp. *United States v. Smith*, 5 Wheat. (18 U.S.) 153, 160-161 (1820) ; *In re Piracy Jure Gentium* [1934] A.C. 586, 588, P.C.

(53) Arrêt du 20 février 1969, Rec., p. 3, 45.

Cette opinion fait depuis longtemps l'objet d'un large consensus doctrinal en Angleterre (54), mais elle se retrouve aussi chez d'autres auteurs (55).

Le critère territorialiste de solution des conflits de compétences peut s'appuyer sur des considérations d'ordre général tirées de l'importance particulière traditionnellement reconnue à la souveraineté territoriale et au principe de non-intervention (56) ; il trouve peut-être son expression la plus concise dans l'article 7 de la Résolution sur l'application extra-territoriale du droit des ententes, adoptée par l'*International Law Association* en 1972 :

« Dans le cas de compétence concurrente de deux ou plusieurs Etats créant un conflit relatif au comportement d'une personne :

(a) aucun Etat n'imposera un comportement sur le territoire d'un autre Etat qui serait contraire à la loi de ce dernier Etat, et

(b) chaque Etat, en appliquant sa propre loi au comportement dans un autre Etat, respectera les intérêts importants et la politique économique de cet autre Etat » (57).

L'alinéa (b) doit s'appliquer à une situation où le comportement ordonné par la norme extraterritoriale n'est pas à proprement parler illégal au regard de la loi du souverain territorial, mais simplement contraire aux conceptions de politique économique de cet Etat, telles qu'elles s'expriment par des interventions, moins contraignantes, de ses pouvoirs publics. A ce propos, l'*International Law Association* ne propose pas un respect absolu des souhaits ou initiatives du gouvernement local (58), mais un exercice de balance des intérêts — proposition qu'il convient de ne pas confondre avec la position américaine qui estime que même une intervention contraignante du souverain territorial ne s'impose pas nécessairement au juge américain. C'est l'alinéa (a) qui correspond à la solution territorialiste des véritables conflits de compétences.

121. Qu'en est-il de la pratique étatique ?

Dans sa demi-prise de position sur la « doctrine des effets » en matière de concurrence et sur les conflits de compétences, dans l'affaire des *Entreprises de*

(54) L. Oppenheim/H. Lauterpacht, *International Law*, vol. I, 8^e éd., Londres/New York/Toronto, 1955, p. 295-296 (comp. la 9^e éd., par R.Y. Jennings/A.D. Watts : *Oppenheim's International Law*, Londres, 1992, I, p. 464 et s.) ; R.Y. Jennings, « Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws » (1957) 33 B.Y.B.I.L. 146, 151 ; F.A. Mann, *op. cit.*, R.C.A.D.I. 1984-III, p. 45-46 ; I. Brownlie, *op. cit.*, p. 310 ; D.W. Bowett, *op. cit.*, p. 7-8 ; A.D. Neale/M.L. Stephens, *International Business and National Jurisdiction*, Oxford, 1988, p. 205 et s. ; comp. M. Akehurst, *op. cit.* (*supra*, note 1), p. 188 et s.

(55) D. Carreau, *Droit international*, 3^e éd., 1991, n° 901 ; comp. A. Verdross/B. Simma, *op. cit.*, §1189, p. 786 ; M. Sørensen (éd.), *Manual of Public International Law*, Londres/New York, 1968, p. 360.

(56) cf. D.W. Bowett, *op. cit.*, p. 15-18, et la référence à la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 24 octobre 1970 (résolution relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats).

(57) I.L.A., *Report of the 55th Conference* (New York, 1972), p. xx, xxii.

(58) Comp. certains des mémoires déposés devant la Cour Suprême des Etats Unis, dans l'affaire des exportations japonaises de produits électroniques, cités *supra*, n° 76, note 21.

« *pâte de bois* », la Cour de justice des Communautés européennes a fait preuve d'une remarquable prudence :

« En ce qui concerne l'argument tiré de la violation du principe de non-intervention, il convient de préciser que les requérants membres de la KEA se sont référés à une règle selon laquelle, lorsque deux Etats ont compétence pour édicter et pour exécuter des normes et que leurs normes aboutissent à ce qu'une personne se voit imposer des ordres contradictoires quant au comportement qu'elle doit adopter, chaque Etat serait tenu d'exercer sa compétence avec modération. Les requérants en ont conclu qu'en appliquant son droit de la concurrence en méconnaissance de cette règle, la Communauté a porté atteinte au principe de non-intervention.

Sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur l'existence en droit international d'une règle telle que celle invoquée, il suffit de constater que les conditions d'application n'en sont, en toute hypothèse, pas remplies. En effet, il n'y a pas, en l'espèce, de contradiction entre le comportement prescrit par les Etats-Unis et celui prescrit par la Communauté, étant donné que la loi Webb-Pomerene se borne à exempter de l'application des lois antitrust américaines la conclusion de tels accords » (59).

Tout ce que l'on peut déduire de cet arrêt, c'est que la Cour paraît ne pas faire sienne la conception exprimée, par exemple, dans l'article 7 (b) de la Résolution précitée de l'*International Law Association* : elle estime que le droit international n'exige pas d'elle la prise en considération d'interventions non contraignantes des pouvoirs publics étrangers. L'arrêt ne se prononce en revanche pas sur la question qui nous intéresse. La Commission des Communautés européennes — dont la pratique présente, au regard du droit international général, un intérêt au moins équivalent — était allée un peu plus loin ; elle avait reconnu l'existence, en droit international, d'un principe de non-intervention, mais avait relevé, pour démontrer que ce principe avait en l'espèce été respecté, qu'il « fait une nette distinction entre la contrainte et la simple autorisation » (60).

La pratique des Etats est, l'on s'en félicitera, moins réservée. Nous avons vu notamment que la jurisprudence s'incline toujours, en matière contractuelle, devant les prohibitions de la loi locale, qui libèrent le débiteur de ses obligations (61). Existe-t-il une *opinio juris* correspondant à cette pratique générale ? Il le semble bien ; si les tribunaux français sont normalement indifférents aux aspects de droit international de la question, les juges anglais estiment depuis l'arrêt *Ralli* que la solution est imposée par la *comity* internationale (62). La notion de *comity* est certes susceptible de plusieurs sens ; elle constitue parfois un écho, en droit international privé anglais, de la *comitas* de l'école hollandaise des conflits de lois ; parfois, elle correspond à la courtoisie internationale dépourvue de caractère obligatoire ; mais parfois aussi, elle est utilisée par les tribunaux comme synonyme de « droit

(59) C.J.C.E. 27 septembre 1988, *Ahlström*, aff. 89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85, Rec., p. 5193, 5244 (cf. *supra*, n° 78).

(60) Rapport d'audience, Rec., p. 5209. V. aussi les conclusions de l'avocat général, M. Darmon, Rec., p. 5229.

(61) cf. *supra*, n° 10 et s.

(62) *Ralli Brothers v. Compañia Naviera Sota y Aznar* [1920] 2 K.B. 287, 304, C.A. (*supra*, n° 38) ; *Regazzoni v. K.C. Sethia (1944) Ltd.* [1958] A.C. 301, 323, per Lord Reid ; *United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada* [1982] Q.B. 208, 228, per Stephenson L.J.

international public » — un synonyme discret peut-être, mais un synonyme quand même (63). C'est manifestement l'analyse qui s'impose à propos de la jurisprudence *Ralli* (64).

En dehors du contexte contractuel aussi, l'existence d'une règle de droit international interdisant aux Etats d'enjoindre à des individus de violer les lois locales a été affirmée par les tribunaux (65) ; en France, l'arrêt de la chambre criminelle dans l'affaire *Air Afrique* (66) témoigne sans doute de considérations du même ordre, de même d'ailleurs que certains éléments de la pratique du pouvoir législatif (67). On y ajoutera des prises de position diplomatiques, éléments de pratique particulièrement importants (68).

Il n'est pas téméraire d'en conclure qu'il existe, *en dehors des Etats-Unis d'Amérique*, une « pratique générale, acceptée comme étant le droit » en faveur du critère territorialiste de solution des conflits de compétences (69). La pratique

(63) F.A. Mann, *Foreign Affairs in English Courts*, Oxford, 1986, p. 137 et s. ; I. Brownlie, *op. cit.*, p. 29-30. Un phénomène semblable peut être observé en France dans la jurisprudence de la Cour de cassation, qui a justifié les immunités des Etats étrangers tantôt par la « courtoisie internationale » (Civ. 1^{re} 2 novembre 1971, R. 1970. 310, note Bourel ; J.D.I. 1972. 267, note Pinto), tantôt par des « principes de droit international privé » (Civ. 1^{re} 14 mars 1984, R. 1984. 644, note Bischoff ; J.D.I. 1984. 598, note Oppetit), tantôt, plus exactement, par le droit international public (Civ. 1^{re} 4 février 1986, R. 1986. 718, note Mayer ; 20 octobre 1987, R. 1988. 727, note Mayer). — Les tribunaux américains se servent eux aussi de la notion de *comity* — mais dans un sens très différent, qu'ils empruntent à un arrêt suranné de la Cour Suprême rendu en matière de reconnaissance des jugements étrangers (« *Comity* », in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation on the one hand, nor of mere courtesy and good will upon the other » : *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 163-164 (1895)) et citent, avec un brin de malice, à l'appui de la proposition qu'en cas de conflit de compétences, le respect des prohibitions locales ne constitue pas une obligation absolue : v. not. *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court*, 482 U.S. 522, 543, note 27 (1987).

(64) cf. F.A. Mann, *Foreign Affairs ...*, p. 155

(65) « *International law generally recognizes the right of a state to regulate the conduct of its own nationals even outside its jurisdiction, provided that this does not involve disobedience to the local law* » : *Mackinnon v. Donaldson, Lufkin and Jenrette Corp.* [1986] 1 Ch. 482, 496 (Hoffmann J.) ; comp. la jurisprudence citée *supra*, n° 91 et s.

(66) Crim. 28 février 1986, cité *supra*, n° 88.

(67) cf. le texte législatif cité *supra*, n° 89 ; adde le Rapport de M. Failliot fait à la Chambre des Députés au sujet du projet de loi ratifiant le décret relatif à l'interdiction des relations commerciales avec l'Allemagne et l'Autriche-Hongrie (extraits à la R. 1917. 646) : « [Les Français établis à l'étranger] sont soumis à la fois aux lois de leur pays et aux lois du pays dans lequel ils résident. Si ces lois sont en conflit, c'est aux lois du pays dont ils reçoivent l'hospitalité que doivent se conformer, d'après un principe admis en droit international, les étrangers résidant dans ce pays ».

(68) V. not. l'aide-mémoire britannique du 20 octobre 1969 adressé à la Commission des Communautés Européennes, reproduit in I. Brownlie, *op. cit.*, p. 311, 314-315 ; les différentes prises de positions du gouvernement suisse dans l'affaire *Marc Rich S.A.* : ASDI 1984. 160 et s. ; les mémoires des gouvernements français, allemand, suisse et britannique dans l'affaire *Aérospatiale* (*supra*, n° 100), 25 I.L.M. 1519, 1539, 1549, 1557 (1986) ; adde A.V. Lowe, « International Law Issues Arising in the "Pipeline" Dispute : The British Position », G.Y.B.I.L. 27 (1984) 54, 58, note 22.

(69) Le mémoire britannique dans l'affaire *Aérospatiale*, 25 I.L.M. 1557, 1563, note 16, souligne à propos des différents Etats ayant adopté des « lois de blocage » : « *To the best of our knowledge, these nations have not, in peacetime, ever repudiated the territorial preference for resolving jurisdictional disputes, even in situations where this means foregoing their own claim to jurisdiction* ».

américaine, quant à elle, est du moins en partie favorable à un critère différent : celui des intérêts étatiques en cause.

B. — LE CRITÈRE DES INTÉRÊTS ÉTATIQUES EN CAUSE

122. La pratique américaine elle-même n'est pas uniforme. Même en faisant abstraction de la matière des contrats, où l'effet libératoire du fait du prince étranger est reconnu sans difficultés (70), on se rappellera que le droit américain de la concurrence reconnaît une *foreign sovereign compulsion defense* et s'incline, sans « balance des intérêts » préalable, devant les commandements de l'Etat sur le territoire duquel a lieu le comportement dont les effets se font ressentir aux Etats-Unis (71). C'est, en fait, presque exclusivement en matière de *discovery* internationale — et pour les raisons quelque peu contingentes que nous avons tenté de décrire — que le respect des normes territoriales a été écarté au profit des critères proposés par le Second *Restatement* et d'une évaluation (impartiale ?) des intérêts en cause (72). Est-il possible, dès lors, d'établir — même pour les besoins du juge américain — une règle générale prescrivant l'emploi systématique du *balancing of interests test* ? L'*American Law Institute* reste toujours de cet avis ; son troisième *Restatement* du droit des relations extérieures des Etats-Unis, publié en 1987, propose d'une manière générale de ne tenir compte du conflit avec les commandements d'un autre Etat que dans le cadre d'une espèce de « règle de raison » fondée sur l'évaluation des intérêts en cause :

« § 403. Limitations on Jurisdiction to Prescribe

(1) Even when one of the bases for jurisdiction under § 402 is present, a state may not exercise jurisdiction to prescribe law with respect to a person or activity having connections with another state when the exercise of such jurisdiction is unreasonable.

(2) Whether exercise of jurisdiction over a person or activity is unreasonable is determined by evaluating all relevant factors, including, where appropriate :

a) the link of the activity to the territory of the regulating state, *i.e.*, the extent to which the activity takes place within the territory, or has substantial, direct, and foreseeable effects upon or in the territory ;

b) the connections, such as nationality, residence or economic activity, between the regulating state and the person principally responsible for the activity to be regulated, or between that state and those whom the regulation is designed to protect ;

(70) *Supra*, n^{os} 46 et s.

(71) *Supra*, n^{os} 75 et s.

(72) *Supra*, n^{os} 97 et s. — Un arrêt, peu concluant, de la Cour d'appel pour le Cinquième Circuit a appliqué le critère de la balance des intérêts à un litige opposant un syndicat professionnel à un employeur qui entendait transférer certains services des Etats-Unis au Salvador, sur demande du gouvernement salvadorien : *Airline Pilots Association v. TACA International Airlines, S.A.*, 748 F.2d 965, 971-972 (5th Cir. 1984) ; cf. *Pfeiffer v. Wm. Wrigley Jr. Co.*, 755 F.2d 554 (7th Cir. 1985) (également rendu dans le contexte social, mais avec une nette préférence pour la réglementation territoriale étrangère : une entreprise américaine employant des salariés en Allemagne ne viole pas la législation américaine contre la discrimination en raison de l'âge, si elle ne fait que se conformer à ses obligations dérivant des lois allemandes sur l'âge de la retraite).

c) the character of the activity to be regulated, the importance of regulation to the regulating state, the extent to which other states regulate such activities, and the degree to which the desirability of such regulation is generally accepted ;

d) the existence of justified expectations that might be protected or hurt by the regulation ;

e) the importance of the regulation to the international political, legal or economic system ;

f) the extent to which the regulation is consistent with the traditions of the international system ;

g) the extent to which another state may have an interest in regulating the activity ; and

h) the likelihood of conflict with regulation by another state.

(3) When it would not be unreasonable for each of two states to exercise jurisdiction over a person or activity, but the prescriptions by the two states are in conflict, each state has an obligation to evaluate its own as well as the other state's interest in exercising jurisdiction, in light of all the relevant factors, Subsection (2) ; a state should defer to the other state if that state's interest is clearly greater » (73).

L'enseignement implicite de l'alinéa 3 de cette section 403 est que le conflit de compétences ne se résout pas nécessairement sur base d'un critère territorialiste ; la section 442, consacrée aux conflits en matière de *discovery*, le confirme en précisant qu'une législation étrangère interdisant la communication de renseignements n'est pas un obstacle absolu à l'exercice de ses prérogatives par le juge américain.

Ceci dit, le seul fait que l'*American Law Institute* approuve une pratique ne la rend pas conforme au droit international. Il s'agit en effet, nous l'avons dit, d'une pratique qui n'a rien de systématique en droit américain et qui reste isolée sur le plan international (74). Elle a été dénoncée comme contraire au droit international par les gouvernements d'autres Etats (75). Dans ces circonstances, il resterait possible de soutenir que c'est la pratique contraire, suivie par les autres Etats, qui est l'exacte expression d'une règle coutumière se rattachant aux principes de souveraineté territoriale et de non-intervention : comme le souligne l'arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, une pratique étatique ne cesse pas de constituer une pratique « générale » parce qu'elle est parfois méconnue :

« Il ne faut pas s'attendre à ce que l'application des règles en question soit parfaite dans la pratique étatique ... La Cour ne pense pas que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les Etats y conforment leur conduite d'une manière générale et qu'ils traitent eux-mêmes les

(73) *Restatement, Third, Foreign Relations Law of the United States*, vol. I, p. 244-245.

(74) v. W. Meng, « Extraterritorial Effects of Administrative, Judicial and Legislative Acts », *Encyclopaedia of Public International Law*, vol. VIII, Amsterdam/New York/Oxford, 1985, p. 155, 160 ; comp. W. Veelken, *Interessenabwägung im Wirtschaftskollisionsrecht*, Baden-Baden, 1988, p. 123 et s.

(75) cf. *supra*, n^o 121, note 68. — Comp. F.A. Mann, *op. cit.*, R.C.A.D.I. 1984-III. 9, 95 : « Where the large majority of nations co-exist harmoniously but there is tension and disagreement between them and a single other State, the presumption is that the latter is wrong in law ».

comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle » (76).

Et pourtant, il faut reconnaître que la question de la licéité de la pratique américaine en matière de conflits de compétences n'est pas définitivement résolue. Le critère de la « balance des intérêts », s'il n'inspire pas la pratique étatique en dehors des Etats-Unis, a cependant convaincu — par sa souplesse sans doute — une partie de la doctrine, notamment en France (77) et en Allemagne (78). Aucune juridiction internationale ne s'est prononcée sur la question.

123. Il serait excessif de terminer ces observations sur une note de scepticisme absolu. D'une part, et nous y reviendrons, dire qu'il n'est pas définitivement établi que le droit international condamne tous les aspects de la pratique américaine n'est pas dire que le juge français devrait se mettre, lui aussi, à balancer des intérêts. D'autre part, et tout en restant au niveau plus abstrait du droit international général, les divergences entre le critère territorialiste et le critère des intérêts étatiques ne doivent pas être exagérées. En prenant l'*American Law Institute* comme interprète autorisé du critère des intérêts étatiques, on observera que le commentaire de la section 441 du troisième *Restatement* précise que même dans ce contexte, il existe « ordinairement » une « préférence territoriale » (79). La section 441 formule une règle souple certes, mais qui n'est pas fondamentalement différente de celle proposée par l'article 7 (a) de la Résolution de l'*International Law Association* (80) :

« § 441. Foreign State Compulsion

(1) In general, a state may not require a person

(a) to do an act in another state that is prohibited by the law of that state or by the law of the state of which he is a national ; or

(b) to refrain from doing an act in another state that is required by the law of that state or by the law of the state of which he is a national.

(2) In general, a state may require a person of foreign nationality

(a) to do an act in that state even if it is prohibited by the law of the state of which he is a national ;

or

(b) to refrain from doing an act in that state even if it is required by the law of the state of which he is a national ».

(76) Arrêt sur le fond du 27 juin 1986, Rec., p. 13, 98 (à propos de l'interdiction du recours à la force et de l'intervention dans les affaires intérieures des autres Etats).

(77) J.-M. Bischoff/R. Kovar, *op. cit.*, n° 40 ; P. Mayer, *op. cit.*, R. 1979. 1, n° 106 ; B. Stern, *op. cit.*, p. 45 et s.

(78) W. Meng, *op. cit.* ; K.M. Meessen, *Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts*, Baden-Baden, 1975, spéc. p. 198 et s., et du même auteur « Kollisionsrecht als Bestandteil des allgemeinen Völkerrechts : Völkerrechtliches Minimum und kollisionsrechtliches Optimum », *Festschrift F.A. Mann*, Munich, 1977, p. 227 et « Antitrust Jurisdiction Under Customary International Law », 78 A.J.I.L. 783 (1984).

(79) § 441, *comment b*, p. 342.

(80) Résolution de 1972 citée *supra*, n° 120.

Cette section, dont le commentaire indique qu'elle constitue une application de la règle générale de la section 403(3) ci-dessus reproduite, établit par conséquent une présomption en faveur du respect des normes territoriales. Si la section suivante (sect. 442) fait entendre que cette présomption n'est pas particulièrement forte en matière de *discovery* internationale, son commentaire souligne qu'il en va différemment dans le cas d'un conflit concernant le fond du droit, et non la procédure (81).

Dans une situation importante au moins, la solution résultant de l'application des deux critères devrait d'ailleurs concorder : il s'agit du cas du contrat international dont l'exécution se heurterait à une disposition du droit public du lieu d'exécution. Il est clair qu'un tribunal qui ordonnerait l'exécution en nature d'un contrat de vente malgré une interdiction d'exportation légitimement imposée par l'Etat de provenance des marchandises méconnaîtrait le droit international ; plus généralement, le pouvoir de police légitimement exercé sur le territoire d'un Etat étranger par les organes de celui-ci doit nécessairement prévaloir, en cas de conflit, sur des obligations contractuelles (82). Il importe peu que cette solution soit justifiée par le respect absolu de la souveraineté territoriale ou par une « balance des intérêts », dont le résultat ne serait pas douteux. Dans certains cas du moins, une condamnation à des dommages-intérêts pour inexécution du contrat pourrait donner lieu à la même appréciation critique ; mais ici il convient de distinguer entre les cas où la condamnation se présente réellement comme la sanction d'une obligation qu'il est fait grief au débiteur d'avoir violée en respectant les lois de police étrangères — et ceux où c'est uniquement la répartition des risques entre parties qui est en cause, l'impossibilité d'exécuter le contrat étant reconnue (83).

(81) § 442, *comment e*, p. 352.

(82) V. en ce sens W. Wengler, *Internationales Privatrecht*, *op. cit.*, p. 21.

(83) Une distinction assez similaire a traditionnellement été faite par la jurisprudence en matière d'arbitrabilité des litiges relatifs à des conventions contraires à une réglementation française de droit public économique. L'arbitre étant considéré comme incompetent pour connaître d'une demande fondée sur un contrat illicite, « matière qui intéresse l'ordre public » (sur cette solution traditionnelle, et sur sa remise en cause dans certaines décisions judiciaires récentes, v. notamment P. Level, « L'arbitrabilité », Rev. arb. 1992. 213, 234-239), il a été jugé que, de même que l'arbitre ne peut statuer sur une demande tendant à l'exécution en nature d'un contrat dont l'exécution se heurte à la réglementation, il ne peut statuer sur une demande en dommages-intérêts fondée sur l'inexécution du contrat en tant que telle (Com. 21 octobre 1981, Rev. arb. 1982. 264, 2^e espèce, note Blaise). En revanche, l'arbitre a été reconnu compétent pour connaître de questions « annexes » à la violation de l'ordre public (cf. P. Ancel, « Litiges arbitraux », *Jurisl. Procédure civile*, fasc. 1024, n° 111 et s.), comme la responsabilité d'un co-contractant pour non-obtention d'une licence administrative qu'il s'était engagé à obtenir ou dont il avait garanti la délivrance (Paris 22 janvier 1954, R. 1955. 165, 1^{re} espèce, note Mezger ; Orléans 15 mai 1961, R. 1961. 779, 1^{re} espèce, note Mezger ; Com. 15 juin 1967, J.D.I. 1968. 929, note Goldman ; Colmar 29 novembre 1968, J.C.P. 1970. II. 16246, note Oppetit et Level ; comp., en jurisprudence allemande, BGH 3 octobre 1956, WM 1956. 1432).

§ 3. — Le rôle des tribunaux internes dans les conflits de compétences

124. Les règles du droit international relatives aux conflits de compétences sont-elles directement applicables (84) devant le juge interne ? Les particuliers peuvent-ils s'en prévaloir ?

Dans l'affaire des *Entreprises de « pâte de bois »*, la Commission des Communautés européennes avait soutenu devant la Cour de justice — qui agit, en matière de concurrence, comme juridiction administrative interne de la Communauté — que « même si le principe de non-ingérence [invoqué par les requérantes américaines] s'appliquait, il ne pourrait être invoqué par des particuliers, mais uniquement par l'Etat lui-même » (85). Là encore, la Cour n'a pas clairement pris position ; tout en relevant que « les autorités des Etats-Unis n'ont pas soulevé d'objections tirées d'un éventuel conflit de compétence, lorsqu'elles ont été consultées par la Commission », elle a jugé que de toute façon le principe de non-ingérence n'avait pas été méconnu (86). Mais l'observation de la Commission n'est sans doute pas dépourvue de valeur, du moins en tant qu'elle s'applique au principe de non-intervention tel que l'entendaient les requérantes. Celles-ci, rappelons-le, n'invoquaient pas un conflit ouvert avec une norme prohibitive américaine, mais invitaient la Cour de Justice à procéder à une *balance des intérêts* en tenant compte du fait que leur entente était tolérée ou approuvée par les autorités américaines (87). C'est l'exercice de balance des intérêts étatiques qui peut causer difficulté au juge interne.

Les juges américains, il est vrai, se considèrent normalement comme habilités à évaluer, peser et comparer les intérêts étrangers et américains en cause — avec le résultat que l'on sait. Il y a eu des voix dissidentes parmi eux ; un jugement estime, notamment, que « le pouvoir judiciaire a peu d'expérience, ou peut-être même peu d'autorité, dans l'évaluation des politiques économiques et sociales d'un pays étranger » (88) ; en somme, comme l'a souligné un magistrat de la *High Court* anglaise pour refuser de reprendre à son compte la méthode américaine de solution des conflits en matière de *discovery*, « c'est un exercice qu'il est extrêmement difficile d'entreprendre d'une manière qui soit convaincante à l'extérieur de l'Etat du for » : les intérêts du for auraient toujours tendance à prédominer (89). Par ailleurs, l'idée même d'une appréciation et comparaison des intérêts étatiques en

(84) Sur cette notion, v. J. Verhoeven, « La notion d'applicabilité directe du droit international », *Rev. b. dr. int.* 1980. 243 ; Combacau et Sur, *op. cit.*, p. 178 et s.

(85) Rapport d'audience, C.J.C.E. 27 septembre 1988, *Ahlström*, aff. 89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85, *Rec.*, p. 5193, 5209 (cf. *supra*, n° 121).

(86) *Rec.*, p. 5244.

(87) Rapport d'audience, *Rec.*, p. 5207.

(88) *In re Uranium Antitrust Litigation*, 480 F. Supp. 1139, 1148 (N.D. Ill. 1979). Le tribunal n'en déduit cependant pas qu'il doit s'incliner devant les lois de blocage étrangères invoquées, mais au contraire qu'elles ne peuvent pas être prises en considération du tout.

(89) *Mackinnon v. Donaldson, Lufkin and Jenrette Corpn.* [1986] 1 Ch. 482, 489 (Hoffmann J.).

cause reste, à l'heure actuelle encore, très largement étrangère aux traditions judiciaires françaises (90).

125. Le même doute n'est plus de mise, à notre sens, en cas de conflit net avec une prescription impérative de la loi locale, par exemple en matière contractuelle. Dans ce cas, nous l'avons dit, l'ordre d'exécuter le contrat serait lui-même contraire au droit international (91). Le juge doit pouvoir en tenir compte.

Certes, le droit international coutumier n'a pas encore définitivement acquis, devant le juge français, le même statut privilégié bien établi que les traités internationaux. L'affirmation, regrettable par son dogmatisme, selon laquelle « l'accusé est sans qualité pour se prévaloir d'une infraction aux règles de droit international public » a permis à la Chambre criminelle — dans l'affaire *Argoud* — d'écarter le moyen de défense tiré de l'illégalité d'une arrestation sur territoire étranger (92) ; elle n'a toujours pas été formellement contredite. Mais le juge français applique de plus en plus fréquemment et ouvertement la coutume internationale et les principes généraux du droit international (93).

Surtout, il convient de distinguer entre deux situations dans lesquelles le juge peut être appelé à faire application du droit international coutumier : s'il hésite, comme dans l'affaire *Argoud*, à sanctionner des violations du droit international

(90) L'observation reste exacte, nous semble-t-il, même après le prudent arrêt *République du Guatemala* de la Cour de cassation (Civ. 1^{re} 2 mai 1990, J.D.I. 1991. 137, 1^{re} esp., chron. Dehaussy p. 109 ; R. 1991. 378, note Audit ; Ancel et Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 2^e éd., 1992, n° 73 : cf. Ancel et Lequette, obs. sous l'arrêt, p. 602 ; v. aussi *infra*, n° 307, note 110).

(91) *Supra*, n° 123.

(92) Crim. 4 juin 1964, J.C.P. 1964. II. 13806 et J.D.I. 1965. 98, rapport Comte. — Comp., sur cette question particulière, les développements de droit comparé de M. Herdegen, « Die völkerrechtswidrige Entführung eines Beschuldigten als Strafverfolgungshindernis », *EuGRZ* 1986. 1 et de F.A. Mann, « Reflections on the Prosecution of Persons Abducted in Breach of International Law », *Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, 1989, p. 407 et s. — La question a resurgi dans plusieurs affaires jugées par les tribunaux américains : cf. A. Lowenfeld, « U.S. Law Enforcement Abroad: The Constitution and International Law », 83 A.J.I.L. 880 (1989) ; « U.S. Law Enforcement Abroad: The Constitution and International Law, Continued », 84 A.J.I.L. 444 (1990) ; « Kidnaping by Government Order: A Follow-up », 84 A.J.I.L. 712 (1990) ; « Still More on Kidnaping », 85 A.J.I.L. 655 (1991) ; dans le retentissant arrêt *United States v. Alvarez-Machain*, 112 S. Ct. 2188 (1992), la Cour Suprême a adopté une position analogue à celle que la Cour de cassation avait fait sienne dans l'affaire *Argoud* ; v. les observations de M. Halberstam, M. Glennon, M. Leigh et J. Semmelman in 86 A.J.I.L. 736 ; 746 ; 757 ; 811 (1992) ; *adde* R. Rayfuse, (1993) 42 I.C.L.Q. 862 ; et pour un arrêt de la Chambre des Lords refusant de s'en inspirer, v. *Reg. v. Horseferry Road Magistrates' Court, ex parte Bennett* [1994] A.C. 42.

(93) cf. L. Dubouis, « L'application du droit international coutumier par le juge français », in *L'application du droit international par le juge français*, 1972, p. 75 et s. ; S. Sur, *op. cit.*, n° 125 et s. ; R. Abraham, *Droit international, droit communautaire et droit français*, 1989, p. 65 et s. ; G. Teboul, « Le droit international non écrit devant le juge administratif — Quelques réflexions », R.G.D.I.P. 1991. 321 ; O. Debbasch, « Les juridictions françaises et les principes généraux du droit international », *Mélanges Jean Boulois*, 1991, p. 139 et s. ; J-F. Flauss, « Le rang du droit international dans la hiérarchie des normes en droit français », P.A. n° 85 du 15 juillet 1992, p. 17, 21-24. *Adde*, pour des exemples anciens, P. Challine, *Le droit international public dans la jurisprudence française de 1789 à 1848*, thèse Paris, 1934.

qu'on lui dénonce, il hésite également — et à très juste titre — à se faire lui-même l'auteur de pareilles violations et à engager ainsi, en sa qualité d'organe de l'Etat, la responsabilité internationale de celui-ci (94).

C'est le respect de la souveraineté étrangère qui commande l'attitude des tribunaux dans des affaires ayant trait à l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats étrangers, ou — dans une certaine mesure — dans des affaires ayant trait à des voies d'exécution sur le territoire étranger (95). En matière de conflits de compétences aussi, les juridictions françaises ont pu s'y référer — dans l'affaire *Air Afrique* (96), qui mettait en jeu des « intérêts étatiques » français très réels — en rappelant que le juge français ne doit appliquer sa loi que « sous réserve du respect de la souveraineté nationale étrangère ». Rien ne s'oppose à ce que cette attitude, qui paraît parfaitement recommandable, soit maintenue.

*

126. Le respect de la souveraineté étrangère, auquel les tribunaux peuvent légitimement se considérer comme tenus, ne constitue pas le seul fondement possible de l'effet libératoire du fait du prince étranger. En fait, et quel que soit son intérêt théorique, sa portée pratique sera souvent limitée. Il n'intervient pas dans toutes les situations où un individu peut se trouver confronté à des obligations contradictoires (97). Et, surtout, il ne répond pas à toutes les questions. Dans un litige contractuel par exemple, des préoccupations de droit international ne permettront pas au juge de déterminer, à supposer acquise l'impossibilité d'exécuter le contrat, quelle doit être la répartition des risques entre débiteur et créancier, ni de définir les conséquences d'une libération du débiteur sur les obligations du créancier dans un rapport contractuel synallagmatique. Le fait du prince étranger est, après tout, considéré comme un phénomène de droit matériel. C'est le droit matériel de l'impossibilité d'exécution, de la force majeure qui en définit le régime. Mais pour pouvoir lui appliquer les règles de la force majeure il faut expliquer, au préalable, en quoi le fait du prince étranger constitue un cas de force majeure. Il faut, en d'autres termes, s'expliquer sur le fondement individuel de la libération du débiteur.

(94) Sur la responsabilité internationale de l'Etat du fait de ses tribunaux — dont le principal, mais non l'unique exemple est le déni de justice à l'égard des étrangers —, cf. p. ex. I. Brownlie, *op. cit.*, p. 449-450.

(95) cf. Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, t. I, 8^e éd., 1993, n° 28 et les arrêts cités *supra*, n° 121, note 63.

(96) Crim. 28 février 1986 : *supra*, n° 88.

(97) Le droit international n'imposera guère la prise en considération d'une norme contraignante extraterritoriale, même là où l'intérêt du débiteur peut la justifier (cf. *infra*, n°s 166 et s.) ; il n'imposera certainement pas la prise en considération d'une norme elle-même contraire au droit international public (cf. *infra*, n°s 183 et s.).

SECTION II

L'ÉLÉMENT INDIVIDUEL : LA PROTECTION DU DÉBITEUR

127. Le fondement individuel de la libération du débiteur — l'idée selon laquelle l'intervention des autorités étrangères a constitué pour lui un cas de force majeure — suscite une double interrogation. Du point de vue de l'appréciation des faits d'abord : en quoi le fait du prince étranger est-il irrésistible au point de créer une véritable impossibilité d'exécution ? D'un point de vue doctrinal ensuite : quelle est la place du fait du prince étranger parmi les causes d'extinction des obligations ? Plus particulièrement, s'agit-il vraiment d'un cas de force majeure qui répond aux critères traditionnels de cette notion ?

§ 1. — L'irrésistibilité du fait du prince étranger

128. Deux explications différentes peuvent être proposées. Nous écartons d'abord la première de ces conceptions, celle qui considérerait l'intervention de la puissance publique étrangère comme cause d'une impossibilité *matérielle* d'exécution ; nous nous attacherons ensuite à montrer que l'irrésistibilité du fait du prince étranger découle en réalité de sa nature juridique spécifique, celle d'un acte unilatéral de la puissance publique.

A. — UNE EXPLICATION INADÉQUATE : L'IDÉE D'IMPOSSIBILITÉ MATÉRIELLE D'EXÉCUTION

129. Dire que l'intervention des autorités publiques étrangères a rendu « matériellement impossible » l'exécution de l'obligation est une explication envisageable (1) — même si, à la réflexion, elle se révèle totalement inadaptée à la plupart des situations. La raison pour laquelle cette conception peut *a priori* apparaître comme séduisante est qu'elle correspond bien à une certaine idée de la force majeure, à laquelle nous aurons à revenir. Défendue, notamment, par la

(1) Comp. M.-L. Rassat, « Démence, contrainte et excuses », *Juriscl. pén.*, Art. 64-65, n°s 68 et s., spéc. n° 73, qui range le fait du prince en général, et le fait du prince étranger en particulier sous les cas de « contrainte physique ».

doctrine civiliste française, elle souligne d'une part que pour être libérateur, l'impossibilité d'exécution doit être absolue (le cas de force majeure ne peut résulter que d'un événement « absolument imprévisible et irrésistible »); elle entend, d'autre part, systématiser ce volet du droit des obligations en insistant sur le caractère unitaire de la notion de force majeure en matière contractuelle et quasi-délictuelle (2) : or il est évidemment difficile de résister à la tentation d'assimiler la force majeure à l'impossibilité matérielle si la même notion doit expliquer à la fois l'exonération du gardien d'une chose impliquée dans un accident et celle du débiteur d'une obligation contractuelle dont l'exécution a été empêchée par le fait d'une autorité publique étrangère.

Il s'agit là d'une assimilation abusive. On peut certes considérer comme matériellement impossible la restitution à leur propriétaire de biens, déclarés biens ennemis, qui ont été saisis entre les mains du dépositaire et vendus à l'étranger (3). Mais même dans cette hypothèse, l'impossibilité matérielle ne provient pas de la seule édicition de la norme étrangère — l'ordre de confiscation —, mais de son exécution matérielle ; s'il existe un lien de cause à effet entre l'édicition de la norme et son exécution, il s'agit cependant de deux phénomènes différents. Le fait du prince peut s'accompagner de mesures tendant à assurer l'impossibilité matérielle de contrevenir aux décisions prises (4) ; il ne s'identifie pas pour autant à ces mesures, et elles n'en sont pas un accessoire nécessaire. Le plus souvent, l'intervention de la puissance publique aura un caractère purement normatif. L'Etat étranger se contentera d'imposer ou d'interdire un certain comportement, et de prévoir des sanctions en cas de non-respect des prescriptions émises. Ces prescriptions constitueront en elles-mêmes un cas de force majeure.

Prenons l'affaire, jugée par la Cour de cassation le 22 février 1967, du décret-loi tunisien réservant l'exercice de la profession de représentant aux Tunisiens (5). Il n'est pas matériellement impossible à un salarié français d'exercer illégalement la profession de représentant en Tunisie ; s'il est expulsé par les autorités tunisiennes, rien ne l'empêche matériellement de rentrer clandestinement en Tunisie pour continuer à y exécuter son contrat de travail. Seul l'emprisonnement y mettra fin ; jusque là, il n'y aura aucune impossibilité matérielle d'exécution : et pourtant, la Cour de cassation n'a pas hésité à voir dans l'édicition même de la réglementation tunisienne un cas de force majeure. De même, une exportation ou importation interdite par les lois douanières d'un Etat étranger n'est pas matériellement

(2) V. p. ex. H., L. et J. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e éd., t. II, 1970, n° 1543 ; F. Chabas, *Rép. civ. Dalloz*, v° Force majeure, n° 6.

(3) cf. RG 10 juillet 1936, JW 1936. 2859.

(4) Pour citer un événement historique, on rappellera que la fermeture du canal de Suez par le gouvernement égyptien en 1956 s'est accompagnée de l'obstruction matérielle du canal, des navires étant coulés à Suez, à Port-Saïd et dans le canal : v. *Carapanayoti & Co., Ltd. v. E.T. Green, Ltd.* [1959] 1 Q.B. 131, 142 ; *Ocean Tramp Tankers Corp. v. V/O Sovfracht* [1964] 2 Q.B. 226, 235, C.A. ; *Transatlantic Financing Corp. v. United States*, 363 F.2d 312, 314 (D.C. Cir. 1966) ; comp., sur le blocage du canal en 1967, *American Trading and Production Corp. v. Shell International Marine Ltd.*, 453 F.2d 939 (2d Cir. 1972).

(5) Soc. 22 février 1967, Bull. civ. IV, n° 175.

impossible ; la contrebande, qui a été et reste peut-être « un vice commun à toutes les nations commerçantes » (6), est là pour le démontrer.

130. En fait, la meilleure illustration jurisprudentielle de ce que le fait du prince étranger ne saurait être assimilé à un cas d'impossibilité matérielle se retrouve dans les affaires maritimes. En temps de paix comme en temps de guerre, l'arrêt d'un navire dans un port, l'interdiction d'un passage navigable ou le blocus d'un port étranger seront normalement accompagnés d'un minimum d'efforts d'ordre militaire, donc d'une intervention « matérielle » de la puissance publique, afin d'assurer l'effectivité des mesures ordonnées. Pourtant, un capitaine qui est prêt à assumer des risques exceptionnels peut réussir à sortir son navire du port où il a été arrêté ; l'affaire du *Playa Larga*, navire cubain arrêté dans un port chilien lors du coup d'Etat de 1973, en fournit un exemple qui a occupé des arbitres d'abord, les tribunaux anglais ensuite (7). Mais un capitaine n'est, selon une jurisprudence unanime, pas tenu de courir des risques de ce type. C'est ce qu'a jugé la Cour Suprême des Etats-Unis dans les deux arrêts *The Styria v. Morgan* et *The Kronprinzessin Cecilie* (8) dont nous connaissons l'importance dans l'évolution du droit américain des contrats ; mais c'est aussi une solution admise par de nombreuses autres décisions : un arrêt de prince peut être libérateur même s'il ne comporte aucune restriction physique ou matérielle des mouvements du navire. Il suffit qu'un risque effectif pèse sur le navire et l'équipage (9).

Il y a, à cet égard, un parallèle à faire entre le droit des contrats et une notion de droit international public, celle de blocus effectif. Le droit de la guerre interdit les simples déclarations, non accompagnées de mesures militaires effectives, de blocus des côtes ennemies — les blocus fictifs, sur papier, de cabinet ou *per notificationem* —, qui ne sont rien d'autre qu'une tentative de légiférer à l'égard des ressortissants neutres engagés dans le commerce avec le pays ennemi. Et voici la définition du

(6) Selon la formule d'Emerigon, *Traité des assurances et des contrats à la grosse*, Marseille, 1783, t. I, p. 215 (comp. *infra*, n° 236).

(7) *Empresa Exportadora de Azucar v. Industria Azucarera Nacional S.A. (The "Playa Larga")* [1983] 2 Lloyd's Rep. 171, 175, C.A. (quittant le port de Valparaíso sur ordre du gouvernement cubain et en infraction aux règlements de police chiliens, le *Playa Larga* fut poursuivi par la marine et l'aviation chiliennes, mais réussit à retourner à Cuba — après avoir perdu environ 200 tonnes de sucre lors du mitraillage). — Sur le contexte politique de l'affaire, v. l'arrêt *1 Congreso del Partido* [1983] 1 A.C. 244 et *infra*, n° 141.

(8) 186 U.S. 1 (1902) et 244 U.S. 12 (1917) : v. *supra*, n° 44.

(9) V. en ce sens qu'il peut y avoir *restraint of princes* sur un navire indépendamment de toute mesure d'exécution matérielle : *The San Roman* (1872) L.R. 3 A. & E. 583 et sur appel (1873) L.R. 5 P.C. 301 ; *Nobel's Explosives Company v. Jenkins & Co.* [1896] 2 Q.B. 326 ; *Miller v. Law Accident Insurance Company* [1903] 1 K.B. 712, C.A. ; *Embiricos v. Sydney Reid & Co.* [1914] 3 K.B. 45 ; *Sanday & Co. v. British and Foreign Marine Insurance Company* [1915] 2 K.B. 781 ; *Furness, Withy & Co. v. Rederiaktiebolaget Banco* [1917] 2 K.B. 873 ; *Rickards v. Forestal Land, Timber and Railways Co.* [1942] A.C. 50 ; *Essex S.S. Co. v. Langbehn*, 250 Fed. 98 (5th Cir. 1918) ; comp. *K/S Arnt J. Moerland v. Kuwait Petroleum Corp.* [1988] 2 All E.R. 714 (décidant qu'en matière de surestaries, il n'y a pas de distinction à faire entre des causes « physiques et non-physiques » d'obstruction d'un port) ; *adde*, en matière d'assurances terrestres, *Rodocanachi v. Elliott* (1874) L.R. 9 C.P. 518 (comparaison entre le siège de Paris par les armées allemandes et un blocus maritime : il y a dans les deux cas « *restraint of kings and princes* »).

blocus effectif : « quand un belligérant déclare son intention d'isoler son adversaire au moyen d'un blocus, le moyen n'existe pas ... s'il n'y a autour du port déclaré bloqué une force navale *suffisante pour rendre dangereuse l'entrée ou la sortie du port* », ce qui n'exclut pas que des navires réussissent occasionnellement à « éluder la vigilance des forces bloquantes » (10). L'effectivité du blocus ne se caractérise donc pas par l'impossibilité matérielle absolue de l'éluder, mais par les risques que devrait courir celui qui tenterait l'entreprise. Le blocus effectif ainsi défini constitue, en droit privé, un cas de force majeure (11) — effet qui n'est, corrélativement, pas reconnu à un blocus ineffectif (12).

Nous en concluons que l'idée d'impossibilité matérielle d'exécution ne peut expliquer la libération du débiteur par le fait du prince étranger. Le plus souvent, cette impossibilité matérielle n'existe pas, mais son inexistence ne fait pas obstacle à l'exonération du débiteur. Là où elle existe, elle constitue un élément accessoire qui vient s'ajouter au fait du prince, mais ne s'identifie pas à lui. Le fait du prince est une norme, un commandement de la puissance publique ; c'est à partir de là qu'il convient d'expliquer son effet libératoire.

B. — L'ACTE UNILATÉRAL DE LA PUISSANCE PUBLIQUE ET LA CONTRAINTE ÉTATIQUE

131. Nous pouvons prendre comme point de départ un arrêt de la Chambre des requêtes du 4 mai 1842, qui a longtemps servi de référence lorsqu'il s'agissait de justifier l'assimilation, aux autres cas de force majeure, du fait du prince ; l'espèce concernait la suppression, par arrêté du gouverneur de l'Île-Bourbon, du monopole de fabrication du rhum qu'une commune avait concédé à un particulier :

« Attendu, en droit, qu'un événement que sa nature même soustrait au pouvoir de l'homme, reste dans la classe des cas fortuits, encore bien que la possibilité de sa réalisation ait dû se présenter à l'esprit au moment de la passation d'un contrat ; — Attendu que le fait du prince obligeant à soumission, comme le fait de la nature, constitue également un cas fortuit ou de force majeure, alors que cette volonté du prince s'est accomplie par sa vertu propre, sans le concours ni l'adhésion de ceux sur lesquels elle s'est étendue » (13).

Un arrêt de la Chambre sociale du 28 février 1947 l'exprime en des termes plus brefs et plus modernes, mais aussi moins éloquentes : « La réquisition, *acte unilatéral de la puissance publique*, constitue une force majeure libérant le débiteur de ses

(10) P. Fauchille, *Traité de droit international public*, t. II, 1921, n^{os} 1622 et s. (c'est nous qui soulignons) ; comp. L. Oppenheim/H. Lauterpacht, *International Law*, vol. II, 7^e éd., Londres/New York/Toronto, 1952, p. 778 et s.

(11) « *First, is a blockade a restraint of princes ? I think it is. It is an act of a sovereign state or prince ; and it is a restraint, provided the blockade is effective : and in the eyes of the law a blockade is effective if the enemies' ships are in such numbers and positions as to render the running of the blockade a matter of danger, although some vessels may succeed in getting through* » : *Geipel v. Smith* (1872) L.R. 7 Q.B. 404, 410, per Sir Alexander Cockburn C.J.

(12) Paris 7 juin 1916, Rec. Gaz. Trib. 1917. 2. 426 (à propos de la déclaration allemande de blocus des ports français, du mois de février 1915).

(13) Req. 4 mai 1842, S. 1842. 1. 618.

obligations ... » (14). Il n'est pas douteux que l'idée formulée par les deux arrêts convient au fait du prince étranger aussi bien qu'aux actes de la puissance publique interne (15). Reste dès lors à expliquer pourquoi l'acte unilatéral de la puissance publique « oblige à soumission » indépendamment de la mise en oeuvre d'actes matériels de contrainte. Il peut y avoir à cet égard, dirons-nous, le point de vue du prince et le point de vue de l'individu, le point de vue du droit public et celui des intérêts individuels dont la protection relève plus particulièrement du droit privé. Le premier met l'accent sur les devoirs civiques du citoyen ; le second souligne les risques qu'entraînerait l'insoumission.

La référence aux devoirs civiques convient parfaitement aux situations mettant en cause les commandements légitimes des autorités internes, dont le caractère obligatoire ne saurait utilement être contesté devant les tribunaux — attitude que caractérise bien un arrêt de la Cour de cassation belge qui énonce « que l'ordre du prince constitue, par lui-même, la force majeure pour le citoyen auquel il commande de faire ou de ne pas faire certains actes ; que le citoyen doit obéir à la loi, en raison de la force obligatoire de celle-ci, et non en raison des contraintes mises en oeuvre pour la faire respecter » (16). Il n'est cependant pas inconcevable de raisonner ainsi à propos d'une loi de police invoquée dans un litige international, même si elle ne fait partie ni de l'ordre juridique du for, ni même de la loi applicable au contrat (17). Paradoxalement, c'est même exactement l'idée à laquelle la Cour de cassation italienne a eu recours en 1938 pour considérer comme cas de force majeure, exonérant les exportateurs étrangers, les embargos français et belge sanctionnant l'annexion de l'Éthiopie par l'Italie : « Le devoir d'obéir aux lois de son propre pays, en particulier lorsqu'elles sont de caractère prohibitif, constitue un principe indiscuté du droit public de tous les Etats » (18). Le fait du prince, c'est le commandement de l'autorité légitime. L'idée n'est certainement pas fautive ; mais elle paraît relever, dans un litige international, du souci de respecter la souveraineté étrangère plutôt que de la protection des intérêts individuels en cause, qui nous occupe ici. Dire qu'un exportateur doit obéir aux lois de police de son pays plutôt qu'à ses obligations contractuelles est dire, en réalité, que le conflit de normes se résout en faveur de la norme prohibitive étrangère. Une motivation de ce type

(14) Soc. 28 février 1947, D. 1947. 212 (c'est nous qui soulignons).

(15) V. ainsi, en jurisprudence luxembourgeoise, Cour d'appel 17 décembre 1926, Pas. lux. 11. 200 (reprenant la formule de l'arrêt du 4 mai 1842 — *supra*, note 13 — à propos d'un commandement des autorités publiques allemandes) ; cf. aussi la définition générale donnée par un arrêt de la *Court of Appeal* anglaise : « *The words "arrests, restraints and detentions of all kings, princes and people" to my mind also imply ... some interference out of the ordinary course of events by the governing authorities who have the force of the State behind them to compel submission to their authoritative decrees* » : *Sanday & Co. v. British and Foreign Marine Insurance Co.* [1915] 2 K.B. 781, 800, per Lord Reading C.J.

(16) Cass. 12 mars 1959, Pas. b. 1959. I. 702.

(17) cf. *The Claveresk*, 264 Fed. 276, 281 (2d. Cir. 1920) (à propos de la réquisition d'un navire par le gouvernement britannique : l'insoumission est impossible, car : « *No citizen or subject is by lawful private contract either required or justified in proceeding to such lengths in resisting or evading the compulsion of his government* »).

(18) Cass. 10 juin 1938, Foro it. 1939. I. 571, 575, note Andrioli.

confirme dès lors qu'il n'y a aucune incompatibilité de principe entre le souci du respect de la souveraineté étrangère et l'appel à la notion de force majeure ; dans le contexte de l'arrêt italien de 1938, elle est même particulièrement remarquable. Mais elle protège des intérêts étatiques, non des intérêts individuels. Elle n'apporte rien de nouveau par rapport au fondement interétatique de la théorie du fait du prince étranger.

132. Il faut donc chercher ailleurs. Prenons la motivation d'un arrêt du *Reichsgericht* de 1918, qui constitue à maints égards le pendant allemand de l'arrêt italien de 1938. Pendant la première guerre mondiale, le *Trading with the Enemy Act* anglais interdit à une société de commerçants anglais, d'ailleurs établis en Argentine, d'exécuter les contrats qu'elle a conclus avec une entreprise allemande. Le *Reichsgericht* souligne que la législation anglaise est contraire à l'ordre public allemand, mais il ajoute qu'elle prévoit des sanctions sévères et que son respect fait l'objet d'un contrôle vigilant de la part du gouvernement anglais : elle a dès lors constitué pour la défenderesse « un tel obstacle à l'exécution des contrats que celle-ci ne pouvait raisonnablement être exigée d'elle, si bien qu'il y avait impossibilité d'exécution » (19). L'élément déterminant a donc été que l'exécution des contrats aurait fait courir à la défenderesse des risques de sanction qu'elle n'était pas tenue de courir.

Cette conception n'est pas propre au droit allemand. Elle se rencontre également dans la jurisprudence d'autres pays (20), et notamment dans certaines décisions françaises. Dans une affaire ancienne déjà, la Cour royale de Paris avait à juger si la guerre entre la France et l'Espagne avait constitué pour le sieur Barietta, porteur espagnol d'une lettre de change endossée par un banquier français, un cas de force majeure suspendant la prescription quinquennale. Le défendeur, invoquant la prescription, faisait observer « que si, pendant l'intervalle de la guerre, la correspondance a été interrompue, il est cependant notoire qu'il existait des moyens indirects de correspondance ». L'arrêt (confirmé par la Cour de cassation) rejette ce moyen en jugeant « qu'on ne peut pas reprocher au sieur Barietta de n'avoir pas employé de prétendues voies indirectes, contraires aux lois, souvent difficiles à se procurer et toujours dangereuses » (21). Dans le même ordre d'idées, et plus récemment, les tribunaux ont jugé que les dépositaires de biens dont la confiscation comme « biens juifs ou présumés juifs » avait été ordonnée par l'occupant allemand

(19) C'est le critère de l'*Unzumutbarkeit* : « daß das englische Gesetz mit seinen schweren Strafandrohungen, in Verbindung mit der strengen Zensur und den scharfen Kontrollmaßnahmen der englischen Regierung, einen so starken Hinderungsgrund für die Erfüllung der Kontrakte seitens der Beklagten dargestellt hat, daß ihr diese billigerweise nicht zugemutet werden konnte, daß also Unmöglichkeit der Erfüllung vorlag » : RG 28 juin 1918, RGZ 93. 182, 184 ; comp. RG 17 octobre 1919, RGZ 97. 6, 10.

(20) Pour la prise en considération expresse du risque de sanctions graves, justifiant l'assimilation du fait du prince à une réquisition matérielle, v. en jurisprudence suisse TF 21 septembre 1948, ASDI 1950. 161 et 3 novembre 1948, ASDI 1950. 163 ; comp. en jurisprudence anglaise, à propos d'un ordre extraterritorial du gouvernement allemand, *Rickards v. Forestal Land, Timber and Railways Co.* [1942] A.C. 50, 80, per Lord Wright.

(21) Paris 17 décembre 1817, confirmé par Req. 9 avril 1818, S. chron. 1815-1818. I. 462.

n'étaient pas tenus de résister à cette confiscation en exposant à des sanctions sévères leur personne (22) ou, dans le cas de dépositaires personnes morales, celle de leurs représentants (23).

133. Ce qui rend irrésistible le fait du prince étranger est en somme, du point de vue individuel, non pas l'impossibilité matérielle de désobéir aux commandements, mais le risque de sanctions — et aussi l'impossibilité (qui, elle, sera souvent une impossibilité matérielle) de se soustraire à ces sanctions dès qu'elles viennent à être prononcées. Vu sous cet angle, le fait du prince étranger relève très littéralement de la contrainte étatique — de la *Foreign Sovereign Compulsion*, comme l'exprime le droit américain de la concurrence (24).

C'est cette contrainte qui doit être présumée irrésistible, présomption d'autant plus légitime que du point de vue sociologique, l'Etat a été défini, pour reprendre la formule de Max Weber, comme le groupement « qui revendique avec succès le monopole de la violence physique légitime » (25). De même, Duguit fait allusion à « la puissance contraignante, qui est ce qui constitue l'Etat par définition ... Pour qu'il y ait un Etat, cette puissance de contrainte doit être irrésistible. Je veux dire par là qu'elle ne sera une puissance étatique que si dans l'intérieur du groupement elle ne rencontre pas une puissance rivale qui s'oppose à elle et l'empêche d'assurer par la force la réalisation de sa volonté » (26). Il n'est pas nécessaire de soutenir que la sanction et la contrainte étatique sont également des éléments nécessaires d'une définition *juridique* de la règle de droit ou de l'Etat (27), proposition qui ne fait pas

(22) Trib. civ. Fontainebleau 20 mars 1946, Gaz. Pal. 1946. I. 217 (« pour sauvegarder un simple mobilier, il n'était obligé par son contrat de risquer ni sa vie ni sa liberté »).

(23) Paris 3 mai 1950, Gaz. Pal. 1950. 2. 71 (« la banque n'eût pu sauver les lingots litigieux qu'en les faisant disparaître, malgré la défense formelle et les décisions des autorités occupantes ; ... en admettant qu'elle eût trouvé un agent d'exécution disposé à courir ce risque, elle eût ainsi exposé la vie et sacrifié la liberté d'un sinon même de plusieurs de ses représentants »).

(24) V. *supra*, n° 75 et s. — Rappelons la définition due au satiriste Ambrose Bierce (*The Devil's Dictionary*, 1911) : « COMPULSION, n. The eloquence of power. »

(25) M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, p. 29 ; *Staatssoziologie*, 2^e éd., Berlin, 1966, p. 27 ; *Politik als Beruf*, 3^e éd., Berlin, 1958, p. 8. Adde, sur le monopole étatique de la violence, P. Wachsmann, *Les monopoles publics*, thèse Strasbourg-III, 1982, t. I, p. 130 et s. ; et, en ce sens que le maintien de ce monopole sur son territoire constitue pour l'Etat une obligation au regard du droit international, M. Heintzen, « Das staatliche Gewaltmonopol als Strukturelement des Völkerrechts », *Der Staat* 1986. 17.

(26) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., t. I, 1927, p. 536-537. La même référence à l'irrésistibilité de la puissance étatique se retrouve chez G. Burdeau, *Traité de science politique*, 3^e éd., t. I, vol. I, 1980, n° 186 : « A la différence des lois de l'ordre physique qui ne peuvent être méconnues, à la différence aussi des lois de l'ordre moral ou intellectuel ..., il est de l'essence des lois sociales d'imposer ... des obligations qui lient. Elles ne souffrent ni résistance, ni insoumission ». — L'idée n'est pas nouvelle. Hobbes déjà indiquait, au XVII^e siècle, que l'Etat « hath the use of so much Power and Strength conferred on him, that by terror thereof, he is unable to forme the wills of them all [...] » (*Leviathan*, chap. XVII).

(27) cf. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2^e éd., Vienne, 1960, p. 34 et s., 45 et s. (« Das Recht als normative Zwangsordnung »), et le point de vue de l'école réaliste américaine : « Law is a statement of the circumstances, in which the public force will be brought to bear upon men in courts » — *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347, 356 (1909) (Holmes, J.).

l'unanimité des théoriciens du droit (28) ; il suffit d'observer que la possibilité d'une sanction constitue, en cas de transgression d'une norme prohibitive, une réalité objective dont le juge peut tenir compte lorsqu'il doit, dans un litige international, apprécier la conduite du débiteur.

La possibilité d'une sanction. Mettons : la probabilité raisonnable du prononcé d'une sanction. Encore une fois, l'effectivité du fait du prince ne dépend pas de la certitude absolue de la découverte et punition de toute violation de la norme (29) ; comme le souligne le doyen Carbonnier à propos de « la notion si remarquable du *comminatoire* » : « Les juristes affirment volontiers que c'est la certitude de la répression qui fait l'efficacité d'un système pénal. Conception un peu grosse : en fait, l'incertitude y suffit bien. Et mieux. [...] Le *comminatoire*, c'est-à-dire l'incertitude de l'effectivité, permet une économie de moyens pénaux, qui est fort salubre » (30).

L'existence même de la norme étrangère en fait donc présumer l'effectivité. Des conséquences pratiques s'en déduisent. Le défendeur qui invoque le fait du prince n'a pas à prouver que des mesures individuelles de contrainte ont été prises à son encontre en application d'une réglementation générale : la Cour de Paris a eu l'occasion de le décider en estimant que la législation soviétique confisquant les pierres et métaux précieux exonérait par elle-même des bijoutiers dépositaires, « sans qu'il soit besoin d'exiger d'eux la démonstration que ces prescriptions d'ordre général ont été suivies de mesures effectives appliquées spécialement à la maison Marchak à Kiev » (31).

§ 2. — La place du fait du prince étranger parmi les causes d'extinction des obligations

134. Nous pouvons résumer ainsi le résultat des observations qui précèdent : le fait du prince étranger est considéré comme irrésistible parce qu'il ne saurait être

(28) Pour une critique de la « vision confuse du "droit-contrainte" », v. P. Amssek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, 1964, p. 228 et s. ; cf., également dans un sens très critique, Ch.-A. Morand, « La sanction », *Arch. phil. dr.* 35 (1990) 293. — Un point de vue plus modéré (et peut-être plus juste, précisément parce qu'il prend en compte l'élément coercitif comme un aspect parmi d'autres du « phénomène juridique ») est exprimé par H. Batiffol (*Problèmes de base de philosophie du droit*, 1979, p. 15) comme suit : « Cette menace de la sanction coercitive entre dans la définition descriptive couramment donnée du phénomène juridique : elle constitue en effet le signe extérieur dans lequel tous reconnaissent une différence spécifique qui oppose indubitablement dans le genre "règles d'action" celles du droit positif aux autres espèces, et principalement de la morale ».

(29) Comp. la définition du blocus effectif, *supra*, n° 130 ; v. aussi H. Van Houtte, « The Impact of Trade Prohibitions on Transnational Contracts », *R.D.A.I.* 1988. 141, 147.

(30) J. Carbonnier, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *Flexible droit*, 7^e éd., 1992, p. 123, 134, note 19. L'auteur ajoute cette évocation historique : « C'est ici le lieu de rappeler la formule subtilement nuancée qu'employaient les Constitutions impériales pour *comminer* la peine de mort : ... *non sine periculo capitis* ».

(31) Paris 15 février 1933, *J.D.I.* 1933. 959, 961. Comp. dans le même sens Cass. it. 10 juin 1938, *Foro it.* 1939. I. 571, 575, précit.

raisonnablement exigé du débiteur de s'exposer au risque d'encourir les sanctions qu'implique l'inobservation de la norme étrangère. Cette explication correspond à une pratique judiciaire constante ; elle constitue donc une règle de droit positif, y compris en France. Mais correspond-elle aussi à la définition traditionnelle de la force majeure ? La question ne fait pas difficulté dans les systèmes juridiques dont le droit des obligations définit, d'une manière générale, les notions correspondant à la force majeure par référence à une limitation « raisonnable » des obligations du débiteur (32). Elle peut faire difficulté en droit français. La doctrine française a, traditionnellement, de la force majeure une conception dont la sévérité est notoire. Prenons ce passage de la première édition du *Traité théorique et pratique de droit civil français* de Planiol et Ripert : « il est nécessaire et juste dans une société dont l'économie est fondée sur la libre activité des individus, sur les échanges et les contrats, que le débiteur fasse tout ce qui est possible pour exécuter ses engagements. Il est tenu d'y consacrer la totalité de ses ressources, de se ruiner, s'il est nécessaire, pour les respecter ... Il est tenu d'y consacrer la totalité de sa force de travail, au risque même d'y ruiner sa santé et exposer sa vie » (33).

Une affirmation aussi radicale pourrait (théoriquement) faire douter de l'effet libérateur, au regard du droit privé français, du fait du prince étranger — du moins dans le cas normal : celui où l'intervention des autorités étrangères fait naître un risque de sanctions frappant le débiteur, certes, mais pas d'impossibilité matérielle d'exécution (34). Ce n'est bien entendu pas là l'attitude des tribunaux ; leur jurisprudence le démontre. Il convient, semble-t-il, d'en tirer une conclusion d'ordre général : le droit positif français ne correspond pas vraiment à la vue doctrinale qui refuse de prendre en considération, dans la définition de la force majeure, les intérêts personnels du débiteur. Cette conclusion ne surprend pas. Comment la loi pourrait-elle exiger du débiteur d'exécuter ses obligations dans une situation où, par

(32) Comp. la définition de la *frustration* en droit anglais, *supra*, n° 34 ; la notion d'*impracticability* du droit américain, *supra*, n° 45 et la note 65 ; en droit allemand, la doctrine et la jurisprudence soulignent qu'il convient de combiner le § 275 du BGB (impossibilité d'exécution) avec le § 242 (principe général de la bonne foi) pour apprécier si le débiteur est libéré : BGB-RGRK, § 275, n° 11 et les réf. ; comp. MünchKomm/Emmerich, § 275, n° 3 et s. (1985) ; Staudinger, *Kommentar zum BGB*, 12^e éd., 1979, § 275, n° 6. Il peut y avoir *Unzumutbarkeit* sans impossibilité matérielle d'exécution. — La même idée se rencontre dans l'article 79, alinéa 1^{er} de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises : « Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences ».

(33) t. VI, 1930, n° 382, p. 532 (par Esmein). Le même passage contient une conclusion que l'on peut juger cynique : « C'est seulement quand la maladie et l'épuisement physique sont réalisés qu'ils constituent, dans le cas où est dû un travail personnel, une cause d'irresponsabilité ». La deuxième édition du *Traité* (t. VI, 1952, par Esmein, n° 382) s'exprime de manière beaucoup moins radicale. La version de 1930 est approuvée par Mazeaud, *op. cit.*, n° 1569.

(34) Un auteur suisse (R. Bär, *Kartellrecht und internationale Privatrecht*, Berne, 1965, p. 106-107) a effectivement cru pouvoir déduire de la définition française de la force majeure qu'il est « très douteux » (« *sehr fraglich* ») si un fait du prince étranger serait considéré, en France, comme cas fortuit. Un regard sur la jurisprudence française est évidemment de nature à dissiper ce doute.

hypothèse, l'exécution de celles-ci présente pour lui des risques tels qu'elle « ne peut raisonnablement être exigée de lui » ?

On peut, au contraire, considérer comme une règle fondamentale du droit des obligations que le débiteur est protégé non seulement contre les cas d'impossibilité matérielle, mais encore contre les risques excessifs que l'exécution de l'obligation lui ferait courir. La jurisprudence en matière de fait du prince étranger l'illustre, mais elle n'est pas isolée. Une situation analogue est celle où l'exécution du contrat, sans se heurter à une impossibilité matérielle, mettrait en péril la vie ou la santé du débiteur (35). Il est généralement admis, même en droit français, que cette situation vaut cas de force majeure et dispense le débiteur de l'exécution de ses obligations (36). En droit du travail, la loi du 23 décembre 1982 a d'ailleurs consacré expressément, à ce propos, un droit de retrait du salarié ; l'article L. 231-8 du Code du Travail prévoit désormais que « le salarié signale immédiatement à l'employeur ou à son représentant toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé. — L'employeur ou son représentant ne peut demander au salarié de reprendre son activité dans une situation de travail où persiste un danger grave et imminent ». Dans un ordre d'idées très proche, la Cour d'appel de Paris a jugé que la crainte d'un attentat peut être un cas de force majeure : le propriétaire d'un cinéma peut donc légitimement invoquer cette menace et s'estimer « dans l'impossibilité de tenir ses engagements » (organisation d'un festival du cinéma juif), « à moins d'attacher peu de valeur à la vie humaine et d'accepter de faire courir à son personnel et au public des risques d'insécurité dont seul l'écoulement du temps est propre à atténuer l'ampleur » (37). Dans pareil cas, les tribunaux doivent évidemment privilégier la sécurité personnelle du débiteur et de ses préposés plutôt que l'exécution de l'obligation. Même la conception la plus restrictive de l'impossibilité d'exécution doit en tenir compte (38).

(35) L'analogie entre les deux situations a été soulignée par la Cour Suprême des Etats-Unis dans son arrêt *The Kronprinzessin Cecilie*, 244 U.S. 12, 22-23 (1917) ; comp. *The Ottoman Bank v. Chakarian* [1930] A.C. 277, P.C., décidant qu'un employé d'origine arménienne, condamné à mort par les Turcs, peut légitimement refuser de rester à Constantinople, et se référant à la jurisprudence anglaise en matière de refus d'ordre justifié par la sécurité personnelle du salarié ; également *Bouזורou v. The Ottoman Bank* [1930] A.C. 271, P.C. ; et, d'une manière plus générale et abstraite, W. Wengler, *Internationales Privatrecht*, vol. I, Berlin/New York, 1981, p. 580-581, et du même auteur « Die Gestaltung des internationalen Privatrechts der Schuldverträge unter allgemeinen Leitprinzipien », *RabelsZ* 1983. 215, 244-245.

(36) Trib. civ. Seine 17 avril 1869, D.P. 1869. 5. 221 (épidémie de fièvre typhoïde dans une ville où un artiste s'était engagé à aller donner des représentations : cas de force majeure) ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, 1^{re} éd., p. 532, note 1 (« L'intérêt général et les sentiments d'humanité excluent l'obligation de se sacrifier pour une dette quelconque, en s'exposant à un danger qu'il [le débiteur] n'a point créé ») ; 2^e éd., p. 515 (« Ces solutions sont commandées par la considération de la valeur individuelle et sociale de la personne humaine »).

(37) Paris 14 mars 1990, D. 1990 I.R. 84.

(38) V. en droit américain, bien avant la consécration de la théorie de la *frustration* (*supra*, n° 44), *Lakeman v. Pollard*, 43 Me. 463, 467 (1857) (« *The plaintiff was under no obligation to imperil his life by remaining at work in the vicinity of a prevailing epidemic* ») ; et même dans le droit anglais du XVII^e siècle, Rolle, *An Abridgment des plusieurs Cases et Resolutions del Common Ley*, Londres, 1668, t. I, p.

135. La doctrine française en est consciente, mais elle a dû concilier cette prise en considération des intérêts légitimes du débiteur avec la notion rigoureuse de la force majeure qu'elle retient par ailleurs. Comment s'opère cette conciliation ? Selon la théorie classique, l'impossibilité absolue d'exécution peut être « morale aussi bien que matérielle » (39) ; le danger couru justifie donc l'exonération, parce que le débiteur est réputé avoir agi sous une espèce de contrainte morale. Mais cette conception d'une « impossibilité morale absolue d'exécution » est manifestement artificielle : le débiteur a, après tout, volontairement choisi de méconnaître ses obligations afin de se protéger. C'est la légitimité de son choix qu'il convient de faire apparaître.

Il existe, à cet égard, deux possibilités. La première consiste à relever l'autonomie de la cause d'extinction des obligations que nous discutons ici. Ainsi, selon un auteur, une condition de toute responsabilité est « que l'auteur du préjudice agisse sans droit » ; cette condition n'est pas remplie lorsque « le débiteur pouvait refuser l'exécution en vertu d'un droit supérieur » — en l'espèce son droit à la sécurité personnelle (40). Si l'on s'engage dans cette voie, il faut renoncer définitivement à faire référence à la force majeure et invoquer plutôt l'état de nécessité, cause de justification qui correspond parfaitement à ce type de raisonnement (41). Le désavantage en est qu'il ne suffit pas d'avoir une terminologie peut-être plus adaptée à ces situations que la notion classique de force majeure ; il faut encore connaître exactement le régime juridique qui y correspond. Or en matière contractuelle du moins, l'idée d'état de nécessité n'a eu aucun écho en jurisprudence ; alors qu'il existe une tradition bien établie qui définit les conséquences exactes de la force majeure, ces précisions font défaut pour ce qui est de l'état de nécessité. Tout ce que l'on sait est que le débiteur est dispensé

450, citant une affaire *Lawrence v. Twentiman* : « Si home covenant de edefier un meason devant tiel jour, et puis le plague est la devant le jour, & continue la tanque apres le jour, ceo excusera luy del breach del covenant pur non fesans de ceo devant le jour, car la ley ne voit luy compell a venture son vie pur ceo, mes il doit ceo faire apres » (c'est nous qui soulignons). — *Contra* : la majorité des juges dans l'affaire *Hall v. Wright* (1858) El. Bl. & El. 746 ; 120 E.R. 688 et (1859) El. Bl. & El. 765 ; 120 E.R. 695, citée *supra*, n° 32, note 4.

(39) Terré, Simler et Lequette, *Les obligations*, 5^e éd., 1993, n° 557 ; comp. Mazeaud, *op. cit.*, n° 1570.

(40) P. Wigny, « Responsabilité contractuelle et force majeure », *Rev. trim. dr. civ.* 1935. 19, 56 et s.

(41) V. effectivement en ce sens R. Pallard, *L'exception de nécessité en droit civil*, thèse Poitiers, 1947 (L.G.D.J., 1948), n°s 158 et s. ; n° 220. — Comp. P. Jourdain, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, thèse Paris-II, 1982, t. III, p. 555 et s. (la force majeure proprement dite étant, selon cet auteur, une « cause de non-imputabilité physique », le fait du principe lui-même « n'est un cas de force majeure que s'il entraîne une impossibilité matérielle » ; à défaut, « il y aura, le cas échéant, un état de nécessité pouvant justifier le comportement apparemment illicite » ordonné par l'autorité : p. 577) ; de même, selon M. Jourdain (obs. sur Paris 14 mars 1990, précit., *Rev. trim. dr. civ.* 1990. 490), dans l'affaire de la menace d'attentat « il y avait plutôt une contrainte morale inassimilable à un véritable cas de force majeure, mais qui eût pu constituer un état de nécessité exonérateur de responsabilité ».

d'exécuter son obligation : mais quels en sont les effets sur le rapport contractuel, en particulier lorsqu'il s'agit d'un contrat synallagmatique ? (42)

Il peut donc paraître préférable d'avoir recours à une autre possibilité : intégrer, dans la notion classique de force majeure, des situations relevant non plus de l'idée d'impossibilité matérielle, mais de la prise en compte de la légitimité du refus de l'exécution par le débiteur. Le débiteur est exonéré lorsque l'exécution de ses obligations ne peut être raisonnablement exigée de lui — soit en raison d'un obstacle matériel, soit en raison des risques qu'elle impliquerait. La force majeure en matière contractuelle n'est, dans ces hypothèses du moins, ni plus ni moins que « la limite de l'obligation » (43), la preuve de l'absence de faute du débiteur, qui a fourni la diligence qu'il devait raisonnablement fournir : « Lorsque l'exécution s'est heurtée à un obstacle, il ne faut pas demander si celui-ci pouvait être prévu et pouvait être surmonté, mais seulement s'il devait être surmonté ... Qui fait ce qu'il doit ne commet aucune faute, et ne saurait légitimement être déclaré responsable » (44). Cette conception, qui explique parfaitement les solutions adoptées par les tribunaux français à propos des situations de contrainte dans lesquelles peut se trouver le débiteur d'une obligation contractuelle, concorde avec la conception de l'impossibilité d'exécution admise depuis longtemps dans d'autres systèmes juridiques (45). Elle démontre aussi le rôle que peuvent jouer, à propos de notions relevant en apparence de la technique pure du droit des obligations, des jugements de valeur : lorsque les tribunaux sont amenés à constater le libération du débiteur parce que — eu égard à la situation de contrainte dans laquelle il se trouve — l'exécution de l'obligation ne peut raisonnablement être exigée de lui, ils font en définitive appel à une notion « ouverte », au contenu juridique *a priori* indéterminé mais susceptible d'être développé par la jurisprudence : le « raisonnable » (46).

Ainsi entendue, la notion de force majeure de l'article 1148 du Code civil délègue aux tribunaux un pouvoir d'appréciation considérable (47), dont la portée

(42) Nous avons déjà rencontré une difficulté analogue, à propos du fondement interétatique de la libération du débiteur par le fait du prince étranger : *supra*, n° 126.

(43) A. Tunc, « La force majeure dans ses rapports avec le contenu de l'obligation contractuelle », J.T. 1946. 313.

(44) A. Tunc, « Force majeure et absence de faute en matière contractuelle », Rev. trim. dr. civ. 1945. 235, 259.

(45) v. les références *supra*, note 32.

(46) Comp. P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, 1992, spéc. n°s 57 et s., 107 et s., qui souligne que les notions-clefs de la théorie française de la force majeure — imprévisibilité, irrésistibilité — sont des « standards juridiques » définissant un « comportement raisonnable » que le débiteur doit adopter. — Adde, dans une optique plus générale, G. Khairallah, « Le "raisonnable" en droit privé français — Développements récents », Rev. trim. dr. civ. 1984. 439, et les références données par cet auteur. — V. aussi les observations *infra*, n° 252.

(47) Un avis du Conseil d'Etat du 12 novembre 1840 (*Jurispr. gén.*, v° *Effets de commerce*, n° 634, note 1) souligne le pouvoir propre des juridictions en matière de force majeure : « Considérant qu'aux termes de la charte constitutionnelle, le gouvernement ne peut jamais suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution ; — Considérant que l'application des lois et l'appréciation des circonstances qui peuvent faire fléchir la rigueur de leur application sont confiées à l'autorité judiciaire ; — Est d'avis qu'il appartient non à l'administration, mais aux tribunaux, dans l'exercice de leur juridiction, d'apprécier, sous le double rapport du fait et du droit, les circonstances de force majeure qui leur sont

ne doit toutefois pas être dénaturée : la notion de force majeure étant une notion juridique, son contenu ne se définit pas individuellement dans chaque litige, par rapport à des considérations de pur fait ; intégrant des jugements de valeur, elle est susceptible de faire l'objet d'une systématisation — c'est-à-dire d'une jurisprudence — qui reflétera les conceptions fondamentales du système juridique. L'une de ces conceptions est qu'il ne saurait être demandé au débiteur de braver la puissance publique étrangère.

En matière pénale, des considérations analogues peuvent expliquer l'exonération de l'auteur d'un délit commis dans une situation de « contrainte morale » ou — terminologie actuellement admise en droit pénal — d'état de nécessité (48).

*

136. Pour conclure ce chapitre, nous ajouterons quelques observations sur les rapports entre les deux fondements de la théorie du fait du prince étranger. Nous partons de l'hypothèse — que permettront de vérifier des développements ultérieurs — de l'autonomie des deux fondements. En particulier, l'élément individuel de protection des intérêts légitimes du débiteur n'est pas conditionné par des considérations de droit international public tirées de la souveraineté étrangère (49). Le débiteur pourrait être libéré même si les intérêts légitimes de l'Etat étranger n'étaient pas en cause.

La pratique américaine en matière de *discovery* extraterritoriale, nous le savons, est différente : telle qu'elle s'exprime dans la section 40 du *Restatement* de 1965 (50), elle ne fait de la *hardship* individuelle qu'un critère d'appréciation parmi d'autres, à considérer globalement. Il n'y a pas, dans cette pratique, d'autonomie des deux fondements possibles de la libération du destinataire d'un ordre de production de pièces détenues à l'étranger, mais au contraire un amalgame, puisqu'il suffit au

signalées, à l'effet de relever, s'il y a lieu, les porteurs de lettres de change des déchéances encourues à défaut de protêt à l'échéance et de dénonciation dans les délais prescrits.

(48) cf. M. Puech, *Droit pénal général*, 1988, n° 1170. Sur l'arrière-plan philosophique de la théorie pénaliste de l'état de nécessité, v. les références données par E. Garçon, *Code pénal annoté*, 2^e éd. par M. Rousselet, M. Patin et M. Ancel, t. I, 1952, Art. 64, p. 217. La théorie de l'état de nécessité a été consacrée en législation par la loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du Code pénal (art. 122-7 du nouveau Code pénal).

(49) Notons ici que selon certains auteurs (A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3^e éd., Berlin, 1984, § 1189, p. 786 ; B. Stern, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », A.F.D.I. 1986. 7, 48-49) d'autres règles du droit international général — celles protégeant les droits de l'homme — pourraient fonder la protection du débiteur contre les situations « où existent des obligations contradictoires » : « on peut considérer qu'il y a là une atteinte aux droits fondamentaux de la personne » (B. Stern, *op. cit.*, p. 48). Le recours à pareilles spéculations ne paraît cependant guère utile, du moins devant le juge interne et dans la mesure où les règles relatives à la force majeure conduisent (plus sûrement) au même résultat.

(50) *Supra*, n° 99.

juge d'affirmer l'existence d'un fort intérêt étatique américain pour pouvoir écarter non seulement le moyen tiré de la souveraineté étrangère, mais encore toutes considérations d'ordre individuel (51). Il paraît difficile d'approuver cette attitude ; au contraire, même dans des cas où le respect de la souveraineté étrangère ne peut — pour une raison ou une autre — avoir une importance déterminante, le non-exercice de sa compétence par un Etat est susceptible de trouver son fondement « dans la prise en compte des intérêts des parties et dans le devoir d'éviter à celles-ci une rigueur inadmissible » (52).

C'est en fonction du double fondement, ainsi dégagé, de la libération du débiteur par le fait du prince étranger qu'il nous appartient de spécifier le champ d'application de cette théorie : la question à résoudre reste, après tout, celle de savoir dans quelles circonstances un conflit de normes étatiques peut être invoqué comme cause d'impossibilité d'exécution par le débiteur d'une obligation.

(51) cf. en particulier la motivation des décisions *United States v. Field*, 532 F.2d 404 (5th Cir. 1976) et *In re Grand Jury 81-2*, 550 F. Supp. 24 (W.D. Mich. 1982), *supra*, n° 103.

(52) J.-M. Bischoff et R. Kovar, « L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la communauté », J.D.I. 1975. 675, n° 40. — Le groupe *Research in International Law of the Harvard Law School* a publié en 1935 (29 A.J.I.L. Supplement 435) un projet de convention internationale sur la compétence en matière de droit pénal, dont l'article 14 prévoit qu'un acte déclaré obligatoire par la loi du lieu de sa commission ne saurait donner lieu à poursuites pénales à l'étranger. La règle est motivée comme suit par le commentaire de l'article (p. 616) : « *The individual should not suffer, through no fault of his own, because one State punishes what another State requires ... the two States whose laws are in conflict should settle the matter between them. The individual should not be victimized* ». C'est là une considération parfaitement adaptée à une situation où l'aspect interétatique de la question ne justifierait pas à lui seul la libération du débiteur.

CHAPITRE II

LES INTERVENTIONS ÉTATIQUES VISÉES PAR LA THÉORIE DU FAIT DU PRINCE ÉTRANGER

137. Sous quelles conditions une intervention de la puissance publique étrangère peut-elle être reconnue comme fait du prince libératoire ? La question appelle une réponse en deux temps.

Il peut s'agir, en premier lieu, d'apprécier une situation dépourvue de tout facteur de complication spécifique : une intervention du souverain territorial faisant un usage légitime de ses prérogatives. Dans ce cas, il suffira de déterminer si cette intervention relève, par nature, de la théorie du fait du prince étranger (Sect. I). En second lieu, il faudra rechercher si une norme étrangère, qui pourrait intrinsèquement constituer un fait du prince libératoire, doit toujours se voir reconnaître ce caractère si elle est extraterritoriale — ce qui pourrait faire douter de son effectivité — ou si elle est considérée comme illégitime au regard du droit étranger lui-même, de l'ordre public du for ou même du droit international public (Sect. II).

SECTION I

DÉLIMITATION DE LA NOTION DE FAIT DU PRINCE ÉTRANGER

138. Il sera question en premier lieu des caractéristiques fondamentales du fait du prince — qui est une norme contraignante (§ 1) —, puis, en second lieu, il conviendra de rechercher dans quelle mesure la possibilité d'une analyse en termes de fait du prince, de force majeure dépend de la qualité de l'auteur de la norme en question (§ 2).

§ 1. — Le fait du prince, norme contraignante

139. La discussion s'orientera successivement autour de la norme (A) et de sa sanction (B).

A. — LA NORME

140. Le fait du prince étranger est nécessairement une mesure étatique (1). Mais une mesure étatique d'un caractère particulier : une norme. Les mesures purement matérielles dont un Etat étranger peut être l'auteur à travers ses agents ne présentent à cet égard aucun intérêt. Ce n'est pas à dire, bien entendu, qu'elles ne puissent constituer un cas de force majeure ; au contraire, les faits de guerre — qui en sont le principal exemple pratique — se voient traditionnellement reconnaître ce caractère, à condition qu'ils rendent impossible l'exécution de l'obligation (2).

(1) Mesure étatique qui, dans la pratique contemporaine, peut être destinée à donner effet aux décisions d'une organisation internationale (cf. les réf. bibliographiques données *infra*, n° 307, note 120) — étant entendu que la mise en oeuvre de ces décisions par des mesures de contrainte, notamment des sanctions pénales, continue d'être subordonnée à l'intervention des autorités législatives, administratives et judiciaires des Etats membres de l'organisation (v. J. Verhoeven, « Etats alliés ou Nations Unies ? L'O.N.U. face au conflit entre l'Irak et le Koweït », A.F.D.I. 1990. 145, 165-166).

(2) cf. A. Wahl, *Le droit civil et commercial de la guerre*, t. II, 1921, n° 1014 et s. ; v. aussi, du même auteur, « La guerre considérée comme force majeure », Rev. trim. dr. civ. 1915. 383 et « Des exonérations et réductions de loyer par suite d'une force majeure résultant de la guerre », Rev. trim. dr. civ. 1916. 5 ; Plum, « Der Einfluß des Krieges auf schwebende Lieferverträge im Lichte der Rechtsprechung », JW 1916. 1359 ; JW 1917. 943 ; JW 1919. 340 ; sous le titre « Der Einfluß des Krieges und der Revolution ... », JW 1921. 51 ; G. Kegel/H. Rupp/K. Zweigert, *Die Einwirkung des*

Lorsque l'ennemi détruit matériellement la chose faisant l'objet d'un contrat, il faut y voir un cas de force majeure (3) ; il se peut même que les opérations militaires, non prévues au moment de la conclusion du contrat, confèrent après coup à son exécution un caractère si périlleux que le débiteur peut légitimement la refuser (4). Mais en l'absence de toute prescription de la puissance publique, il ne saurait être question de fait du prince étranger. De même, nous l'avons vu (5), le fait du prince peut s'accompagner de mesures d'exécution destinées à en renforcer l'efficacité : mesures d'ordre militaire mettant en oeuvre une interdiction de commerce, saisie de biens, emprisonnement du débiteur. Ces mesures matérielles ne s'identifient pas à la norme édictée, qui relève seule de notre discussion.

D'une manière générale, il s'agira de délimiter le fait du prince, acte juridique unilatéral de la puissance publique étrangère, par rapport à d'autres interventions étatiques, qui n'ont pas la même nature.

141. Des commandements étatiques, il convient de distinguer d'abord les actes *jure gestionis*, relevant d'une activité de droit privé. Lorsque l'Etat étranger agit dans le cadre du droit privé, ses actes doivent être appréciés comme le seraient ceux d'un simple particulier. Ils peuvent le cas échéant constituer un cas de force majeure, mais non le fait du prince (6) : il s'agira du fait d'un tiers, dont le caractère imprévisible et irrésistible restera à démontrer par le débiteur. L'irrésistibilité du fait du prince est présumée ; celle du fait d'un tiers ne l'est pas.

Simple en apparence, la distinction peut cependant donner lieu à des difficultés dans sa mise en oeuvre. Il faut s'entendre, en premier lieu, sur la définition des actes *jure gestionis*. Celle-ci ne coïncide pas avec celle admise en matière d'immunité de

Krieges auf Verträge, Berlin, 1941, *passim* ; Lord McNair/A.D. Watts, *Legal Effects of War*, 4^e éd., Cambridge, 1966, p. 156 et s.

(3) V. p. ex. Paris 23 août 1872, D.P. 1873. 2. 235 (« le fait des Allemands est celui de la force majeure, qui frappe les propriétaires des choses avariées ou perdues »).

(4) Et ce conformément au principe rappelé *supra*, n° 134. — V., en jurisprudence, *O'Neil v. Armstrong, Mitchell & Co.* [1895] 2 Q.B. 418, C.A. (un marin anglais n'est pas tenu de continuer à servir sur un navire de guerre acheté par le gouvernement japonais et en route vers le Japon, après déclaration de guerre entre le Japon et la Chine) ; comp. *Motor Oil Hellas (Corinth) Refineries S.A. v. Shipping Corp. of India* [1990] 1 Lloyd's Rep. 391, H.L. (à propos de la notion de *safe port* dans une charte-partie, et de la légitimité du refus du capitaine de procéder au chargement dans un port iranien risquant d'être bombardé par l'aviation irakienne) ; *Abu Dhabi National Tanker Co. v. Product Star Shipping Ltd. (No. 2)* [1993] 1 Lloyd's Rep. 397, C.A. (portée d'une clause permettant au frêteur de refuser de charger ou décharger dans un port du Golfe arabe qu'il considère comme « dangereux » en raison d'opérations militaires).

(5) *Supra*, n° 129.

(6) cf. *Baker Castor Oil Co. v. Insurance Co. of North America*, 157 F.2d 3 (2d Cir. 1946) : lorsqu'un contrat d'assurance maritime ne couvre que les *restraints of princes*, le refus du *Lloyd Brasileiro* (« a department of the government of Brasil ») d'exécuter, en sa qualité de propriétaire du navire, un contrat de transport ne relève pas des risques couverts : « what *Lloyd Brasileiro* did as a private owner and with regard only to its own ships was not the exercise of any such sovereign power » ; comp. la sentence arbitrale confirmée par *Atisa S.A. v. Aztec A.G.* [1983] 2 Lloyd's Rep. 579, 583 : le refus du gouvernement kenyan d'exécuter un contrat de vente de sucre ne vaut pas « *Government intervention* » au sens d'une clause de force majeure insérée dans un contrat conclu entre l'acquéreur et un tiers auquel le sucre acheté devait être livré.

juridiction — si du moins on accepte, dans cette matière-là, la conception exprimée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation selon laquelle l'acte *jure imperii*, couvert par l'immunité, se caractérise indifféremment soit par sa nature intrinsèque, soit par sa motivation : « les Etats étrangers ... ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige constitue un acte de puissance publique ou a été accompli dans l'intérêt d'un service public » (7). Ce critère s'inspire, on le sait, du droit administratif français ; il n'a pas nécessairement une valeur universelle. En tout cas, même en admettant (avec l'arrêt *Gugenheim* de la Cour de cassation) qu'un marché de fourniture de cigarettes peut être un acte *jure imperii*, au motif qu'il a été conclu « pour les besoins du service de la défense nationale vietnamienne » (8), la conclusion de pareil contrat ne saurait constituer, dans aucun cas, un fait du prince libérateur. A cet égard, la motivation de l'acte étatique est indifférente ; il faut, dans tous les cas, qu'il s'agisse d'un acte (contraignant) de puissance publique. Une seconde difficulté — qui concerne, cette fois-ci, l'appréciation des faits — peut provenir de l'imbroglio politico-commercial auquel se trouve confronté le juge. Quelques exemples, tirés de la jurisprudence, l'illustreront.

Un exemple presque caricatural d'abord. Nous sommes en 1903. Des négociants français, MM. Rondon, Plaisant & C^{ie}, obtiennent du gouvernement coréen le monopole de la vente de la récolte de ginseng pour l'année 1904. Ils la revendent aussitôt à un autre négociant, M. Chazalon. Survient la guerre russo-japonaise et l'occupation de la Corée par les troupes japonaises. Le gouvernement coréen, sous la pression des autorités d'occupation, rompt le contrat conclu avec MM. Rondon, Plaisant & C^{ie} et livre le ginseng à une compagnie japonaise : les

(7) Civ. 1^{re} 25 février 1969, *Soc. Levant Express Transport*, R. 1970. 102, note Bourel ; Ancel et Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 2^e éd., 1992, n° 48. Comp. Civ. 1^{re} 19 mai 1976, J.D.I. 1976. 687, note Kahn ; R. 1977. 359, note Batiffol ; 2 mai 1990, R. 1991. 140, 1^{re} esp., note Bourel.

(8) Civ. 1^{re} 19 décembre 1961, R. 1962. 350, note Loussouarn ; J.D.I. 1962. 432, note Sialelli ; J.C.P. 1962. II. 12489, note J.A. — Notons que cette conception large de l'acte *jure imperii* (avec sa référence au but poursuivi par l'Etat étranger) ne fait nullement l'unanimité en droit comparé ; elle n'est pas admise en jurisprudence américaine (*Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*, 112 S. Ct. 2160 (1992)), allemande (BVerfG 30 avril 1963, BVerfGE 16. 27, 61), suisse (TF 15 novembre 1978, ATF 104 Ia 367, 374) ou anglaise (*I Congreso del Partido* [1983] 1 A.C. 244). Pour la pratique italienne récente, apparemment moins ferme, v. les douze arrêts de la Cour de cassation traduits in I.L.R. 87 (1992), p. 1-68 ; et cf., en jurisprudence canadienne, *United States of America v. Public Service Alliance of Canada* (1992) 91 D.L.R. (4th) 449. — L'article 2, § 2 du projet d'articles sur les immunités des Etats déposé par la Commission du droit international des Nations Unies le 7 juin 1991 (texte in R.G.D.I.P. 1992. 466) prévoit que « pour déterminer si un contrat ou une transaction est une "transaction commerciale" [non couverte par l'immunité], il convient de tenir compte en premier lieu de la nature du contrat ou de la transaction, mais il faut aussi prendre en considération son but si, dans la pratique de l'Etat qui y est partie, ce but est pertinent pour déterminer la nature non commerciale du contrat ou de la transaction » ; cette proposition, qui paraît s'inspirer de considérations politiques, a été critiquée (C. Kessedjian/C. Schreuer, commentaire à la R.G.D.I.P. 1992. 299, 307, 338 ; v. déjà, à propos d'un avant-projet du même texte, I. Seidl-Hohenveldern, « International Economic Law : General Course on Public International Law », R.C.A.D.I. 1986-III. 9, 143) ; il ne paraît d'ailleurs pas certain qu'elle soit maintenue par les instances de l'O.N.U. (cf. V. Morris/M.-Ch. Bourloyannis, « The Work of the Sixth Committee at the Forty-Seventh Session of the U.N. General Assembly », 87 A.J.I.L. 306, 317 (1993)).

revendeurs, qui se trouvent dans l'impossibilité d'exécuter leurs obligations à l'égard de M. Chazalon, font plaider la force majeure. La Cour d'appel de l'Indochine leur donne gain de cause. M. Chazalon se pourvoit en cassation : selon lui, l'arrêt attaqué a admis à tort le moyen de défense de ses adversaires, « alors ... que le refus du gouvernement coréen, ayant livré la récolte à la "Mitsui Bushan Kaisha", compagnie commerciale privée, non en vertu d'un fait de guerre, ni d'une violence, mais d'un contrat, ne saurait, quels qu'en soient les motifs, constituer un fait du prince, mais doit être envisagé comme une simple contestation commerciale entre le vendeur originaire et le défendeur éventuel, son commissionnaire ». La Cour de cassation rejette le pourvoi, mais elle le fait en soulignant le pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond, qui ont estimé que la rupture du contrat « n'a été déterminée par aucune faute ou négligence imputable aux défendeurs éventuels, mais imposée d'une manière absolue par l'intervention des autorités japonaises, dont les troupes avaient occupé la Corée, qui avaient destitué et fait prisonnier le ministre coréen, signataire dudit contrat, et qui, par une pression irrésistible en faveur de leurs nationaux, ont fait livrer à la Comp. commerciale susnommée la récolte de ginseng précédemment concédée à Rondon, Plaisant et C^{ie}, sans que les réclamations et les efforts énergiques et persistants de ceux-ci, secondés activement par les représentants du gouvernement français, aient pu triompher de l'influence exercée par les Japonais » (9).

Cas de force majeure, soit. Mais fait du prince ? Peut-être à l'égard du gouvernement coréen, dont les décisions étaient directement dictées par l'occupant japonais (10) ; les défendeurs français, quant à eux, invoquaient la décision de leur fournisseur — le gouvernement coréen — de rompre leur contrat et de vendre à un tiers les marchandises qui en faisaient l'objet. Cette décision, « quels qu'en soient les motifs », était un acte de gestion, non de puissance publique ; sur ce point le demandeur au pourvoi avait sans doute raison. Seulement, les circonstances très particulières ayant motivé le refus de livrer les marchandises transformaient celui-ci en obstacle insurmontable. Le vendeur peut s'exonérer, dans pareil cas, par la preuve que la non-livraison des marchandises est due à la défaillance, elle-même causée par l'intervention de l'occupant et donc imprévisible et irrésistible, de son propre fournisseur (11). Le fait du prince n'avait qu'une influence indirecte sur l'exonération des défendeurs.

(9) Req. 27 octobre 1908, S. 1910. 1. 230.

(10) Encore faudrait-il se demander si le comportement des autorités japonaises ne relevait pas, en l'espèce, plutôt de simples voies de fait.

(11) cf. d'une manière générale, en ce sens que la défaillance de son fournisseur peut constituer un cas de force majeure pour le vendeur, A. Wahl, *op. cit.*, Rev. trim. dr. civ. 1915. 383, 401. — Effectivement, le fournisseur n'est pas un agent d'exécution ou substitut du vendeur, dont celui-ci serait responsable : cf. Bruxelles 14 avril 1989, J.T. 1989. 356 ; comp., à propos de la Convention des Nations-Unis du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, von Caemmerer/Schlechtriem, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Munich, 1990, Art. 79, n° 38 ; B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, 1990, n° 183 ; contra, en droit interne : T.G.I. Paris 16 avril 1991, D. 1991. 460, 2^e esp., qui estime qu'en raison du « lien étroit » unissant le fabricant au vendeur, la défaillance du fabricant ne peut être un cas de force majeure pour le vendeur (p. 462).

Une autre situation particulière est celle où le gouvernement étranger lui-même est l'auteur, successivement, d'un acte de gestion politiquement motivé, puis d'un acte de souveraineté : c'est la situation qui a donné lieu, devant les tribunaux anglais, à l'affaire des navires *Playa Larga* et *Marble Islands*, à laquelle nous avons déjà brièvement fait allusion (12). Une entreprise étatique cubaine, Cubazucar, s'engage à livrer à une entreprise étatique chilienne des quantités considérables de sucre. Le contrat est conclu au début de l'année 1973, à un moment où les relations politiques et économiques entre les deux pays sont — comme le relève l'arrêt de la *Court of Appeal* — excellentes (13). Son exécution coïncide, malheureusement, avec le coup d'Etat de la junte militaire au Chili. Les responsables cubains — autorités politiques, mais aussi dirigeants de Cubazucar — réagissent immédiatement : le capitaine du *Playa Larga* se voit ordonner d'interrompre le déchargement à Valparaíso et de retourner à Cuba ; le *Marble Islands* (racheté par l'Etat cubain en cours de route) change de destination et va livrer sa cargaison à Haiphong, au Vietnam du Nord ; peu de temps après, une loi (la loi n° 1256) est promulguée à Cuba et interdit la livraison de tous biens à l'Etat chilien et à ses organismes, jusqu'à l'établissement d'un gouvernement chilien « dont la légitimité pourra être reconnue par le Gouvernement Révolutionnaire de Cuba ». Un contentieux fort complexe s'ensuit, opposant l'acquéreur chilien du sucre à Cubazucar d'une part, à l'Etat cubain de l'autre (14). La motivation de chacun des actes cubains a évidemment été la même ; elle était éminemment politique ; mais précisément, selon les juges anglais, la motivation politique d'un acte *jure gestionis* ne le transforme jamais en acte *jure imperii* (15). Il s'ensuit que Cubazucar est déclarée responsable de sa décision d'interrompre le déchargement du *Playa Larga* (simple inexécution contractuelle), que l'Etat cubain ne peut invoquer son immunité de juridiction à propos de sa décision de faire livrer la cargaison du *Marble Islands* au Vietnam et non au Chili (simple inexécution de ses obligations par un transporteur) (16) ... mais que la promulgation — postérieure — de la loi d'embargo n° 1256, acte de puissance publique, a constitué pour Cubazucar un cas de force majeure la libérant de son obligation de livrer le reste du sucre, non encore chargé sur un navire (17).

(12) *Supra*, n° 130.

(13) *Empresa Exportadora de Azucar v. Industria Azucarera Nacional S.A. (The "Playa Larga")* [1983] 2 Lloyd's Rep. 171, 174.

(14) La compétence des tribunaux anglais s'explique, en ce qui concerne l'Etat cubain, par l'arrêt d'un navire d'Etat cubain (le *I Congreso del Partido*) en Angleterre et, en ce qui concerne Cubazucar, par l'insertion dans le contrat de vente d'une clause prévoyant un arbitrage à Londres.

(15) cf. l'arrêt *I Congreso del Partido*, cité *supra*, note 8 ; adde l'arrêt *Empresa Exportadora ...*, p. 194 (« it is the nature of the act that matters, not the motive behind it »).

(16) *I Congreso del Partido*, p. 269, per Lord Wilberforce : « It is precisely to protect private traders against politically inspired breaches, or wrongs, that the restrictive theory allows states to be brought before a municipal court ».

(17) La *Court of Appeal* a pris soin de noter que Cubazucar ne pouvait être considérée comme émanation de l'Etat cubain devant répondre de ses actes : *Empresa Exportadora...*, p. 192. Sur cette question, cf. *infra*, n° 222.

Le dernier exemple ne concerne plus la succession d'un acte de puissance publique à un acte de gestion, mais la combinaison des deux. Une remarque préliminaire : la jurisprudence française en matière de droit du travail est extrêmement réticente à reconnaître l'effet libératoire du fait d'un tiers ayant amené ou contraint l'employeur à rompre le contrat de travail le liant à un salarié (18). Que faut-il décider, dès lors, lorsque les autorités mauritaniennes, propriétaires d'un hôtel, adressent à la société française gérant celui-ci une lettre exigeant qu'un salarié « cesse immédiatement ses fonctions et soit rapatrié dans la huitaine » ? Selon la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, la société française « n'avait pu que s'incliner devant l'exigence du gouvernement mauritanien laquelle constituait un "fait du prince" la libérant de ses obligations contractuelles » ; selon la Cour de cassation en revanche, il s'agissait d'une « simple demande de son mandant exclusive de l'exercice d'une prérogative de puissance publique » (19). Comme telle, elle ne pouvait être libératoire.

Le critère appliqué par la Cour de cassation est celui que nous avons eu l'occasion de proposer ci-dessus : il n'y a pas lieu d'examiner la motivation de l'acte — qui était en l'espèce, paraît-il, d'ordre politique (20) —, mais sa nature intrinsèque. La demande qu'un mandant adresse à son mandataire n'est pas un acte de puissance publique. L'annotateur de l'arrêt (21) a cependant fait observer que la demande de rapatriement du salarié, quant à elle, relevait à l'évidence du seul pouvoir de police de l'Etat mauritanien et devait donc être qualifié d'acte *jure imperii*. L'observation est exacte, mais il n'est pas difficile de deviner pourquoi elle n'a pas été retenue par les magistrats de la Cour de cassation : comme dans l'affaire du sucre cubain, les liens étroits entre le débiteur et l'Etat étranger justifiaient une certaine réticence à admettre la libération de l'un par le fait de l'autre ; mais surtout, en l'espèce, les deux demandes des autorités mauritaniennes étaient exprimées dans un seul et même acte peu formaliste, qui apparaissait manifestement comme abusif aux yeux des magistrats et dont l'objet nettement prédominant était le licenciement du salarié indésirable. L'accessoire a suivi le principal.

Nous retiendrons donc qu'en vue de la distinction entre fait du prince et acte *jure gestionis*, la qualification ne se fait pas conformément aux critères habituels du droit administratif français ; le critère à appliquer est un critère autonome, qui a égard exclusivement à la nature intrinsèque de l'acte en question. Il doit s'agir d'un commandement de la puissance publique.

142. Des commandements de la puissance publique (qui sont des normes juridiques), il faut ensuite distinguer une catégorie d'actes ayant pour auteurs des agents de l'Etat, mais qui sont complètement étrangers aux attributions normales de

(18) cf. Soc. 17 mars 1965, Bull. civ. IV, n° 235 (injonction de la société Citroën à l'un de ses concessionnaires) ; 13 octobre 1955, Bull. civ. IV, n° 705 (pressions administratives manifestement illégales).

(19) Soc. 8 mai 1974, Bull. civ. V, n° 282 ; R. 1975. 452, note Mayer.

(20) cf. P. Mayer, note précit., p. 454.

(21) P. Mayer, p. 445.

l'autorité étatique : le recours aux **voies de fait**, à la contrainte illicite et aux menaces de représailles.

Il peut certes s'avérer nécessaire de protéger le débiteur contre des menaces terroristes, et celles-ci peuvent le cas échéant relever de la force majeure, quels qu'en soient les auteurs (22). Mais les menaces de ce type ne peuvent bénéficier d'une présomption d'irrésistibilité, et tout est une question d'appréciation des circonstances. On comprendra ainsi qu'une décision anglaise publiée en 1990 n'ait pas cru devoir faire droit à l'argument qu'une banque entendait tirer du prétendu risque de représailles à l'encontre du personnel de sa succursale à Panama, pour s'opposer à la transmission aux autorités des Etats-Unis de documents saisis auprès de son établissement anglais et ayant trait aux activités criminelles du Président de la République de Panama :

« We have taken careful account of that evidence. In our judgment it is unimpressive and not of the nature which should influence any of our judges to exercise discretion in favour of those who would seek to rely upon it to avoid the imposition of an embarrassing order. There is an in terrorem air about it. The courts of this country are not to be deflected from making orders in aid of the international battle against drug trafficking for fear of reprisals no matter from where the threat of them emanates » (23).

143. Une question qui a parfois été examinée par les tribunaux est celle de savoir dans quelle mesure un particulier peut invoquer comme force majeure une **atmosphère générale de contrainte**, due à l'occupation du territoire par l'ennemi et aux mesures prises par celui-ci — sans que l'intéressé ait à prouver qu'il a été lui-même victime d'une mesure concrète de l'occupant. Lorsque le cas de force majeure allégué est une norme, il peut être raisonnable d'appliquer le principe qui présume l'effectivité des normes étatiques et considère donc l'édiction même d'une norme contraignante comme un fait du prince libérateur (24). Mais précisément, nous n'envisageons pas ici les normes, mais les voies de fait. Il serait excessif d'y appliquer une présomption générale du même type.

Au lendemain de la seconde guerre mondiale, la Cour de Colmar avait cependant élaboré une jurisprudence, apparemment constante, qui estimait que pour les besoins de l'application de la législation prévoyant la réintégration des locataires évincés sous contrainte de leur logement, « la présence de l'ennemi sur le territoire de l'Alsace, qu'il avait annexée de fait, constituait, dès 1940, une contrainte suffisante pour justifier l'abandon de leur domicile par les Alsaciens ; ... que c'est méconnaître la situation de l'Alsace sous l'occupation que de ne pas admettre d'emblée que les Alsaciens qui se sont retirés en vieille France pour échapper au régime nazi l'ont fait sous la contrainte ; ... que, la contrainte à laquelle ont été

(22) Rien ne distingue, en ce qui concerne l'exonération du destinataire d'une menace, une menace d'attentat émanant de particuliers (Paris 14 mars 1990, D. 1990 I.R. 84, cité *supra*, n° 134) et des menaces émanant de la Gestapo (*R. v. Steane* [1947] 1 All E.R. 813, C.A. : acquittement d'un Anglais qui avait accepté — sous menace de se voir déporter dans un camp de concentration avec sa famille — de participer en 1940 à des émissions radiophoniques de propagande allemande).

(23) *Reg. v. Southwark Crown Court, ex parte Customs and Excise Comrs.* [1990] 1 Q.B. 650, 664, D.C. Le Président en question était, à l'époque, le Général Noriega.

(24) cf. *supra*, n° 133.

soumis les Alsaciens étant un fait de notoriété publique, toute enquête sur ce point est inutile et contraire à une bonne administration de la justice » (25). Cette motivation n'a pas été admise par la Cour de cassation, qui exigeait au contraire la preuve d'un « acte précis et concret concernant personnellement » le demandeur (26). Un jugement luxembourgeois a d'ailleurs décidé, dans un ordre d'idées analogue, de rejeter le moyen de nullité pour violence qu'un vendeur d'immeuble faisait plaider à l'encontre d'une vente consentie à l'autorité communale sous l'occupation : « la terreur générale régnant dans le pays est restée sans influence sur l'acte en discussion » (27). Dans pareil cas, le demandeur ne peut être dispensé de la preuve d'un acte précis et concret le concernant personnellement.

Plus généralement, l'« atmosphère générale » qui peut exister dans un pays, ou un climat politique peu favorable à l'exécution de l'obligation — même si le fait ou l'abstention de l'autorité publique contribuent à les créer —, ne constituent normalement pas en eux-mêmes un cas de force majeure (28). Des faits concrets doivent être prouvés par le débiteur qui entend s'exonérer.

144. Une dernière hypothèse à envisager est celle où l'intervention des autorités publiques étrangères a consisté dans l'**autorisation** du comportement incriminé, sans pour autant le rendre juridiquement obligatoire.

Il n'est certes pas exclu qu'un Etat puisse vouloir autoriser expressément une activité ayant des effets substantiels sur le territoire d'un Etat étranger ; il peut exempter les cartels à l'exportation de l'application des prohibitions de son droit de la concurrence ; il peut accorder à une entreprise installée sur son territoire une autorisation d'exploitation, le cas échéant après avoir pris en considération les effets à l'étranger de la « pollution transfrontière » qui en résulte (29). Mais ces

(25) Colmar 15 avril 1947, Rev. jur. Als. Lorr. 1948. 120, 1^{re} espèce, note Laplatte.

(26) Soc. 24 janvier 1947, Rev. loyers 1947. 295. — Comp., après renvoi, Colmar, chambres réunies, 25 février 1948, Rev. jur. Als. Lorr. 1948. 120, 2^e espèce, note Laplatte (selon l'annotateur, « la Cour de Cassation paraît méconnaître la situation particulière de [l'Alsace] sous l'occupation ... Les circonstances générales ... imposent donc cette présomption, qu'une éviction sans consentement a suivi un départ sous la contrainte »).

(27) Trib. arr. Diekirch 31 juillet 1946, Pas. lux. 14. 227, 230.

(28) V. en matière de droit de la concurrence K. Brewster, *Antitrust and American Business Abroad*, New York/Toronto/Londres, 1958, p. 93 (« generalized characterisation of the foreign "atmosphere" as cartelistic will not itself excuse participation in restraints on U.S. commerce ») ; J. Atwood/K. Brewster, *Antitrust and American Business Abroad*, 2^e éd., vol. I, Colorado Springs, 1981, p. 261. — Un arrêt du *Bundesgerichtshof*, peu précis pour ce qui est des circonstances de fait, a cependant admis que les « circonstances politiques » en Iran (révolution islamique) valaient force majeure dans les relations entre un entrepreneur allemand chargé d'une construction en Iran et son sous-traitant (BGH 11 mars 1982, BGHZ 83. 197 : « Ein auf den politischen Verhältnissen im Iran beruhendes zeitweiliges Erfüllungshindernis steht einer dauernden Unmöglichkeit gleich »). Le tribunal des différends irano-américains a de même estimé, dans plusieurs sentences, que les « événements révolutionnaires » de fin 1978/début 1979 avaient créé une « situation de force majeure » : v. p. ex. *Sylvania Technical Systems, Inc. v. Iran* (Case No. 64) (1985) 8 Iran-U.S. C.T.R. 298, 308-310 ; *Mobil Oil Iran Inc. v. Iran* (Cases Nos. 74, 76, 81 and 150) (1987) 16 Iran-U.S. C.T.R. 3, 38 ; *Petrolane, Inc. v. Iran* (Case No. 131) (1991) 27 Iran-U.S. C.T.R. 64, 80-81.

(29) cf. T.A. Strasbourg 3 août 1989, *Province de la Hollande septentrionale*, D. 1991. 49, et la note J.-F. Flauss (illégalité d'une autorisation de rejet d'effluents par les Mines de Potasse d'Alsace,

autorisations n'ont évidemment aucun effet nécessaire sur la licéité de l'activité en question au regard de la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle produit ses effets. Elles répondront aux exigences de la loi interne de l'Etat dont elles émanent, sans lier pour autant les autorités administratives ou judiciaires de l'Etat étranger concerné. Il s'ensuit que dans certains cas extrêmes, l'utilité même d'une autorisation peut apparaître comme douteuse, en particulier si l'activité à autoriser doit se dérouler entièrement à l'étranger ; l'autorisation des autorités étrangères, toujours nécessaire, peut dans ce cas paraître suffisante. On notera que dans une affaire jugée en 1990 par la Cour Suprême des Etats-Unis, la question — il s'agissait de savoir si l'intervention de policiers américains dans une perquisition au Mexique devait être préalablement autorisée par un juge américain — a néanmoins donné lieu à controverse (30).

En tout cas, le fait qu'une activité ait été autorisée par l'autorité administrative d'un Etat n'est pas en lui-même de nature à exonérer, de sa responsabilité au regard de la loi d'un Etat tiers, le bénéficiaire de l'autorisation : c'est ce qui a été décidé en matière de « pollution transfrontière » (31), mais aussi en matière de droit de la concurrence. La Cour de justice des Communautés européennes a estimé, dans l'affaire des *Entreprises de « pâte de bois »*, qu'un cartel à l'exportation formé par des entreprises américaines, même exempté de l'application des lois *antitrust* américaines, ne cessait pas de ce fait d'être illicite au regard du droit communautaire (32) ; de même, il est admis en droit américain de la concurrence

l'étude d'impact n'ayant pas suffisamment pris en considération les effets sur l'agriculture néerlandaise) ; comp., sur cette problématique, J.-M. Bischoff, « La "territorialité" des lois de droit public dans ses rapports avec les principes de non-discrimination et d'égalité d'accès reconnus en matière de pollution transfrontière », in *Aspects juridiques de la pollution transfrontière*, O.C.D.E., 1977, p. 132 et s. ; G. Hager, « Zur Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher Genehmigungen bei Streitigkeiten wegen grenzüberschreitender Immissionen », *RabelsZ* 1989. 293 ; C. Kohler, « Umweltrechtliche Genehmigungen im internationalen Privat- und Verfahrensrecht », *JbUTR* 1991. 289.

(30) *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259 (1990). Deux des juges considéraient un mandat de perquisition américain comme indispensable en tant que condition préalable, constitutionnellement exigée, de l'action des pouvoirs publics américains, dût-elle avoir lieu à l'étranger (p. 279) ; deux autres (p. 279 et 297) estimaient qu'un magistrat américain n'a pas le pouvoir d'autoriser pareille perquisition. La majorité, elle, s'est bornée à juger que la Constitution des Etats-Unis n'était, sur ce point, pas destinée à protéger les personnes de nationalité étrangère domiciliées à l'étranger (p. 261 et s.).

(31) V. en jurisprudence allemande, à propos de l'aéroport de Salzbourg, BGH 10 mars 1978, IPRspr. 1978, n° 40 ; comp. les motifs de BVerwG 17 décembre 1986, BVerwGE 75. 285, 286-287 (l'arrêt reconnaît qu'une autorisation allemande d'exploitation d'une centrale nucléaire ne s'impose pas, dans leur propre pays, aux habitants d'une commune néerlandaise limitrophe). — Une règle différente peut être introduite par voie de convention internationale, cf. (se prononçant sur la constitutionnalité de la convention en question) BVerfG 12 mars 1986, BVerfGE 72. 66 ; de même, le droit interne d'un Etat peut évidemment accepter de prendre en considération, sous des conditions qu'il lui appartiendra de définir, les autorisations d'exploitation étrangères : comp., dans l'affaire des Mines de Potasse d'Alsace, Trib. arr. Rotterdam 16 décembre 1983, *RabelsZ* 1985. 747, 754-755, note Nassr-Esfaha et Wenckstern ; en jurisprudence autrichienne, à propos d'une centrale nucléaire allemande, OLG Linz 15 juin 1987, JBI 1987. 577 ; comp. OGH 29 avril 1981, JBI 1983. 380. *Adde* MünchKomm/Kreuzer, Art. 38 EGBGB, n° 268 et s. ; n° 274.

(32) C.J.C.E. 27 septembre 1988, *Ahlström*, aff. 89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85, Rec., p. 5193 (*supra*, n° 121).

qu'une simple tolérance ou autorisation du législateur ou de l'administration d'un Etat étranger ne peut utilement être invoquée dans le cadre de la *Foreign Sovereign Compulsion Defense* (33).

Cette impossibilité d'assimiler l'autorisation des pouvoirs publics étrangers au fait du prince est évidente du point de vue des intérêts individuels : l'intéressé ne risque rien s'il se conforme à ses obligations résultant de la loi du for, en omettant simplement de se prévaloir, à l'étranger, de l'autorisation obtenue. Du point de vue interétatique, il a certes parfois été suggéré que le respect de la souveraineté de l'Etat étranger, sur le territoire duquel une activité économique a lieu en toute légalité, interdirait à l'Etat sur le territoire duquel se manifestent les effets anticoncurrentiels de cette activité d'en poursuivre les auteurs (34) ; mais cette opinion revient en fait à remettre en cause le principe même d'une compétence fondée, en matière de droit de la concurrence, sur la « doctrine des effets ». C'est ce qui explique sans doute qu'elle soit restée sans écho réel dans la jurisprudence des pays qui appliquent ce critère de compétence.

145. La même analyse s'impose, en substance, à propos d'incitations des pouvoirs publics qui ne prennent pas la forme d'une norme contraignante, mais celle d'une intervention officieuse, de la formulation d'une « politique gouvernementale » non sanctionnée ou même de la mise en place d'un système d'aides publiques. Dans un contexte fédéral ou communautaire, la prise en considération de la politique économique des Etats fédérés ou Etats membres peut le cas échéant se justifier sur le fondement de principes particuliers, auxquels nous aurons l'occasion de revenir (35). En dehors de cette hypothèse spéciale, une simple intervention non contraignante des pouvoirs publics ne libère certainement pas le débiteur de ses obligations. En matière contractuelle, elle ne vaut pas force majeure (36) ; en matière de droit de la concurrence, elle n'équivaut pas — selon la jurisprudence américaine — à la *foreign sovereign compulsion* exonératoire (37). Sur ce dernier point encore, il existe des prises de position doctrinales (mais aussi

(33) cf. les décisions citées *supra*, n° 75 ; *adde* U.S. Department of Justice, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1988), p. 99. — Dans son récent arrêt *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 113 S.Ct. 2891 (1993), la Cour Suprême a décidé, plus généralement, de ne pas tenir compte du fait qu'un comportement donné, illicite au regard du droit américain de la concurrence, était « parfaitement conforme au droit et à la politique » de l'Etat britannique, dont les entreprises défenderesses étaient ressortissantes. Comme le souligne la Cour, aucun conflit réel de commandements étatiques n'est ainsi caractérisé (p. 2910-2911). L'arrêt se démarque ainsi d'une tendance contraire de la jurisprudence de certaines cours d'appel : cf. les décisions citées *supra*, n° 75, note 9 ; en faveur des principes retenus par celles-ci, v., en doctrine française, L. Idot, « Quelques pistes pour la résolution des conflits de droits de la concurrence en matière de distribution », D.P.C.I. 1993. 214, spéc. 227-228.

(34) V. notamment R.Y. Jennings, « Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws » (1957) 33 B.Y.B.I.L. 146, 151.

(35) V. *infra*, n° 157 et s., sur la distinction qui s'impose à cet égard entre le droit américain et le droit communautaire.

(36) cf. *L'Office National du Thé et du Sucre v. Philippine Sugar Trading (London) Ltd.* [1983] 1 Lloyd's Rep. 89.

(37) *In re Japanese Electronic Products*, 723 F.2d 238, 315 (3d Cir. 1983). Comp. J. Atwood/K. Brewster, *op. cit.*, p. 260 et s.

diplomatiques) qui tentent d'assimiler à la contrainte étatique une simple politique gouvernementale favorable à la mise en oeuvre de pratiques restrictives ; on a fait valoir qu'une définition trop stricte de la *foreign sovereign compulsion* constitue une prime au dirigisme et aux interventions étatiques les plus contraignantes (38) ; mais cette opinion n'a pas été suivie par la jurisprudence. Une définition aussi large de l'intervention étatique exonératoire ne s'impose pas dans l'intérêt de la protection des entreprises concernées contre des obligations contradictoires : il n'existe pas d'obligation de donner suite à des interventions publiques de ce type. Si le débiteur entend néanmoins se réserver le droit de se conformer à la politique économique ou étrangère de son gouvernement, il lui appartient — en matière contractuelle — de le faire prévoir par une clause contractuelle expresse (39).

B. — LA SANCTION

146. Une norme contraignante se caractérise non seulement par le commandement qu'elle comporte, mais encore par les sanctions que peut entraîner sa méconnaissance. A partir de quel seuil la sanction prévue caractérise-t-elle une contrainte étatique suffisante pour libérer le débiteur ?

Certaines sanctions pénales ne permettent à cet égard aucun doute. Comme personne ne songera à exiger du débiteur qu'il risque sa vie pour exécuter ses obligations, la possibilité d'une condamnation à mort devra évidemment être prise en considération comme cause d'exonération. C'est une hypothèse fréquente en temps de guerre (40) ou de troubles civils (41), mais aussi, en ce qui concerne certains pays, en temps de paix : on ne s'étonnera pas, dès lors, que les tribunaux aient pu considérer comme impossible le survol de La Mecque en hélicoptère par un non-musulman (42), ou encore l'importation de bière en Iran après la Révolution islamique (43).

La question se pose, en revanche, lorsque des sanctions d'une gravité moins évidente sont en cause — qu'il s'agisse de sanctions pénales, administratives ou civiles.

(38) A.V. Lowe, « International Law Issues Arising in the "Pipeline" Dispute: the British Position », G.Y.I.L. 27 (1984) 54, 62-63 ; comp. certaines prises de position dans l'affaire des produits électroniques japonais, *supra* n° 76, note 21.

(39) Sur les questions que soulèvent les clauses contractuelles relatives aux interventions étatiques, v. *infra*, n° 228 et s., spéc. (en ce qui concerne le type de clause discuté au texte) n° 230.

(40) V. p. ex., parmi les décisions judiciaires auxquelles ont donné lieu les actes de l'occupant allemand pendant la seconde guerre mondiale, Trib. paix Candé 27 novembre 1945, Gaz. Pal. 1946. 1. 17 ; Trib. civ. Fontainebleau 20 mars 1946, Gaz. Pal. 1946. 1. 217 ; Paris 3 mai 1950, Gaz. Pal. 1950. 2. 71 ; en jurisprudence belge : Cons. guerre Verviers 5 avril 1945, J.T. 1945. 355.

(41) V. p. ex. *The Ottoman Bank v. Chakarian* [1930] A.C. 277, P.C.

(42) *Kern v. Dynallectron Corp.*, 577 F. Supp. 1196 (N.D. Tex. 1983), confirmé 746 F.2d 810 (5th Cir. 1984), cité *supra*, n° 62, note 12.

(43) BGH 8 février 1984, NJW 1984. 1746 ; IPRax 1986. 154 ; RabelsZ 1989. 146, note Baum.

147. Les sanctions pénales d'abord. Déjà du seul point de vue de la protection des intérêts légitimes de l'individu concerné, il paraît évident que le risque d'encourir une peine d'emprisonnement ne peut normalement être imposé au débiteur, et tout particulièrement au débiteur d'une obligation contractuelle (44).

La situation est différente, en revanche, lorsque c'est une faible peine pécuniaire que risque le débiteur ; ou, plus encore, lorsque l'application de la loi étrangère est négligée par les autorités compétentes à tel point que la loi étrangère apparaît comme entièrement ineffective (45) et que les sanctions qu'elle peut prévoir ne sont plus dissuasives. Dans pareil cas (atypique), l'attitude du débiteur qui persisterait à invoquer la loi étrangère pour se soustraire à l'exécution de ses obligations peut effectivement reposer sur un pur prétexte. Encore appartient-il au juge de prendre également en considération l'aspect interétatique de la question.

La conciliation des deux aspects n'est pas toujours évidente, comme le montre l'exemple suivant. Le *Reichsgericht* avait à apprécier la responsabilité contractuelle d'un exportateur allemand de tabac bulgare qui entendait s'exonérer en faisant valoir que la licence d'exportation lui avait été déniée. Ce moyen a été rejeté au vu de l'opinion, exprimée par un expert consulté par les juges du fond, selon laquelle il était facile d'obtenir pareille licence en Bulgarie : il suffisait de payer au fonctionnaire compétent « le pot-de-vin indispensable ». Le défendeur objectait que la corruption de fonctionnaires était un délit pénal qu'il n'était pas obligé de commettre afin d'exécuter son contrat. Le *Reichsgericht* lui répondit : 1°, qu'il n'était nullement prouvé que la corruption de fonctionnaires était illégale en Bulgarie ; 2°, qu'à supposer qu'elle le fût, elle correspondait néanmoins à l'usage local, était indispensable à l'exécution d'un marché en Bulgarie, n'était pas considérée comme immorale et ne faisait courir au corrupteur « aucun danger appréciable ». Dès lors, le défendeur ne pouvait être admis à se prévaloir « du prétexte manifeste qu'il aurait voulu respecter une morale d'affaires allant au-delà des conceptions orientales » (46). Il a été condamné à payer au demandeur des dommages-intérêts se chiffrant à un million de marks.

Cet arrêt de 1919 peut inspirer plusieurs commentaires. Le premier est évidemment que l'arrêt illustre, bien plus que le jeu d'une règle de droit, toute une attitude à l'égard des Balkans. Le deuxième s'en déduit : la décision du *Reichsgericht* correspond le cas échéant à l'équité entre les parties au procès — c'est sans doute à juste titre que les juges ont estimé que les préoccupations morales de

(44) Entre la liberté individuelle et l'exécution d'une obligation contractuelle, le résultat de l'appréciation comparative à laquelle peut se livrer un tribunal ne saurait être douteux ; comp. d'ailleurs la proscription de l'emprisonnement pour dettes par l'art. 1^{er} du protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme et l'art. 11 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

(45) C'est une situation exceptionnelle, qui ne saurait se présumer : cf. *supra*, n° 133 ; comp. Liège 4 décembre 1918, Pas. b. 1919. 2. 94 (décidant que c'est au demandeur qu'il appartiendrait de prouver qu'un arrêté des autorités d'occupation intervenu le 22 septembre 1917, et invoqué comme « fait du prince » par le défendeur, est resté inappliqué pendant un « délai de tolérance »).

(46) « Er könnte nicht mit dem offenbaren Vorwand durchgelassen werden, daß er eine Geschäftsmoral habe befolgen wollen, die über den Stand der orientalischen Anschauungen hinausging » : RG 26 septembre 1919, JW 1920. 138, note Plum.

l'exportateur de tabac étaient un pur prétexte —, mais elle n'a aucun égard à la souveraineté de l'Etat bulgare : le *Reichsgericht* déclare, en substance, que puisque la violation des lois de cet Etat est facile, le juge allemand peut la considérer comme obligatoire. C'est une conception qui ne devrait plus avoir cours à l'heure actuelle (47) ; le respect de la souveraineté étrangère correspond à des préoccupations d'ordre public qui peuvent s'imposer même là où les seuls intérêts individuels n'exigent pas la libération du débiteur.

L'évolution de la jurisprudence américaine en matière de *discovery* internationale illustre, elle aussi, la problématique. Il s'agit, il est vrai, d'une évolution en sens inverse. En 1962, l'édiction d'une loi de blocage panaméenne prévoyant une peine d'amende d'un montant dérisoire a été considérée comme un obstacle absolu à l'exécution d'un ordre de production de documents ; l'« obligation de respecter les lois d'autres Etats souverains » a paru imposer cette solution (48). Plus récemment cependant, l'attitude des tribunaux américains s'est durcie ; si les prescriptions d'une loi étrangère sont reconnues comme empêchement légitime (ce qui n'est jamais évident), c'est à condition que des sanctions sévères soient prévues en cas de violation : l'un des rares arrêts plus récents à avoir admis l'existence de pareil empêchement a pris soin de relever que la loi étrangère — il s'agissait du secret bancaire grec — prévoyait « des sanctions pénales, et non seulement une amende, mais une peine d'emprisonnement » (49). La loi de blocage française de 1980, quant à elle, n'a en définitive jamais été vraiment prise au sérieux par les tribunaux américains — qui refusent tout simplement de croire que sa violation par une entreprise française donnerait effectivement lieu à des poursuites en France (50). Ceci dit, la jurisprudence américaine en matière de *discovery* internationale ne peut être considérée comme un modèle de courtoisie internationale. Ce n'est pas son but.

148. Une deuxième hypothèse qu'il convient de discuter est celle où la violation de la loi étrangère n'est pas pénalement sanctionnée du tout, mais donne lieu à des **sanctions administratives** : retrait d'une licence, pénalités pécuniaires prononcées par une autorité administrative.

(47) Pour s'en tenir à la jurisprudence allemande, v. BGH 8 mai 1985, BGHZ 94. 268 ; IPRax 1987. 110 (avec note W. Finkentscher/K. Waibl, « Ersatz im Ausland gezahlter Bestechungsgelder », p. 86), qui considère comme illicite la corruption de fonctionnaires étrangers, même si elle est couramment pratiquée dans le pays étranger. Un surprenant arrêt d'appel de 1979 (OLG Hambourg 5 octobre 1979, ZIP 1980. 1088) a cependant considéré, comme le *Reichsgericht* en 1919, que la corruption de fonctionnaires en « Perse » pouvait s'imposer à un contractant prudent et diligent (« *Hat aber der persische Staat selbst nicht für die Aufrechterhaltung seiner öffentlichen Ordnung gesorgt, so kann es nicht die Aufgabe der deutschen Gerichte sein, einem damals in Persien üblichen und aufgrund der dortigen Lage angebrachten Handeln wegen Verstoßes gegen den deutschen ordre public dem Rechtsschutz zu versagen* » : p. 1090). — Sur la corruption de fonctionnaires étrangers, comp. *infra*, n° 237.

(48) *Application of Chase Manhattan Bank*, 297 F.2d 611 (2d Cir. 1962) : *supra*, n° 97.

(49) *United States v. First National Bank of Chicago*, 699 F.2d 341, 345 (7th Cir. 1983).

(50) cf. *supra* n° 103 ; v. en particulier *Graco, Inc. v. Kremlin, Inc.*, 101 F.R.D. 503, 514 (N.D. Ill. 1984).

Ce dernier exemple — celui des amendes administratives — montre déjà qu'il n'existe aucune raison de principe d'exclure la prise en considération des sanctions administratives étrangères dans l'appréciation de la responsabilité du débiteur. La distinction entre amendes pénales et administratives est en effet une question de forme (ou, plus précisément, de compétence) plutôt que de fond. La répression des contraventions (*Ordnungswidrigkeiten*) relève, en droit allemand, de la compétence d'une autorité administrative — ce qui n'a pas empêché la Cour européenne des droits de l'homme de considérer qu'elle constitue en réalité une « accusation en matière pénale » au sens de l'article 6 de la Convention européenne et qu'elle doit respecter, en conséquence, les garanties procédurales prévues par cet article (51). En jurisprudence française, le Conseil constitutionnel estime, de même, que s'il appartient au législateur de confier — s'il l'estime opportun — à une autorité administrative un « pouvoir de sanction » (sans possibilité de privation de liberté), c'est à condition que soient respectés les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en matière de prononcé des peines (52). Pour ce qui est du droit communautaire de la concurrence, les règlements applicables prennent soin de préciser que les décisions de la Commission infligeant une amende « n'ont pas un caractère pénal » (53) ; il n'en reste pas moins qu'elles constituent des pénalités souvent très lourdes, dont le prononcé doit d'ailleurs être entouré de garanties qui ne sont pas sans analogie avec la procédure pénale (54).

La similitude des sanctions administratives pécuniaires et des sanctions pénales explique sans doute que les juridictions anglaises aient pu prendre en considération,

(51) Arrêt du 21 février 1984, *Öztürk*, Série A, n° 73 ; comp. H.-J. Schroth, « Europäische Menschenrechtskonvention und Ordnungswidrigkeitenrecht », EuGRZ 1985. 557. Pour une application de la jurisprudence *Öztürk* au droit français de la concurrence, v. Com. eur. dr. h., rapport du 30 mai 1991, *Stenuit c. France*, n° 11598/85 ; adde M.S.E. Helali, « La Convention Européenne des Droits de l'Homme et les droits français et communautaire de la concurrence », Rev. trim. dr. eur. 1991. 335, 339-350 ; X. de Mello, « Droit de la concurrence et droits de l'homme », Rev. trim. dr. eur. 1993. 601. V. dans le même sens, à propos des sanctions pécuniaires prononcées par la Commission des opérations de bourse, Paris 12 janvier 1994, D. 1994 I.R. 34.

(52) Cons. const. 17 janvier 1989, Rec., p. 18, 25-27 (qui énumère « le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe de respect des droits de la défense ») ; 28 juillet 1989, Rec., p. 71, 73-75 ; 29 décembre 1989, Rec., p. 110, 126 ; 25 février 1992, Rec., p. 48, 52-53 ; 20 juillet 1993, J.O. du 23 juillet 1993 ; 13 août 1993, J.O. du 18 août 1993 ; adde M. Dobkine, « L'ordre répressif administratif », D. 1993 chr. 157 ; pour des éléments de droit comparé, v. F. Moderne, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, 1993.

(53) Art. 15, alinéa 4 du règlement n° 17 du 6 février 1962 ; art. 14, alinéa 4 du règlement n° 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentrations entre entreprises (J.O.C.E. du 30 décembre 1989, N° L 395). « Mais n'est-ce pas une fiction ? Une sanction est ce qu'elle est, indépendamment de la qualification qu'on voudrait lui attribuer d'autorité », a noté M. R. Legros (« L'arrêt BMW et le droit pénal européen », note sous C.J.C.E. 12 juillet 1979, C.D.E. 1980. 220, 222).

(54) cf. Grabitz/Koch, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, rubrique *Nach Art. 87 : Verordnung Nr. 17*, Art. 15, n° 6. — En matière de « cautionnement agricole » en revanche (sur cette réglementation, cf. *supra*, n° 71), la Cour de justice des Communautés européennes a estimé que puisque la perte de la caution n'est pas une sanction pénale, « les deux principes typiques du droit pénal "nulla poena sine culpa" et "in dubio pro reo", ne sont pas applicables » (C.J.C.E. 18 novembre 1987, *Maizena/BALM*, aff. 137/85, Rec., p. 4587, 4607).

sans difficultés, les amendes du droit communautaire de la concurrence en vue de l'application des règles relatives à la protection des témoins contre l'auto-incrimination — règles qui ne s'appliquent normalement qu'en cas de risque de poursuites pénales (55). Mais dans d'autres contextes aussi, le risque de sanctions administratives peut être invoqué par le débiteur pour s'exonérer : retrait d'une concession de pêche et perte d'un cautionnement (56), inscription sur une « liste noire » d'entreprises suisses collaborant avec des intérêts allemands, tenue par l'administration anglaise (57), perte du droit d'exercer une activité économique dans un pays donné (58). Dans ces cas, ce sera souvent la survie économique du débiteur elle-même qui dépendra du respect des prescriptions des autorités étrangères ; dans une affaire de *discovery* internationale, qui mettait en cause les sanctions administratives et civiles (mais non pénales) prévues en cas de violation du secret bancaire allemand, une Cour d'appel américaine a admis qu'il serait irréaliste de donner une importance déterminante à la seule circonstance que les sanctions prévues sont ou ne sont pas déclarées « pénales » : dire que la révocation de la licence de l'établissement bancaire allemand par la *Bundesbank* (sanction administrative) n'a pas la gravité du paiement d'une faible amende (sanction pénale) serait une « fiction grossière » (59). Le réalisme commande de ne pas exclure la prise en considération de sanctions administratives : du point de vue interétatique, elles peuvent représenter une expression claire et nette de l'importance que l'Etat étranger attache à la réglementation de droit public qu'elles sanctionnent ; du point de vue individuel, elles peuvent parfaitement constituer des pénalités graves, auxquelles le débiteur pourra légitimement vouloir échapper (60).

149. La troisième et dernière hypothèse est celle des sanctions civiles. Plus précisément, il s'agira de la **responsabilité civile** que le débiteur risque d'encourir à l'égard des tiers. Là encore, il n'existe aucune raison de principe de refuser de

(55) *Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.* [1978] A.C. 547, C.A. et H.L.

(56) RG 13 novembre 1917, RGZ 91. 260, en matière contractuelle (il s'agissait d'un arrêté de l'administration anglaise).

(57) TF 18 janvier 1919, ATF 45 II 37, en matière contractuelle ; comp. TF 28 décembre 1918, ATF 44 II 519.

(58) *Interamerican Refining Corp. v. Texaco Maracaibo, Inc.*, 307 F. Supp. 1291 (D. Del. 1970), en matière de droit de la concurrence : *supra*, n° 76.

(59) « *It would be a gross fiction to contend that if the Bundesbank were to revoke the license of Citibank for a violation of bank secrecy the impact would be less catastrophic than having to pay an insignificant fine because the revocation is theoretically not "equivalent to a misdemeanor" or criminal sanction* » : *United States v. First National City Bank*, 396 F.2d 897, 902 (2d Cir. 1968). Ceci dit, nous savons (v. *supra*, n° 100) qu'après « balance des intérêts en cause », la Cour a néanmoins décidé de faire prévaloir l'intérêt étatique américain sur l'intérêt individuel de la banque.

(60) Une référence intéressante à cet égard est l'article 8 de la Convention de Bruxelles du 23 juillet 1990 relative à l'élimination des doubles impositions en cas de correction des bénéficiaires d'entreprises associées (J.O.C.E. du 20 août 1990, N° L 225, p. 10) qui refuse le bénéfice de la procédure instituée par la Convention aux entreprises qui se sont rendues coupables d'actes passibles d'une « pénalité grave » : dans les déclarations individuelles des Etats contractants relatives à l'article 8 (J.O.C.E., p. 22-24), on notera que la Belgique, l'Allemagne, l'Espagne, la France, le Portugal et le Royaume-Uni font figurer dans cette catégorie, à côté des sanctions pénales, les sanctions administratives ou « fiscales ».

prendre en considération les prescriptions de la loi du lieu d'exécution de l'obligation, au seul motif que les sanctions de la violation de ces prescriptions ne sont pas des sanctions pénales. D'une part, ce n'est pas le caractère civil des sanctions prévues qui empêcherait les prescriptions méconnues d'être l'expression de la souveraineté de l'Etat qui considère comme illégal le comportement qui doit avoir lieu sur son territoire ; c'est ainsi qu'en droit américain de la concurrence, il est admis que les actions en dommages-intérêts, fondées sur une violation des lois *antitrust* mais introduites par des personnes privées lésées, sont un complément décisif de l'action du gouvernement fédéral (61). L'importance des intérêts défendus par la loi étrangère n'est pas nécessairement fonction du caractère pénal des sanctions qu'elle édicte (62).

D'autre part, la menace d'une action en dommages-intérêts peut représenter, pour le débiteur lui-même, une contrainte d'autant plus réelle que le montant des réparations est plus élevé ; la responsabilité civile a d'ailleurs, on le sait, non seulement une fonction de réparation civile proprement dite, mais encore une fonction de peine privée (63). Cette fonction de peine privée peut se manifester sous le couvert de la réparation intégrale d'un dommage immatériel, mais aussi — plus ouvertement — sous la forme de l'octroi de pénalités forfaitaires ou de dommages-intérêts « exemplaires » ou « punitifs » s'ajoutant à la réparation proprement dite (64) ; dans ce cas, l'identité du bénéficiaire des montants à payer par le défendeur reste certes en principe un critère simple de distinction des sanctions civiles et pénales (les premières bénéficient à des personnes privées, les secondes à l'Etat)

(61) V. en ce sens la prise de position du gouvernement américain reproduite en 73 A.J.I.L. 130, 131 (1979) ; v. encore *Minnesota Mining and Manufacturing Co. v. New Jersey Wood Fishing Co.*, 381 U.S. 311, 318 (1965) : « *Congress has expressed its belief that private antitrust litigation is one of the surest weapons for effective enforcement of the antitrust laws* ».

(62) C'est sans doute pour rappeler ce point au juge américain qu'un tribunal allemand (LG Kiel 30 juin 1982, RIW 1983. 206 ; IPRax 1984. 146), enjoignant à une banque de ne pas donner suite à un ordre de *discovery* émanant des Etats-Unis, a tenu à énoncer que le secret bancaire allemand (civilement sanctionné) a des fondements constitutionnels et qu'il ne peut y être dérogé que sur ordre des autorités allemandes compétentes. — L'arrêt *United States v. First National City Bank*, 396 F.2d 897 (2d Cir. 1968), sans attribuer une importance décisive à l'absence de sanctions pénales dans la législation allemande, y avait néanmoins vu un indice de l'inexistence d'un fort intérêt étatique (p. 903).

(63) Cf. B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, 1947, p. 354 et s. ; H. Stoll, « Penal Purposes in the Law of Tort », 18 Am. J. Comp. L. 3 (1970) ; G. Viney, *La responsabilité : Effets (Traité de droit civil sous la dir. de J. Ghestin, t. V)*, 1988, p. 2 et s.

(64) C'est une notion qui se rencontre en droit anglais, mais sous des conditions restrictivement définies : *Rookes v. Barnard* [1964] A.C. 1129 (v. l'opinion de Lord Devlin, p. 1227 : il faut éviter « *a punishment imposed without the safeguard which the criminal law gives to an offender* »). Aux Etats-Unis en revanche, elle a une importance juridique et économique considérable : cf. J. Fleming, *The American Tort Process*, Oxford, 1988, p. 214 et s., et en ce qui concerne la constitutionnalité de certains aspects du procédé (qui est à la limite de l'exercice, par les juridictions civiles, de prérogatives pénales) : *United States v. Halper*, 490 U.S. 435 (1989) ; *Browning-Ferries Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U.S. 257 (1989) ; *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1 (1991) ; *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 113 S. Ct. 2711 (1993). — La législation *antitrust* américaine prévoit l'attribution automatique, aux victimes, de dommages-intérêts équivalents au triple du préjudice réellement subi (*treble damages*) : 15 U.S.C. § 15a.

(65) : mais elle constituent toutes les deux des sanctions d'un comportement illicite, et se traduisent toutes les deux par une pénalité pécuniaire. Et la victime du comportement illicite peut prendre l'initiative d'une action préventive, en demandant au juge de prononcer une injonction : dans les systèmes juridiques qui sanctionnent la violation d'une injonction judiciaire non seulement par une astreinte, mais encore par un emprisonnement pour *contempt of court*, la distinction entre sanctions civiles et sanctions pénales commence, dans cette hypothèse, à prendre un caractère purement théorique (66).

Des prescriptions accompagnées de sanctions simplement civiles devraient donc pouvoir, dans des situations appropriées, constituer le fait du prince. Le *Restatement* du droit des relations extérieures des Etats-Unis, ouvrage qui ne peut être soupçonné de complaisance excessive à l'égard des lois étrangères, l'admet (67), de même que certaines décisions judiciaires (68).

En droit français, la question a été examinée, pendant la première guerre mondiale, à propos de la législation française sur le commerce avec l'ennemi. Cette législation s'appliquait aux Français, même établis en pays neutre (69) : elle était donc extraterritoriale et susceptible, comme telle, d'entrer en conflit avec les prescriptions de la loi locale. Ce n'était pas la loi pénale d'un pays neutre qui aurait

(65) C'est le critère généralement adopté en droit international privé pour distinguer les condamnations civiles, seules susceptibles d'exequatur, des condamnations pénales : Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, 7^e éd., t. II, 1983, n° 714 ; F.A. Mann, « Zu den öffentlichrechtlichen Ansprüchen ausländischer Staaten », *Festschrift Gerhard Kegel*, Stuttgart/Berlin/Cologne/Mayence, 1987, p. 365, 369 ; également « L'exécution internationale des droits publics », R. 1988. 1, 12-13 et « The International Enforcement of Public Rights », *Further Studies in International Law*, Oxford, 1990, p. 364. En jurisprudence, v. les classiques arrêts du Conseil privé anglais et de la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Huntington v. Attrill* [1893] A.C. 150 et 146 U.S. 657 (1892) ; *adde S.A. Consortium General Textiles v. Sun and Sand Agencies Ltd.* [1978] 1 Q.B. 279, C.A. (exequatur d'un jugement français ayant condamné le défendeur au paiement de dommages-intérêts supplémentaires pour « résistance abusive ») ; *United States v. Inkley* [1989] Q.B. 255, C.A. ; *Nanus Asia Ltd. v. Standard Chartered Bank* [1990] 1 H.K.L.R. 396 ; comp., en ce qui concerne la nature civile des « dommages-intérêts punitifs » du droit américain, BGH 4 juin 1992, NJW 1992. 3096, 3102-3103 ; RIW 1993. 132, 136 ; IPRax 1993. 310, 317 (avec note H. Koch/J. Zekoll, p. 288) ; v. aussi OLG Munich 9 mai 1989, RIW 1989. 483 ; IPRax 1990. 175 (avec note R. Stürner/A. Stadler p. 157) ; OLG Düsseldorf 28 mai 1991, RIW 1991. 594 (avec note K. Siehr p. 705) ; OLG Munich 15 juillet 1992, NJW 1992. 3113 ; RIW 1993. 70 ; IPRax 1993. 309 ; en jurisprudence suisse, cf. TF 12 juillet 1990, ATF 116 II 376.

(66) Sur les sanctions du *contempt of court*, v. *Halsbury* (4^e éd.), vol. ix, *Contempt of court*, n°s 52 et s. ; sur la nature « quasi-criminelle » de cette infraction, cf. *Garvin v. Domus Publishing Ltd.* [1989] Ch. 335, 345.

(67) *Restatement, Third, Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul, 1987, § 441, *Reporters' note c* : « Risk of severe sanctions required. — This section applies whether the requirement or prohibition by the first state is backed by criminal or civil liability or both ».

(68) cf. *British Nylon Spinners, Ltd. v. Imperial Chemical Industries, Ltd.* [1953] Ch. 19, 28, C.A. et [1955] Ch. 37, 48-49, décisions anglaises interdisant à une partie de se conformer à une injonction américaine rendue en matière de concurrence et portant atteinte à des droits contractuels reconnus par la loi anglaise : ces décisions rappellent que le juge américain avait dès le début réservé, dans son injonction, l'hypothèse de l'intervention des tribunaux anglais. Comp. LG Hambourg 19 juin 1980, IPRax 1981. 174 (un contractant n'est pas tenu d'avoir recours au marché noir en Argentine « und sich strafrechtlichen und zivilrechtlichen Risiken auszusetzen »).

(69) cf. Crim. 15 juin 1917, R. 1917. 543.

interdit aux Français de se conformer à la législation en question ; mais — comme le relève une chronique parue à l'époque — « ils encourront dans ce pays, sur la poursuite des contractants ennemis, des condamnations, des saisies et même la faillite ou l'emprisonnement pour dettes » (70). La situation avait été discutée lors des travaux préparatoires de la législation, en 1915 ; l'opinion qui y avait prévalu était que dans ce conflit, les prescriptions de la loi territoriale étrangère devaient l'emporter sur l'interdiction nouvellement édictée par la loi française : solution qui paraissait dictée aux parlementaires tant par le respect dû à la souveraineté étrangère que par la situation de contrainte dans laquelle se trouvaient les intéressés (71). Des Français qui avaient exécuté en Suisse un contrat de livraison qu'ils y avaient conclu avec des ressortissants ennemis ont été acquittés par le Conseil de guerre de Paris (72).

150. Nous dirons, en conclusion, que les caractéristiques fondamentales du fait du prince étranger sont les suivantes : il s'agira d'une norme contraignante ; son effet libératoire s'expliquera soit par le fait qu'elle est l'expression de la souveraineté de l'Etat dont elle émane, soit — du point de vue des intérêts individuels — par les sanctions qu'elle prévoit. De ce dernier point de vue, on serait tenté de s'inspirer des termes de l'article 1112 du Code civil pour caractériser la « violence de droit » (73) que représente le fait du prince : « Il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent ». La nature juridique des sanctions n'a qu'une importance secondaire.

§ 2. — L'auteur de la norme contraignante

151. La question de l'auteur de la norme contraignante n'a pas trait à la répartition des compétences au sein de l'Etat : il est évident que le fait du prince est libératoire, qu'il résulte d'un acte du pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire (74) ; il importe peu, de même, qu'il émane d'une autorité nationale, provinciale ou locale, fédérale ou fédérée : lorsque les autorités fédérées, provinciales ou locales agissent

(70) R. Cassin, « L'interdiction du commerce et des relations économiques avec l'ennemi », R. 1918. 5, 33.

(71) cf. le rapport Failliot, cité *supra*, n° 121, note 67 ; *adde* les extraits des débats parlementaires cités par A. Wahl, « La législation civile de la guerre du 1^{er} janvier au 31 mars 1915 », Rev. trim. dr. civ. 1915. 261, n° 23 (v. en particulier p. 276, note 1, l'observation du président de la commission du commerce selon laquelle « c'est l'application certaine des principes du droit commun et il ne nous a pas paru nécessaire de légiférer à cet égard »).

(72) Arrêt du 11 février 1918 : Gaz. Trib., Journal des 11-13 février 1918, p. 89 (sans motivation ; comp. le compte-rendu des débats à la Gaz. Trib., Journal du 7 février 1918, p. 75).

(73) Ph. Le Tourneau, *La responsabilité civile*, 3^e éd., 1982, n° 741.

(74) cf. en matière maritime, à propos de l'arrêt de prince, *Jurispr. gén. Dalloz*, v° *Droit maritime* (t. XVIII, 1850), n° 2023 : « Il n'est pas nécessaire, pour constituer l'arrêt de puissance, que cet arrêt ait lieu par ordre direct du prince. L'ordre du magistrat, celui du juge, peuvent avoir le même effet que l'ordre du souverain de qui émane leur autorité ».

dans le cadre légitime de leurs attributions constitutionnelles, leurs normes sont dans l'ordre international des expressions de la souveraineté de l'Etat lui-même, et elles sont assorties, au besoin, de la contrainte publique ; elles remplissent donc toutes les conditions pour pouvoir être prises en considération comme le seraient les actes de l'autorité nationale ou fédérale (75).

152. L'identification de l'autorité dont émane la norme prohibitive pourrait cependant présenter un intérêt dans deux hypothèses, où il est légitime de s'interroger sur le bienfondé du recours à la technique de la prise en considération d'une norme comme constituant un fait du prince étranger : la première de ces hypothèses concerne le cas des autorités d'occupation, la seconde le cas des Etats membres d'un Etat fédéral ou des Communautés européennes — non pas, certes, à l'égard d'Etats tiers, mais dans le contexte fédéral ou communautaire lui-même.

A. — LES AUTORITÉS D'OCCUPATION

153. Nous avons eu l'occasion, de temps en temps, de mentionner des décisions judiciaires déclarant libératoires des interventions de l'occupant : en matière civile, les tribunaux ont été amenés à les assimiler à la force majeure ; en matière pénale, ils ont accepté d'y voir une contrainte exonératoire. L'attitude typique des tribunaux dans ces situations a été de prendre en considération les règlements et ordres des autorités d'occupation, sans pour autant les assimiler entièrement à des normes émanant des autorités nationales.

Cette attitude des tribunaux se constate ; mais se justifie-t-elle ? La question mérite d'être posée, étant donné que l'occupant est habilité par le droit international public à exercer un certain pouvoir normatif sur le territoire occupé : c'est lui qui doit y veiller au maintien de l'ordre, les autorités de l'Etat occupé étant empêchées de le faire. Comme l'occupant exerce un pouvoir normatif aux lieux et places des autorités de l'Etat occupé, les normes qu'il édicte ainsi ne s'intègrent-elles pas dans l'ordre juridique de l'Etat occupé ? En d'autres termes : les normes de l'occupant doivent-elles être traitées comme des normes « étrangères » du seul fait qu'elles émanent de l'autorité militaire d'un Etat étranger, et alors même que celle-ci exerce une compétence, reconnue par le droit international, sur le territoire même de l'Etat dont l'ordre juridique est en cause ? (76)

(75) *Contra* : *American Industrial Contracting, Inc. v. Johns-Manville Corp.*, 326 F. Supp. 879 (W.D. Penn. 1971), rendu en matière de *discovery*, qui estime que puisque la Province du Québec n'est pas un Etat indépendant, une loi provinciale interdisant le déplacement de documents comptables n'a pas à être prise en considération par le juge américain ; v. dans le même sens, et à propos de la même loi, *Lyons v. Bell Asbestos Mines, Ltd.*, 119 F.R.D. 384, 388 (D.S.C. 1988) ; *Central Wesleyan College v. W.R. Grace & Co.*, 143 F.R.D. 628, 644-646 (D.S.C. 1992). Pour les raisons indiquées au texte, ces décisions paraissent erronées. — Comme illustration du fait qu'une intervention d'une autorité locale peut constituer une contrainte irrésistible, cf. C.I.J. 20 juillet 1989, *affaire de l'Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Rec., p. 15 (à propos de la réquisition d'une entreprise par le Maire de Palerme).

(76) On aura constaté, à l'énoncé de la question, qu'elle ne concerne pas les cas où il est constaté que l'occupant, outrepassant les pouvoirs que lui reconnaît le droit international, prétend légiférer dans

Le point de départ doit être la définition que donne des pouvoirs de l'occupant le droit international public. Elle a été codifiée par l'article 43 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 (n° IV de 1907) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre :

« L'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays ».

L'article 43 se trouve inséré dans la section III du Règlement, intitulée « De l'autorité militaire sur le territoire de l'Etat ennemi ». Il n'a évidemment pas pour ambition de résoudre des questions de conflits de lois ou de juridictions. Ces questions se sont posées, en revanche, devant les tribunaux internes.

154. En fait, l'examen le plus détaillé qu'elles paraissent avoir reçu eut lieu à l'occasion de l'occupation allemande de la Belgique au cours de la première guerre mondiale. La lecture des arrêts permet de déceler au moins trois tendances dans la jurisprudence belge.

Une première tendance est illustrée par une série d'arrêts de la Cour d'appel de Liège, rendus après la fin des hostilités (77), qui appliquent sans discussion, à des contrats de vente de légumes non encore récoltés, un arrêté de l'occupant du 8 août 1918 concernant la vente et le transport des légumes et des fruits légumineux : ces contrats sont déclarés nuls par application de l'article 1^{er} de l'arrêté, qui ne prévoit pas seulement des sanctions pénales pour les contrevenants, mais encore la nullité des contrats de vente. Les arrêts sont motivés par la considération que l'arrêté allemand, « mesure destinée à assurer ou tout au moins faciliter l'alimentation de la population dans le territoire occupé » (78), rentre dans l'habilitation donnée à l'occupant par l'article 43 du Règlement de La Haye ; ils ne posent pas la question de savoir si ce Règlement a également habilité l'occupant à déterminer lui-même les conséquences civiles de la violation de ses arrêtés, ni celle de savoir à quel titre une disposition de l'arrêté allemand prévoyant la nullité d'un contrat soumis au droit belge s'impose à une juridiction belge.

La seconde tendance jurisprudentielle est exactement à l'opposé de celle que nous venons de mentionner. Elle se retrouve dans un arrêt rendu en 1921 par la même Cour d'appel de Liège à propos du même arrêté allemand de 1918 (79), et met l'accent sur la constatation, contenue dans l'article 43 du Règlement, que l'autorité du pouvoir légal a passé *de fait* entre les mains de l'occupant. Cette

des domaines qui ne relèvent pas de sa compétence. Encore faut-il que les tribunaux (et surtout les tribunaux de l'Etat occupé) se considèrent comme habilités à se prononcer sur cette question : cf. *infra*, note 82.

(77) Liège 4 juin 1919, Pas. b. 1919. II. 137 ; 25 juin 1919 et 28 février 1920, Pas. b. 1920. II. 208 ; 21 février 1920, Pas. b. 1920. II. 112.

(78) Liège 4 juin 1919, précit.

(79) Liège 19 février 1921, B.J. 1921, col. 438 (l'arrêt a été rendu par une autre chambre de la Cour d'appel que ceux cités en note 77).

conception en vient à nier le principe même du caractère juridiquement obligatoire des arrêtés allemands : l'arrêt énonce « qu'il n'est pas exact de soutenir qu'en vertu de la convention, une parcelle quelconque du pouvoir législatif ait été accordée à l'occupant ; qu'il résulte du texte même de cette convention et des travaux préparatoires, que la seule chose qu'on ait eu en vue dans ce texte et dans ces travaux, c'est de limiter les abus de la force des occupants, sans qu'on leur ait donné ou reconnu une mission quelconque de droit » et « que, dès lors, les ordres du chef des armées de l'occupant, n'émanant que de la force, ne sont pas et ne peuvent pas être des ordres de droit, et ne sont surtout pas des lois belges auxquelles obéissance puisse être due, l'obéissance ne pouvant être que corrélatrice à un ordre de droit ». Il s'ensuit, selon cette décision, que les contrats de vente interdits par l'occupant ne sont pas pour autant nuls (80).

155. La troisième tendance est plus nuancée, et peut-être plus exacte. Il y a une distinction à faire : les ordres de l'occupant peuvent avoir un caractère obligatoire, même s'ils ne sont pas « des lois belges » et ne s'intègrent donc pas dans l'ordre juridique du pays occupé. En somme, l'occupant reste un occupant étranger, mais le Règlement de La Haye lui permet d'exercer certaines compétences juridiques sur le territoire qu'il occupe. La distinction a été formulée dans un solennel arrêt de la Cour de cassation belge rendu en 1916 (81). Il s'agissait de savoir si un tribunal belge pouvait se déclarer incompétent pour connaître de contestations nées d'un contrat de louage — contestations qu'un arrêté du gouverneur général allemand était venu attribuer à une juridiction d'exception qu'il avait créée. La Cour de cassation rappelle d'abord que l'occupation n'emporte pas transfert de souveraineté et que ce n'est pas la volonté de l'occupant qui lui permettrait de légiférer en Belgique :

« Attendu que la loi, formule générale de droit à qui l'obéissance est due comme un devoir civique et sous la sanction de la contrainte sociale, est essentiellement et ne peut être qu'un acte du pouvoir souverain ;

Attendu que la souveraineté belge émanée de la nation n'est pas, par le fait de l'occupation d'une partie du territoire par les armées allemandes, passée au chef de ces armées, la force ne créant pas le droit ;

Attendu que c'est ce que porte expressément l'article 43 du règlement annexé à la Convention du 18 octobre 1907, lequel dispose que, par l'effet de l'occupation, l'autorité du pouvoir légal passe en fait entre les mains de l'occupant ;

Attendu que les arrêtés de l'occupant ne sont pas des lois et ne valent pas comme lois, si l'on entend par là qu'ils auraient, en eux-mêmes et par leur vertu propre, le même

(80) Par ailleurs, l'arrêt reconnaît certes que le fait de l'occupant peut constituer un cas de force majeure pour le débiteur (cf. la citation des travaux préparatoires, col. 440 : « Le pays occupé subit la loi du vainqueur ; c'est un fait, c'est la force et une force majeure ; mais on ne peut pas d'avance légitimer l'étendue de la force et reconnaître qu'elle est le Droit ») ; mais il relève « que, dès le 11 novembre 1918, c'est-à-dire à un moment où l'appelant aurait encore pu remplir ses engagements, l'arrêté litigieux devenait sans sanction possible par le départ des armées occupantes, et ne formait plus même un obstacle matériel à l'exécution de la convention » : col. 441. — Comp., également en ce sens que les dispositions du Règlement de la Haye « n'impliquent nulle part la reconnaissance dans le chef de l'occupant d'une autorité juridique quelconque », Ch. de Visscher, « L'occupation de guerre d'après la jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique » (1918) 34 L.Q.R. 72, 75.

(81) Cass. 20 mai 1916, Pas. b. 1915-1916. I. 375, 2^e espèce, concl. Terlinden.

caractère et la même autorité que la législation nationale interne de l'Etat occupé dans laquelle ils viendraient s'incorporer sans avoir reçu la sanction de l'autorité légitime ; qu'ils ne sauraient être autre chose que des ordres de l'autorité militaire de l'occupant ».

Il n'en reste pas moins, selon l'arrêt, que l'article 43 du Règlement annexé à la Convention de La Haye donne à l'occupant certains pouvoirs et que cette convention a été ratifiée par la Belgique : c'est donc *indirectement* que l'arrêté du gouverneur général s'impose aux ressortissants belges — en l'espèce aux juges belges, qui sont tenus de se conformer à l'ordre de l'occupant qui leur enjoint de se dessaisir au profit des juridictions d'exception qu'il vient de créer :

« Attendu que la loi belge des 25 mai et 8 août 1910, en même temps qu'elle constitue l'assentiment des Chambres donné au traité, contient l'ordre formel que cette Convention sortira en Belgique ses pleins et entiers effets ;

Que les mesures prévues par l'article 43 doivent donc être observées, non que l'occupant tienne de sa force le pouvoir législatif en pays occupé, non que ces mesures cessent d'être autre chose que des ordres d'une autorité militaire étrangère ou qu'elles aient la vertu de produire par elles-mêmes et sans la sanction du pouvoir légal quelque effet en droit, mais uniquement parce qu'une loi belge le prescrit ».

L'importance que l'arrêt accorde à la loi belge de ratification (« uniquement parce qu'une loi belge le prescrit »), et qui s'explique évidemment par la volonté de souligner en temps de guerre la souveraineté de l'Etat occupé, ne doit pas nous faire oublier que la Cour applique, pour l'essentiel, une règle de droit international public (82). L'occupant ne tient pas de sa force le pouvoir législatif en pays occupé, mais y exerce certaines compétences en vertu du droit international. Obéissance est due à ses commandements, s'ils respectent le Règlement de La Haye : mais ces commandements restent ceux d'une autorité étrangère. Au plan du droit privé, on en déduira que de même que les jugements rendus par les tribunaux de l'occupant ne sont pas des jugements nationaux (83), ses règlements ne sont pas des normes qui feraient partie de l'ordre juridique national (84). En réalité, les normes de l'occupant sont à la fois des normes obligatoires et des normes étrangères : le pouvoir normatif

(82) cf. les conclusions de procureur général Terlinden, p. 384 : « la question que vous êtes appelés à trancher aujourd'hui appartient essentiellement au Droit international public, lequel prime le Droit public interne ». — Plus précisément, la Cour applique *partiellement* la règle de droit international public en question ; elle refuse en effet d'examiner si, en créant des juridictions d'exception et en modifiant la compétence des tribunaux belges, l'occupant n'a pas outrepassé ses pouvoirs au regard de l'article 43 du Règlement : après avoir rappelé, pour la forme, que l'article 43 « signale diverses modalités suivant lesquelles l'occupant s'acquittera de sa tâche », elle énonce « que les difficultés relatives à l'inobservation prétendue de quelqu'une de ces modalités, à la manière dont l'occupant s'est acquitté de sa mission, concernent les rapports entre nations, et que leur solution ne peut conduire qu'à l'application de la sanction prévue par l'article 3 de la Convention ; — Qu'en résolvant ces difficultés, le pouvoir judiciaire du pays occupé empiéterait sur les attributions du pouvoir national compétent ; qu'il doit donc s'en abstenir, sous peine de commettre un excès de pouvoir » (p. 418).

(83) Cass. 16 octobre 1919, 2 arrêts, Pas. b. 1919. I. 225 ; 16 octobre 1919, Pas. b. 1919. I. 227.

(84) Cass. 4 décembre 1919, 2 arrêts, Pas. b. 1920. I. 1 : « les décrets du pouvoir occupant, quels qu'ils soient, n'émanent point de la souveraineté nationale, ne valent pas comme lois belges, ne constituent que des ordres de l'autorité militaire ennemie, et ne s'incorporent ni dans la législation ni dans les institutions du pays » ; *adde* Liège 7 juin 1945, J.T. 1945. 530 ; 21 mars 1951, Jur. Liège 1951. 273.

de l'Etat étranger s'exerce, exceptionnellement, sur des personnes qui ne sont pas ses nationaux et n'habitent pas son territoire, mais la situation ne diffère pas fondamentalement de l'exercice du pouvoir normatif par un Etat sur son propre territoire. Les arrêtés de l'occupant peuvent constituer le « fait du prince » (85) ; un contrat qui tend à leur violation peut même être annulé pour objet illicite — de même que pourrait l'être, en vertu d'une règle que nous aurons l'occasion de discuter, un contrat tendant à violer les lois étrangères sur le territoire de l'Etat dont elles émanent (86).

156. La jurisprudence et la doctrine des autres pays confirme, en général, les conclusions que nous avons cru pouvoir tirer de la jurisprudence belge. D'une part en effet il est normalement admis que le droit international confère à l'occupant des prérogatives d'ordre juridique, que les tribunaux doivent reconnaître (87) ; mais, d'autre part, ses normes ne font pas pour autant partie de l'ordre juridique du pays occupé : c'est ce qui explique que le juge administratif français n'a pas compétence pour censurer les actes illégaux de l'occupant, seule l'administration française relevant de sa juridiction (88), ou que les jugements rendus par les tribunaux de l'occupant sont soumis au régime juridique des jugements étrangers (89). De même, les juridictions des Etats tiers devront distinguer entre l'ordre juridique de l'Etat occupé et les commandements des autorités d'occupation (90).

(85) Liège 4 décembre 1918, Pas. b. 1919. II. 94.

(86) V. *infra*, n^{os} 235 et s. ; comp., en jurisprudence allemande, à propos d'un contrat soumis à la loi allemande, mais contraire à des prescriptions de l'occupant français, RG 15 février 1930, IPRspr. 1930, n^o 13.

(87) Lord McNair/A.D. Watts, *Legal Effects of War*, 4^e éd., Cambridge, 1966, p. 369 et s. ; O. Debbasch, *L'occupation militaire (Pouvoirs reconnus aux forces armées hors de leur territoire national)*, 1962, p. 174 et s.

(88) C.E. 7 janvier 1944, *Lecocq, Rec.*, p. 5 ; R.D.P. 1944. 322, note Jèze ; comp. Lefas, concl. sur C.E. 11 juillet 1945, *Société Chaigneau-Ancelin*, R.D.P. 1945. 494, 505, note Jèze ; adde P. Delvolvé, *L'acte administratif*, 1983, n^{os} 115 et s. ; E. Picard, *Rép. Dalloz Contentieux administratif*, v^o *Droit international*, n^o 55 ; n^{os} 95 et s. — Comp., *a contrario*, la situation exceptionnelle née de l'effondrement du régime nazi à la fin de la seconde guerre mondiale : C.E. 10 juillet 1954, *Kelm, Rec.*, p. 469, concl. Jacomet (cf. les concl., p. 472 : « Véritable souverain local, le commandant en chef français en Allemagne exerce, à titre allemand, toutes les attributions gouvernementales et administratives. Les ordonnances qu'il prend dans le cadre de cette mission s'insèrent dans la législation allemande et constituent des textes étrangers ») ; et dans le même sens, dans la jurisprudence judiciaire, Paris 10 février 1961, R. 1963. 588, note Terré.

(89) cf. H. Muir Watt, « Effets en France des décisions étrangères — Décisions bénéficiant du régime de l'efficacité internationale », *Juriscl. Int.*, fasc. 584-2, n^o 13 ; Civ. 14 novembre 1949, R. 1951. 311 ; 9 janvier 1951, R. 1951. 313. Comp. en matière de conflits de lois, là encore sur le cas particulier de l'Allemagne de l'après-guerre, A. Weill et M. Virally, « Du contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'interprétation des lois du Conseil de contrôle en Allemagne », R. 1952. 253.

(90) cf. en jurisprudence suisse TF 21 septembre 1948, ASDI 1950. 161, 162. Il ne s'ensuit pas que les tribunaux des Etats tiers doivent refuser de donner effet aux normes de l'occupant, à les supposer conformes au Règlement de La Haye : cf. Trib. arr. Rotterdam 14 mai 1919, Ann. Dig. 1919-1922, n^o 336 (à propos d'un arrêté de moratoire du gouverneur général allemand en Belgique). Comp., sur l'ensemble de la question, E. Feilchenfeld, *The International Economic Law of Belligerent Occupation*, Washington D.C., 1942, p. 129 et s. ; F. Morgenstern, « Validity of the Acts of the Belligerent

Lorsqu'il rend impossible l'exécution d'une obligation, l'ordre de l'occupant sera bien, en somme, un fait du prince étranger (91).

B. — L'INTERVENTION ÉTATIQUE DANS UN CONTEXTE FÉDÉRAL OU COMMUNAUTAIRE

157. Comme l'occupation étrangère, l'existence d'une structure fédérale ou communautaire peut aboutir à l'exercice concurrent de compétences territoriales sur le même territoire — d'un côté par les autorités de l'Etat fédéré ou de l'Etat membre des Communautés européennes, de l'autre par les autorités fédérales ou communautaires elles-mêmes, chacun agissant en principe dans les limites des pouvoirs que lui impartissent la constitution ou les traités. Le problème juridique qui se pose est toutefois différent : ce n'est pas, ici, celui de l'ordre juridique ; au contraire, tant dans un Etat fédéral que dans le système communautaire, il existe une hiérarchie des normes qui est à la fois stricte et claire. Il s'agit d'un problème plus concret, qui est apparu tant aux Etats-Unis d'Amérique que dans la Communauté économique européenne à propos du droit de la concurrence : les entreprises peuvent-elles s'exonérer de leur responsabilité au regard du droit fédéral ou communautaire de la concurrence, en démontrant que leur comportement anticoncurrentiel a été organisé, homologué ou encouragé par les autorités d'un Etat membre de la fédération ou communauté ?

Il n'est pas certain, *a priori*, que l'intervention d'un Etat membre doive être prise en considération aux mêmes conditions que le serait celle d'un Etat étranger — auquel cas, nous le savons, seul pourrait être invoqué un véritable fait du prince, une norme contraignante (92). Les besoins spécifiques d'un système fédéral ou communautaire peuvent, quant à eux, motiver une autre solution. C'est dire que la solution dépendra des caractéristiques propres du système en question, comme le montrera une rapide comparaison du droit américain et du droit communautaire.

a) Le droit américain de la concurrence

158. Dans un arrêt *Parker v. Brown*, rendu en 1943 (93), la Cour Suprême des Etats-Unis se prononça en faveur de la validité d'un « programme » réglementaire, institué par l'Etat de Californie, qui tendait à éviter l'effondrement du prix des raisins secs en créant un cartel de producteurs privés chargé, sous la surveillance de l'administration californienne de l'agriculture, de contrôler la distribution de ce produit agricole. La participation au « programme » était légalement obligatoire. L'un des moyens que faisait valoir le demandeur, un producteur mécontent, était que

Occupant » (1951) 28 B.Y.B.I.L. 291 ; C. von Bar, *Internationales Privatrecht*, vol. I, Munich, 1987, p. 147 et s.

(91) Comp. RG 2 mai 1923, RGZ 107. 173, à propos d'un arrêté des autorités américaines, dans le contexte de l'occupation de l'Allemagne après la première guerre mondiale.

(92) C'est ce qui résulte de la jurisprudence citée *supra*, n^o 144.

(93) 317 U.S. 341.

le « programme » californien n'était rien d'autre qu'un mécanisme organisé de violation des lois *antitrust* fédérales. La Cour lui répondit que s'il était vrai qu'une simple autorisation d'un Etat fédéré ne rend pas licites des agissements anticoncurrentiels privés, l'affaire dont elle était saisie ne mettait pas en cause des agissements purement privés. Les lois *antitrust* ne sont pas destinées à s'appliquer à une activité gouvernementale et n'ont pas pour objet de priver les Etats fédérés de leurs pouvoirs réglementaires en matière de politique économique. En l'espèce, l'Etat californien avait « imposé la restriction [de la concurrence] en tant qu'acte de gouvernement, que le *Sherman Act* n'a pas pour objet d'interdire » (94).

159. Cet arrêt aboutit à instituer, au profit de certaines pratiques restrictives, une exemption du droit fédéral de la concurrence. Les conditions de l'exemption — qui porte la dénomination de *State Action Doctrine* — ont été définies par la jurisprudence (95) comme étant d'une part l'organisation de la pratique restrictive par les autorités d'un Etat fédéré en application d'une politique clairement affirmée de cet Etat et, d'autre part, la surveillance active du comportement des entreprises privées par l'autorité étatique. Cette théorie — dont l'originalité deviendra particulièrement apparente à la comparaison avec la jurisprudence communautaire — exige-t-elle également, pour aboutir à l'exonération des entreprises impliquées, que la participation au « programme » anticoncurrentiel mis en oeuvre par un Etat fédéré ait été *obligatoire* pour celles-ci, comme l'avait été la participation au cartel de producteurs de raisins secs qui était en cause dans l'affaire *Parker*? La contrainte proprement dite est-elle une condition d'exonération? Après quelques hésitations (96), la Cour Suprême est allée au bout de sa logique fédéraliste en répondant par la négative : la participation, par des entreprises de transport, à un système de fixation en commun des tarifs, ensuite homologués par l'administration dans quatre Etats fédérés, a été jugée exempte de l'application des lois *antitrust* — alors même que la participation à ce système n'était pas obligatoire, mais uniquement permise par une « politique clairement affirmée » des Etats et surveillée par l'administration :

« The Parker doctrine represents an attempt to resolve conflicts that may arise between principles of federalism and the goal of the antitrust laws, unfettered competition in the marketplace. A compulsion requirement is inconsistent with both values. It reduces the range of regulatory alternatives available to the State. At the same time, insofar as it encourages States to require, rather than merely permit, anticompetitive conduct, a compulsion requirement may result in *greater* restraints on trade. We do not believe that Congress intended to resolve conflicts between two competing interests by impairing both more than necessary » (97).

(94) p. 352. — L'arrêt décide également (p. 359-368) que le « programme » californien n'est pas illicite au regard de la *Commerce clause*, disposition constitutionnelle qui interdit aux Etats d'imposer des restrictions indues à leur commerce extérieur.

(95) V. surtout *California Retail Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminium, Inc.*, 445 U.S. 97, 105 (1980).

(96) L'arrêt *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773 (1975) avait parfois été compris comme faisant de la contrainte proprement dite une condition d'exonération.

(97) *Southern Motor Carriers Rate Conference, Inc. v. United States*, 471 U.S. 48, 61 (1985).

On aura compris que les préoccupations juridiques qui sont à la base de la *State Action Doctrine* — et en particulier le souci de ne pas limiter indirectement, à travers le droit de la concurrence, les compétences réservées aux Etats fédérés en matière de politique économique — sont propres au contexte fédéral américain. Elles ne sont pas transposables dans l'ordre international et aux interventions d'Etats étrangers (98). La *State Action Doctrine* ne relève pas de la théorie du fait du prince étranger.

b) *Le droit communautaire de la concurrence*

160. La prémisse de la *State Action Doctrine* — l'idée que le droit de la concurrence ne limite pas, même indirectement, les pouvoirs des Etats — ne se retrouve pas dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ; en fait, celle-ci est plus restrictive sur ce point que ne l'est le droit de l'Etat fédéral américain. Depuis longtemps déjà, la Cour de justice combine les articles 85 et suivants du traité CEE (qui ne s'appliquent, en tant que tels, qu'aux entreprises) avec les articles 3, sous f) et 5 du traité :

« attendu que le régime du marché unique voulu par le traité exclut, d'une part, toute réglementation nationale entravant directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire ;

que d'autre part, le but énoncé à l'article 3 f est précisé dans plusieurs dispositions du traité relatives aux règles de concurrence, dont l'article 86, qui déclare incompatible avec le marché commun, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante ;

attendu que l'article 5, alinéa 2, du traité prévoit que les Etats membres s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du traité ;

que dès lors, s'il est vrai que l'article 86 s'adresse aux entreprises, il n'en est pas moins vrai aussi que le traité impose aux Etats membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile de cette disposition ;

que c'est ainsi que l'article 90 prévoit que les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire, notamment aux règles prévues aux articles 85 à 94 inclus ;

que, pareillement, les Etats membres ne sauraient édicter des mesures permettant aux entreprises privées de se soustraire aux contraintes imposées par les articles 85 à 94 du traité ;

(98) Les *U.S. Department of Justice Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1988), p. 100-101 soulignent la distinction à faire entre le fondement juridique de la *State Action Doctrine* et celui de la *Foreign Sovereign Compulsion Defense*. Elles relèvent que dans le contexte fédéral, les autorités fédérales ont la possibilité — dont elles ne disposent pas à l'égard d'Etats étrangers — de faire invalider, par une législation fédérale spécifique, les « programmes » mis en oeuvre par les Etats fédérés : elles peuvent donc, en définitive et si nécessaire, faire prévaloir leur propre politique économique.

qu'en tout état de cause, l'article 86 interdit l'exploitation abusive, par une ou plusieurs entreprises, d'une position dominante, même si un tel abus est favorisé par une disposition législative nationale ;

que, de toute manière, une mesure nationale qui a pour effet de faciliter l'exploitation abusive d'une position dominante susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres, sera normalement incompatible avec les articles 30 et 34 qui interdisent les restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation, ainsi que toute mesure d'effet équivalent » (99).

Même si « les articles 3, sous f) et 5 du Traité ne sauraient être interprétés de manière à priver les Etats membres de tout pouvoir dans le domaine économique en leur interdisant d'intervenir dans le libre jeu de la concurrence » (100), ils leur interdisent d'imposer ou de favoriser, dans ce domaine, la conclusion d'ententes prohibées entre entreprises ou d'en renforcer les effets : c'est ce qui a été itérativement jugé par la Cour de justice (101). Le droit communautaire, contrairement au droit américain, n'ouvre donc pas aux Etats l'option du recours à l'encouragement de cette espèce d'initiative privée que constituent les pratiques concertées de restriction de la concurrence.

161. Des conséquences devraient s'en déduire pour les entreprises : si les Etats membres ne sont pas libres de favoriser la conclusion d'ententes, et que cette prémisses d'une *State Action Doctrine* fait donc défaut en droit communautaire, les activités anticoncurrentielles des entreprises constituent une violation du droit communautaire alors même qu'elles ne seraient que la traduction, encouragée par les autorités nationales, de la politique économique d'un Etat membre (102). Il ne

(99) C.J.C.E. 16 novembre 1977, *Immo/ATAB*, aff. 13/77, Rec., p. 2115, 2144-2145.

(100) cf. les observations de la Commission résumées par C.J.C.E. 10 janvier 1985, *Leclerc/Au Blé de Vert*, aff. 229/83, Rec., p. 1, 31.

(101) Par exemple à propos de l'homologation, par l'administration des Etats membres, de tarifs aériens fixés par un cartel de transporteurs : C.J.C.E. 30 avril 1986, *Asjes*, aff. 209-213/84, Rec., p. 1425, 1471 ; 1^{er} octobre 1987, *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus*, aff. 311/85, Rec., p. 3801, 3826 ; 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen*, aff. 66/86, Rec. p. 803, 851-852. Une comparaison de cette jurisprudence avec l'arrêt américain *Southern Motor Carriers* (cité *supra*, note 97) s'impose évidemment. — V. aussi C.J.C.E. 10 janvier 1985, *Leclerc/Au Blé Vert*, aff. 229/83, Rec., p. 1, 31 ; 29 janvier 1985, *Cullet/Leclerc*, aff. 231/83, Rec., p. 305, 319-320 ; 3 décembre 1987, *BNIC/Aubert*, aff. 136/86, Rec., p. 4789, 4815 ; 21 septembre 1988, *Van Eycke/ASP*, aff. 267/86, Rec., p. 4769, 4791 ; 24 janvier 1991, *Alsthom Atlantique/Compagnie de construction métallique Sulzer*, aff. C-339/89, Rec., p. I-107, 123 ; 17 novembre 1993, *Meng*, aff. C-2/91, cons. n° 14 ; 17 novembre 1993, *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr/Gebrüder Reiff*, aff. C-185/91, cons. n° 14 ; 17 novembre 1993, *Ohra*, aff. C-245/91, cons. n° 10 ; comp. l'arrêt du 17 janvier 1984, *VBVB et VBBB*, aff. jointes 43 et 63/82, Rec., p. 19, 64. *Adde* R. Joliet, « Réglementations étatiques anticoncurrentielles et droit communautaire », C.D.E. 1988, 363.

(102) cf. en ce sens la décision de la Commission du 30 juin 1993, *CNSD*, J.O.C.E. du 13 août 1993, N° L 203, p. 27, 31-32, qui en déduit que « l'existence éventuelle de dispositions de droit national qui obligent les entreprises à adopter certains comportements ou qui confient, comme en l'espèce, à une association d'entreprises la mission de délibérer de certains actes, ne pourrait nullement empêcher sur le plan juridique la Commission de constater formellement, par voie d'une décision, que l'association d'entreprises CNSD a commis une violation de l'article 85 paragraphe 1 » (p. 32). Dans son dispositif (art. 2, p. 33), la décision arrête, il est vrai, que « la CNSD est tenue de prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre immédiatement fin à l'infraction » ; il resterait à voir dans quelle mesure pareille

s'ensuit pas, certes, que les entreprises doivent toujours et nécessairement être jugées *responsables* de cette violation, et que des sanctions doivent leur être infligées. Il serait excessif d'affirmer que l'intervention d'une autorité nationale ne peut, à cet égard, jamais être une cause d'exonération ; lorsqu'elle a revêtu un caractère absolument contraignant, et que les entreprises n'ont eu aucun moyen de s'y soustraire, elles peuvent échapper à leur responsabilité au regard du droit communautaire : cette possibilité d'invoquer le fait du prince, admise par la doctrine (103), se trouve esquissée dans quelques arrêts de la Cour de justice (104). Le Tribunal de première instance, quant à lui, a même décidé, de manière plus générale, que « la Commission ne saurait obliger des entreprises, en vue de mettre fin à une infraction à l'article 85, à adopter un comportement contraire à une loi nationale, sans porter sur celle-ci une appréciation au regard du droit communautaire », en précisant que cette « appréciation » préalable doit prendre la forme d'une procédure en manquement d'Etat engagée, conformément à l'article 169 du traité CEE, contre l'Etat membre concerné (105).

Mais les pressions officieuses de l'administration, l'encouragement d'une entente ou les simples incitations : toutes ces interventions non contraignantes ne pourraient, semble-t-il, être reconnues comme exonératoires que dans le cadre d'une version communautaire de la *State Action Doctrine* — qui n'est pourtant, précisément, pas concevable s'il est jugé que ces interventions elles-mêmes sont illicites au regard du traité CEE. Il est d'autant plus surprenant que la pratique de la Commission, et même la jurisprudence de la Cour de justice, paraissent parfois hésiter sur ce point. Certes, aucune décision n'est venue exonérer une entreprise en

injonction est compatible avec le récent arrêt *Rendo* du Tribunal de première instance (cité *infra*, texte et note 105).

(103) cf. A. Vandencastele, « Libre concurrence et intervention des Etats dans la vie économique », C.D.E. 1979, 540, 552 ; R. Kovar, « Droit communautaire de la concurrence et droit international », C.D.E. 1986, 127, 145 ; I. van Bael et J.-F. Bellis, *Droit de la concurrence de la Communauté Economique Européenne*, Bruxelles, 1991, ¶ 213, p. 54.

(104) cf. C.J.C.E. 16 décembre 1975, *Suiker Unie*, aff. 40-48, 50, 54-56, 111, 113 et 114/73, Rec., p. 1663, 1916-1924 (reprochant à la Commission d'avoir insuffisamment tenu compte de l'incidence, sur le marché italien du sucre et le comportement incriminé des entreprises requérantes, de la réglementation économique italienne et de l'attitude des pouvoirs publics : p. 1923 ; et estimant que dans ces circonstances, le comportement incriminé n'avait pu entraver le jeu de la concurrence de manière sensible : p. 1924) et les motifs de l'arrêt rendu dans l'affaire *FEDETAB*, C.J.C.E. 29 octobre 1980, *Van Landewyck*, aff. 209-215 et 218/78, Rec., p. 3125, 3256-3263 (l'intervention des pouvoirs publics belges a eu pour effet de rendre « quasiment inexistante » la possibilité d'une concurrence réelle sur le prix de vente au détail). Il a toutefois été jugé (mais la question est différente) qu'au regard de l'article 86 du traité CEE, un abus de position dominante est illicite, « même lorsque cette position est imputable non pas à l'activité de l'entreprise elle-même, mais à la circonstance qu'en raison de dispositions législatives ou réglementaires, il ne peut y avoir de concurrence sur le marché ou il peut uniquement y avoir une concurrence extrêmement limitée » (C.J.C.E. 3 octobre 1985, *CBEM/CLT et IPB*, aff. 311/84, Rec., p. 3261) : en l'occurrence, ce qui est interdit n'est pas la position dominante elle-même (« situation de fait, indépendante des raisons pour lesquelles cette situation existe », selon les observations de la Commission résumées par l'arrêt, cons. n° 15, p. 3275), mais son abus.

(105) T.P.I.C.E. 18 novembre 1992, *Rendo N.V.*, aff. T-16/91, Rec., p. II-2417, 2449-2450. Cette décision va au-delà d'une simple possibilité, pour les entreprises, de s'exonérer en prouvant qu'elles ne disposaient d'aucun moyen de se soustraire à l'application de la réglementation nationale.

se bornant à constater que l'autorité publique l'avait incitée à participer à une entente ; mais à plusieurs reprises, pareil moyen de défense a été écarté pour des raisons de pur fait, ce qui pourrait en soi être significatif.

Prenons l'affaire de l'*Entente franco-japonaise concernant les roulements à billes* (106) : cette entente n'a été condamnée par la Commission qu'après qu'il eut été constaté qu'il s'agissait « de mesures bilatérales de caractère privé, qui n'ont donné lieu à aucune intervention gouvernementale ni du côté français ni du côté japonais ». Ou encore, dans l'affaire des *Importations d'aluminium d'Europe de l'Est*, la Commission a cru utile d'examiner, en détail, s'il y avait eu intervention des gouvernements allemand et britannique permettant aux entreprises de soutenir « que les accords constituaient des actes de leur gouvernement » (107). De même, deux arrêts de la Cour de justice consacrés à un accord entre entreprises néerlandaises sur les remises de prix en matière de tabacs manufacturés comportent des développements sous le titre « Sur les pressions qui auraient été exercées par les pouvoirs publics », qui donnent lieu à la conclusion suivante : « Il n'est pas nécessaire d'examiner ici dans quelle mesure une pression ou une incitation des pouvoirs publics peut avoir pour effet de faire échapper des accords conclus par des entreprises à l'application de l'article 85 du traité. Il a certes été établi que les pouvoirs publics néerlandais ont mené avec les fabricants et importateurs intéressés différentes concertations au cours desquelles ils ont tracé certains objectifs qu'ils souhaitaient voir atteints en faveur du commerce au détail. Toutefois, il n'a pas été prouvé que les pouvoirs publics avaient indiqué que ces objectifs devaient être réalisés par la conclusion d'un accord anticoncurrentiel comme celui condamné par la décision attaquée » (108). Cette motivation, beaucoup trop prudente, a été critiquée (109). Elle montre une certaine indécision. A la vérité, l'on voit difficilement comment de simples pressions officieuses — qui n'ont aucun caractère contraignant — pourraient exonérer de leur responsabilité les entreprises, tout en étant jugées inadmissibles au regard des obligations qu'impose aux Etats membres l'article 5 du traité (110).

(106) Décision de la Commission du 29 novembre 1974, J.O.C.E. du 21 décembre 1974, N° L 343, p. 19, 23 (cf. aussi *supra*, n° 79).

(107) Décision du 19 décembre 1984, J.O.C.E. du 30 mars 1985, N° L 92, p. 1, 37-39 ; v. cependant *ibid.*, p. 39 (l'encouragement du gouvernement britannique n'est pas une cause suffisante d'exonération).

(108) C.J.C.E. 10 décembre 1985, *NSO*, aff. 260/82, Rec., p. 3801, 3821 ; 10 décembre 1985, *Stichting Sigaretenindustrie*, aff. 240-242, 261, 262, 268 et 269/82, Rec., p. 3831, 3871-3872 (c'est nous qui soulignons).

(109) R. Kovar, *op. cit.*, p. 145.

(110) Une solution de compromis est suggérée par van Bael et Bellis, *loc. cit.*, selon lesquels « seule une contrainte réelle exercée par une autorité gouvernementale peut soustraire un accord ou une pratique du domaine d'application de l'article 85. Toute autre forme d'intervention gouvernementale telle qu'une autorisation, un encouragement, une approbation ou une tolérance ne pourrait constituer, au mieux, qu'une circonstance atténuante ».

Une attitude plus ferme a été adoptée, il est vrai, par certaines décisions de la Commission (111) ainsi que par un récent arrêt du Tribunal de première instance : cet arrêt retient, à propos de la responsabilité que pouvaient encourir certaines entreprises françaises impliquées dans des pratiques anticoncurrentielles, que « la circonstance que le comportement anticoncurrentiel des importateurs accrédités, à le supposer établi, ait été favorisé ou encouragé par les autorités françaises est, par elle-même, sans influence au regard de l'applicabilité de l'article 85 du traité » (112).

*

162. Quelle que soit l'attitude que le droit communautaire adoptera en définitive à l'égard des interventions non contraignantes des Etats membres, une conclusion s'impose : de même que la *State Action Doctrine* du droit américain, cette problématique ne relève pas de la théorie du fait du prince étranger. L'application de celle-ci suppose le caractère contraignant de la norme étatique en cause. A défaut de cet élément, la théorie est inapplicable.

Y a-t-il d'autres éléments indispensables pour qu'une intervention étatique puisse constituer un fait du prince libératoire ? A la vérité, nous sommes jusqu'à présent implicitement partis d'une hypothèse de base : nous avons en principe supposé, jusqu'à présent, que la norme prohibitive invoquée émanait de l'Etat sur le territoire duquel l'obligation devait être exécutée (113) ; nous avons supposé aussi que la norme prohibitive correspondait à l'exercice légitime de ses pouvoirs par cet Etat. Lorsque se conjuguent ainsi, à parts égales, l'effectivité et la légitimité de la norme étrangère, le juge du for peut avoir plusieurs raisons, toutes excellentes, de tenir compte du fait du prince. Il s'agira, à présent, de voir si cette hypothèse de base implicite constitue en réalité une condition supplémentaire de la libération du débiteur.

(111) V. la décision du 6 août 1984, *Zinc Producer Group*, J.O.C.E. du 17 août 1984, N° L 220, p. 27, 39 (« le fait que les autorités des Etats membres aient connaissance d'accords de prix et qu'elles y participent ou les approuvent ne saurait soustraire ces accords à l'application des règles de concurrence du traité CEE ») ; comp. la décision du 10 juillet 1985, *Régime des frets fluviaux en France : cotisation EATE*, J.O.C.E. du 17 août 1985, N° L 219, p. 35, 44 ; et cf. la décision du 30 juin 1993, *CNSD*, précit. (*supra*, note 102).

(112) T.P.I.C.E. 29 juin 1993, *Asia Motor France*, aff. T-7/92, Rec., p. II-669, 696. L'arrêt relève que cette solution serait conforme « à une jurisprudence bien établie » ; mais les arrêts de la Cour de justice sur lesquels il se fonde (les arrêts *Leclerc/Au Blé Vert* et *Cullet/Leclerc*, cités *supra*, note 101) concernent la conformité au traité de certains textes législatifs ou réglementaires français plutôt que la question — distincte — de la responsabilité des entreprises au regard du droit communautaire de la concurrence.

(113) Situation à laquelle il convient d'assimiler, comme nous l'avons vu (*supra*, n° 155 *in fine*), le cas particulier de l'occupation militaire.

SECTION II

EFFECTIVITÉ ET LÉGITIMITÉ DU FAIT DU PRINCE ÉTRANGER

163. L'effectivité du fait du prince étranger, c'est-à-dire l'irrésistibilité du commandement qu'exprime la norme étrangère, devient problématique lorsque cette norme ne fait pas partie de la loi en vigueur dans le pays où l'obligation doit être exécutée. Nous aurons à déterminer si, et dans quelles circonstances, une norme prohibitive extraterritoriale peut néanmoins être utilement invoquée par le débiteur (§ 1). La question de la légitimité de la norme étrangère (par rapport au droit étranger lui-même, par rapport à l'ordre public du for ou même par rapport au droit international) entretient, quant à elle, des liens étroits avec la question de son effectivité : l'effectivité, qui sera normalement une condition nécessaire de la prise en considération d'une intervention étatique, en est-elle aussi une condition suffisante ? (§ 2)

§ 1. — Effectivité du fait du prince et extraterritorialité de la norme prohibitive

164. Il peut arriver que l'exécution de l'obligation dont il est demandé au juge du for d'assurer la sanction se heurte à une interdiction qui n'émane pas de l'Etat sur le territoire duquel elle doit être exécutée, mais d'un Etat tiers. Se fondant sur un critère de compétence comme la nationalité ou la résidence du débiteur, l'Etat étranger aura donné une portée extraterritoriale à ses commandements (1) ; il n'aura pas manqué de prévoir des sanctions en cas de méconnaissance des commandements exprimés. Le débiteur peut-il invoquer le fait du prince, soutenir qu'il ne saurait être exigé de lui de subir les conséquences d'une violation de la norme étrangère et refuser, par conséquent, d'exécuter son obligation ? Peut-il par exemple, en se fondant sur pareil raisonnement, se retrancher derrière la réglementation des changes de l'Etat dont il est le résident pour refuser de payer ses dettes sur le territoire du for ? Alléguer, s'il est banquier, qu'il ne saurait être tenu au respect du secret bancaire, puisqu'un tribunal étranger vient de lui intimer l'ordre de produire des documents à un procès qui se déroule à l'étranger ? Ou refuser de livrer, sur le territoire du for, des marchandises vendues, entreposées dans un pays neutre — au

motif que la législation de son Etat national, en conflit avec l'Etat du for, lui interdit désormais tout commerce avec celui-ci ?

Il faut se garder de répondre trop rapidement, et trop catégoriquement, par la négative. La tentation est certes grande. Il serait profondément paradoxal que le débiteur fût autorisé à invoquer, dans tous les cas, les prohibitions d'une loi extraterritoriale pour se soustraire aux obligations que lui impose l'Etat du for, en particulier lorsque c'est sur le territoire du for qu'elles doivent être exécutées. Pourquoi le débiteur ne se conformerait-il pas plutôt à ces obligations, sauf à plaider ensuite, devant le juge étranger, le fait du prince qu'auront constitué pour lui les prescriptions de la loi appliquée au for ? Mais le paradoxe, à y regarder de plus près, est plus fondamental. La situation de base est après tout toujours la même : le débiteur voit mettre à sa charge, par deux Etats différents, des obligations contradictoires. *Pourquoi serait-il tenu d'obéir à tel prince plutôt qu'à tel autre ?* Il se peut parfaitement que les deux Etats aient les moyens de sanctionner la méconnaissance de leurs prescriptions ; il suffit que le débiteur ait des biens dans les deux pays. Pourquoi les commandements de l'un s'imposeraient-ils plus que ceux de l'autre ?

165. Il peut y avoir, à partir de là, des attitudes divergentes. La première consisterait à voir, dans ces réflexions, une objection décisive à la théorie du fait du prince étranger elle-même : pouvant conduire à des résultats paradoxaux, cette théorie s'en trouve par là-même réfutée. Aucun des deux Etats ne renoncera à exiger du débiteur un comportement conforme à sa loi ; comme le débiteur ne peut obéir simultanément aux deux, il sera nécessairement puni dans l'un ou l'autre pays. Cette attitude, inutile de le dire, ne correspond pas au droit positif, et l'on s'en félicitera (2). La seconde attitude possible, aussi radicale que la première mais en sens exactement inverse, déclarerait réciproquement libératoires les commandements des deux Etats : le débiteur choisirait librement le souverain aux ordres duquel il entend se conformer, et ne serait pas puni par l'autre. Cette solution indulgente, véritable bataille de Fontenoy des interventions étatiques, paraît d'autant plus difficilement admissible que les obligations contradictoires du débiteur sont souvent la conséquence d'un conflit de forts intérêts étatiques : il serait étrange que l'arbitre de ce conflit fût en définitive le débiteur lui-même.

Une troisième possibilité serait d'appliquer un critère territorialiste : les normes prohibitives territoriales sont libératoires, les normes extraterritoriales ne le sont pas. Nous partirons de cette idée, tout en la nuancant. Il s'agit, après tout, d'apprécier des situations concrètes. Nous verrons que s'il est excessif de dénier, indépendamment des circonstances, tout effet aux normes extraterritoriales, ce ne sera que très

(2) Une nuance doit être faite ici : certaines décisions américaines en matière de *discovery* internationale — conscientes sans doute du fait que l'attitude inflexible des tribunaux américains risque de causer préjudice à un tiers innocent, simple détenteur de renseignements couverts par le secret professionnel étranger — ont tenté de se justifier par la considération que le risque d'obligations contradictoires n'est que la contrepartie des avantages économiques que permet d'obtenir une participation au commerce international : cf. *United States v. First National City Bank*, 396 F.2d 897 (2d Cir. 1968), cité *supra*, n° 100 et note 125, idée répétée dans plusieurs décisions ultérieures. On peut ne pas être convaincu du bienfondé de ce raisonnement.

(1) Sur la compétence extraterritoriale des Etats, cf. *supra*, n° 115.

exceptionnellement que celles-ci prévaudront effectivement sur la loi du lieu d'exécution — du moins dans l'hypothèse, importante en pratique, où l'obligation doit être exécutée sur le territoire même du for.

A. — LA POSSIBILITÉ D'UNE PRISE EN CONSIDÉRATION DE NORMES EXTRATERRITORIALES

166. La prise en considération des prescriptions de la loi du lieu d'exécution de l'obligation repose, nous le savons, sur des considérations tirées à la fois de la souveraineté territoriale de l'Etat étranger et de l'intérêt individuel du débiteur.

La première série de considérations — le respect de la souveraineté étrangère — n'est pas transposable au cas d'une norme extraterritoriale : il n'existe certainement pas de règle de droit international public ou même de « courtoisie internationale » qui exigerait, dans un conflit de compétences, qu'un Etat s'incline devant l'exercice de la compétence *extraterritoriale* d'un Etat étranger, fût-elle fondée sur un critère aussi légitime que la nationalité de l'individu concerné (3). Une règle différente est suggérée, il est vrai, pour certains cas par la section 441 du Troisième *Restatement* du droit des relations extérieures des Etats-Unis ; ce texte (4) prévoit qu'à moins que le comportement en question ne doive avoir lieu sur le territoire de l'Etat du for, celui-ci n'est « en général » pas autorisé à imposer à un individu un comportement contraire à celui qu'exige de lui sa loi nationale. Il s'agit d'une proposition doctrinale, fondée sans doute sur une « balance des intérêts en présence », mais qui ne correspond pas à une pratique étatique établie.

Reste dès lors le fondement individuel de la libération du débiteur par le fait du prince : l'idée qu'il serait injuste et déraisonnable de forcer le débiteur à encourir les sanctions prévues en cas de transgression de la norme étrangère. Ce souci ne perd pas sa valeur du seul fait que la norme en question est une norme extraterritoriale : si le débiteur réside sur le territoire de l'Etat étranger, des mesures coercitives pourront atteindre sa personne et ses biens (5) ; s'il n'y réside pas, mais qu'il y possède des biens, ceux-ci pourront toujours faire l'objet de mesures d'exécution (6) ; ce ne sera que si le débiteur ne réside pas dans cet Etat, ne compte pas y retourner un jour, ne risque pas d'y être extradé et n'y possède pas d'intérêts qu'il pourra impunément faire abstraction du *brutum fulmen* que sera dans ce cas l'ordre étranger. Du moment

(3) « *The purported principle of paramount nationality is entirely unknown in national and international law* » : *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909, 935 (D.C. Cir. 1984).

(4) reproduit *supra*, n° 123.

(5) *Comp. supra*, n° 116.

(6) Pour un exemple historique particulièrement impressionnant, v. le *Tableau chronologique des lois relatives aux émigrés à la Jurispr. gén. Dalloz, v° Emigrés*, t. XX (1850), p. 417-472 : on constatera que le décret des 1^{er}-6 août 1791, enjoignant aux « émigrants » de rentrer en France « dans le délai d'un mois », a été rapidement suivi de la confiscation de leurs biens, « affectés à l'indemnité due à la nation », de leur bannissement à perpétuité, de la déclaration de leur mort civile, et de représailles — organisées par des textes législatifs — contre leurs proches et cocontractants.

que le débiteur a des attaches sérieuses avec le pays étranger en question, il pourra légitimement prendre au sérieux le risque d'y subir des poursuites (7).

167. Les tribunaux ont compris que même une norme extraterritoriale doit parfois pouvoir être prise en considération. Les affaires auxquelles ont donné lieu, au cours des deux guerres mondiales, des réquisitions de navires par l'Etat du pavillon peuvent en témoigner. Ces navires se trouvaient loin des eaux territoriales de l'Etat du pavillon ; leurs propriétaires ne pouvaient donner suite à l'ordre extraterritorial de réquisition qu'en interrompant l'exécution des charte-parties conclues, à propos de ces navires, avec les ressortissants d'Etats tiers. Dans certains cas, il ne s'agissait même pas d'ordres individuels de réquisition : la loi du pavillon interdisait d'une manière générale l'exécution des charte-parties et ordonnait le rapatriement de tous navires dépassant un certain tonnage. Des sanctions sévères frappaient, évidemment, les contrevenants. La rupture des charte-parties se justifiait-elle par les règles de la force majeure, ou par une clause contractuelle réservant expressément les *restraints of princes* ? Les tribunaux anglais et américains, pour admettre le bienfondé du moyen de défense, n'eurent qu'à se référer au principe qu'un *restraint of princes* ne doit pas nécessairement être un obstacle matériel à l'exécution du contrat (8) ; la décision des propriétaires des navires était dès lors légitime : ils n'étaient pas tenus de s'exposer au risque de voir saisir et confisquer le navire en haute mer par la marine de guerre de l'Etat du pavillon (9) ; mais surtout, s'ils étaient eux-mêmes ressortissants de cet Etat, il n'était même pas nécessaire que l'Etat étranger pût atteindre le navire ; il suffisait que leur personne pût être atteinte :

« ... where the law of a foreign State prohibits the performance of a contract, such as a charterparty, and renders the owner or master of the ship liable to fine or imprisonment if he disobeys that law, you have a case of restraint of princes provided the owner or master are subject to the jurisdiction of the foreign State either by being physically within its territory or by being subjects of that State » (10).

Ce raisonnement reste valable lorsque l'ordre extraterritorial de l'Etat étranger doit être exécuté non plus en haute mer, mais sur le territoire d'un Etat tiers. Une société anglaise, établie à Buenos-Aires, doit livrer des marchandises à une entreprise allemande pendant la première guerre mondiale ; le *Trading With the Enemy Act* anglais interdit, avec effet extraterritorial, le commerce avec l'ennemi aux Anglais : les tribunaux allemands admettent que la livraison est devenue impossible au vendeur — alors même que la marchandise se trouve, non en Grande-

(7) cf. d'ailleurs (*supra*, n° 84 et s.) la jurisprudence relative à la possibilité, pour un témoin, de refuser de s'auto-incriminer au regard de la loi pénale du pays dont il est résident ou sur le territoire duquel il possède des biens.

(8) cf. *supra*, n° 130.

(9) *Essex S.S. Co. v. Langbehn*, 250 Fed. 98 (5th Cir. 1918) ; *The Frankmere*, 262 Fed. 819 (E.D. Va. 1920).

(10) *Furness, Withy & Co. v. Rederiaktiebolaget Banco* [1917] 2 K.B. 873, 877. *Comp. The Claveresk*, 264 Fed. 276 (2d Cir. 1920) ; *The Innerton*, 141 F.2d 931 (5th Cir. 1944). *Adde*, à propos de la notion de *restraint of princes* dans une police d'assurance maritime : *Rickards v. Forestal Land, Timber and Railways Co.* [1942] A.C. 50, 80, *per Lord Wright* : « *The restraint which was operating on the master was the compelling force of the German State to which he was subject* ».

Bretagne, mais en Argentine (11). De même, dans l'affaire de la transaction portant sur la livraison de bière allemande à un importateur iranien (12), l'arrêt du *Bundesgerichtshof* estime que la législation iranienne interdisant (sous peine de mort) le commerce de boissons alcooliques rend absolument impossible l'exécution normale de la transaction : la Cour relève expressément que l'acheteur, établi à Téhéran, n'est même pas autorisé à revendre la bière en dehors des frontières de l'Iran.

168. Dans toutes ces situations, la norme étrangère, bien qu'extraterritoriale, avait sur le débiteur exactement le même effet qu'une loi pénale du lieu d'exécution de son obligation, et les décisions judiciaires que nous venons de citer ont le mérite de ne pas s'arrêter à des considérations abstraites tirées du champ d'application territorial de la norme étrangère, mais d'avoir égard à la situation réelle du débiteur. On notera toutefois que dans chacun de ces cas, la situation soumise au juge avait cette particularité — somme toute exceptionnelle — que ce n'était pas sur le territoire du for que devait être exécutée l'obligation du débiteur, mais en haute mer ou sur le territoire d'un Etat tiers (13). Le commandement de l'Etat étranger et celui de l'Etat du for étaient, en droit *et en fait*, sur un strict pied d'égalité : ils étaient tous les deux extraterritoriaux. C'est une situation qui ne se rencontre plus lorsque c'est sur le territoire de l'Etat du for que l'obligation doit être exécutée.

B. — UN CAS PARTICULIER : L'EXÉCUTION DE L'OBLIGATION SUR LE TERRITOIRE DU FOR

169. Un argument pourrait, théoriquement, être invoqué à l'encontre de la prise en considération d'une norme étrangère lorsqu'elle prétend interdire l'exécution d'une obligation sur le territoire du for : l'Etat étranger étant tenu de respecter la souveraineté de l'Etat du for, il ne peut imposer au débiteur d'adopter sur le territoire de celui-ci un comportement contraire à ses obligations légales. L'argument peut se fonder sur le même principe que celui qui justifie par la souveraineté étrangère la libération du débiteur d'une obligation dont l'exécution est illégale au regard de la loi territoriale étrangère. Mais nous savons que ce principe lui-même ne peut être invoqué dans toutes les circonstances et, surtout, qu'il n'est pas reconnu dans la pratique de tous les Etats. Il pourrait, par exemple, ne pas infléchir l'attitude des autorités des Etats-Unis d'Amérique dans certains cas (14).

(11) OLG Hambourg 22 janvier 1918, LZ 1918. 868, confirmé par RG 28 juin 1918, RGZ 93. 182. Comp., en jurisprudence suisse, TF 28 décembre 1918, ATF 44 II 519 ; 18 janvier 1919, ATF 45 II 37 (le *Trading with the Enemy Act* peut être invoqué, comme cas de force majeure, par des entreprises suisses qui s'étaient engagées à livrer en Allemagne des marchandises de provenance anglaise dont elles disposaient).

(12) BGH 8 février 1984, NJW 1984. 1746, IPRax 1986. 154, RabelsZ 1989. 146 : *supra*, n° 27.

(13) L'affaire du contrat de bière irano-allemand ne concernait même pas une véritable obligation de revendre la marchandise, mais l'utilité que pouvait avoir l'exécution du contrat d'importation pour la partie iranienne.

(14) Sur l'ensemble de la question, v. *supra*, n°s 111 et s.

En ce qui concerne les intérêts individuels du débiteur, qui doivent être considérés indépendamment du point de vue interétatique, l'argument tiré de la souveraineté de l'Etat du for ne peut être déterminant que s'il paraît de nature à amener les autorités étrangères à s'incliner. Dans de nombreux cas, ceci pourra légitimement être présumé : il ne peut y avoir aucun doute lorsque le juge étranger, tout en émettant une injonction extraterritoriale, a dès à présent réservé l'hypothèse d'une intervention des autorités du for (15), ou lorsque la jurisprudence des tribunaux étrangers permet de prévoir leur attitude avec une certitude raisonnable (16).

170. Dans d'autres situations (on songera notamment à des situations de conflit aigu, où les autorités étrangères ont annoncé leur intention d'adopter une attitude inflexible), l'Etat du for pourra se donner, exceptionnellement, les moyens de contraindre matériellement le débiteur à se conformer à sa législation — et il est seul à disposer de ces moyens.

L'étude de quelques exemples emportera plus facilement la conviction. Nous venons de faire allusion à la jurisprudence allemande qui avait reconnu à des Anglais établis en Argentine le droit de se prévaloir du *Trading with the Enemy Act* pour démontrer qu'ils se trouvaient dans l'impossibilité effective de livrer à un acheteur allemand des marchandises entreposées à Buenos Aires. Mais l'arrêt d'appel qui avait admis cette solution prit soin de préciser qu'elle n'aurait pas été transposable au cas où les marchandises auraient été entreposées sur le territoire allemand (17). Cette restriction se comprend parfaitement : dans ces circonstances, rien n'aurait pu empêcher l'acheteur de faire saisir les marchandises entre les mains des vendeurs refusant d'exécuter leur obligation de délivrance. Et les autorités anglaises n'auraient évidemment pas songé à punir comme traîtres les vendeurs anglais : la prohibition extraterritoriale anglaise aurait été dépourvue de toute effectivité.

La même idée se retrouve dans un arrêt de la Cour d'appel de Hong Kong (18) qui s'est prononcé (au début des années 1950) sur la question de savoir si un transporteur pouvait invoquer une clause de *restraints of princes* et refuser de livrer à Hong Kong des marchandises destinées à être importées en Chine, au motif que le navire battait pavillon américain et qu'un ordre d'embargo américain venait d'interdire ce type de commerce à partir de navires et aéronefs immatriculés aux Etats-Unis. La Cour rejeta le moyen, estimant qu'il n'était pas prouvé à suffisance

(15) V. p. ex. *British Nylon Spinners, Ltd. v. Imperial Chemical Industries, Ltd.* [1953] Ch. 19, 28, C.A. et [1955] Ch. 37, 48-49 (cf. *supra*, n° 149, note 68).

(16) Pour un exemple peut-être paradoxal, dans la mesure où il constitue une tentative, par un juge anglais, de prévoir l'attitude des tribunaux américains dans une affaire de *discovery* internationale, v., dans l'affaire *Marc Rich*, le jugement *X. A. G. v. A Bank* [1983] 2 All E.R. 464 : ce jugement interdit à la succursale londonienne d'une banque américaine de produire aux Etats-Unis des documents couverts par son obligation contractuelle de confidentialité à l'égard du client, après avoir estimé (sur la base du *Restatement* et du témoignage d'un expert américain, le professeur A. Lowenfeld) que la banque ne risque pas d'être punie aux Etats-Unis si sa succursale obéit à l'injonction anglaise.

(17) OLG Hambourg 22 janvier 1918, LZ 1918. 868, 869 (précit., n° 167, note 11).

(18) *American President Lines Ltd. v. China Mutual Trading Co. Ltd.*, [1953] H.K.L.R. 111.

de droit que les règlements américains s'appliquaient vraiment à la livraison projetée. Mais elle ajouta une motivation subsidiaire : certes, un ordre extraterritorial peut constituer un *restraint of princes* si le transporteur se trouve soumis, en fait, à l'autorité de l'Etat étranger (19) ; cependant, en l'espèce, les marchandises se trouvaient déjà dans le port de Hong Kong : leur propriétaire pouvait les y faire saisir immédiatement, si bien qu'il n'y avait pas de *restraint of princes* effectif (20). On peut supposer que c'est un raisonnement similaire qui a animé, dans l'affaire plus récente de l'embargo extraterritorial américain sur le « gazoduc euro-sibérien », certains gouvernements européens à intervenir eux-mêmes, par voie de réquisition, dans l'exécution des contrats de livraison avec l'Union soviétique (21). Selon les circonstances, l'exemple est d'ailleurs peut-être moins net que ceux qui précèdent : une réquisition d'objets déjà fabriqués est certes l'équivalent d'une saisie matérielle (22), mais la « réquisition » d'une entreprise chargée de la fabrication ne serait souvent rien d'autre qu'un ordre, renforcé par la contrainte de la loi pénale, d'exécuter les commandes passées. Il est vrai qu'il eût été profondément anormal si, dans cette situation, les autorités américaines n'avaient pas accepté, en définitive, de considérer toutes les entreprises « réquisitionnées » comme exonérées par l'intervention de leur gouvernement. La question n'a pas été résolue, l'embargo ayant été — comme on le sait — de courte durée (23).

L'intervention concrète des autorités de l'Etat territorial se conçoit également à propos des conflits auxquels peuvent donner lieu des injonctions extraterritoriales de production de documents couverts par le secret professionnel ou par une législation de blocage. Elle peut aller jusqu'à la confiscation des documents par l'autorité publique. Certes, lorsque cette « confiscation » n'est pas une saisie matérielle, mais une simple interdiction individuelle de divulguer le contenu d'un document, elle n'a

(19) p. 123, citant les précédents anglais en matière de réquisitions extraterritoriales de navires (cf. *supra*, n° 167).

(20) p. 125-126.

(21) Sur cette affaire, cf. entre autres B. Audit, « Extra-territorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », R. 1983. 401 ; G. Lebedoff/C. Raieviski, « A French Perspective on the United States Ban on the Soviet Gas Pipeline Equipment », 18 *Tex. Int'l L. J.* 483 (1983) (article qui contient, p. 501-502, quelques affirmations très surprenantes sur la notion de force majeure) ; K. Bockslaff, « The Pipeline Affair of 1981/82 : A Case History », *G.Y.I.L.* 27 (1984) 28 ; R. Ergeç, *La compétence extraterritoriale à la lumière du contentieux sur le gazoduc Euro-Sibérien*, Bruxelles, 1984 ; L. Lankarani, *L'affaire du gazoduc euro-sibérien*, 1987 ; S. Chartier, *Les contentieux commerciaux Communautés européennes/Etats-Unis*, thèse Aix-Marseille, 1989, p. 346 et s. — Adde les réf. citées *infra*, note 23 et (à propos de la décision du Tribunal d'arrondissement de La Haye du 17 septembre 1982) *infra*, n° 185.

(22) Il semblerait qu'en ce qui concerne l'ordre de réquisition adressé par le gouvernement français à l'entreprise Dresser France, seuls les éléments d'équipement déjà fabriqués aient été visés : cf. H. Van Houtte, « The Impact of Trade Prohibitions on Transnational Contracts », *R.D.A.I.* 1988. 141, 152, et les références.

(23) cf. J. Atwood, « The Export Administration Act and the Dresser Industries Case », 15 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 1157 (1983). Selon D. Vagts, « The Pipeline Controversy : An American Viewpoint », *G.Y.I.L.* 27 (1984) 38, 51, l'affaire du gazoduc apporterait une confirmation au principe de la primauté des commandements du souverain territorial : « *The fact that in the pipeline case the United States receded from its declared rule and did not punish people for disobeying, helps to create law even though it refrained from acknowledging a duty to recede* ».

pas nécessairement plus d'effets que la législation de blocage elle-même : l'affaire de la *Société Internationale*, jugée par la Cour Suprême des Etats-Unis, le démontre (24). Mais lorsque des documents sont matériellement confisqués par les autorités étrangères, même un juge appréciant très sévèrement la responsabilité d'une partie qui les détenait avant la saisie se verra contraint d'admettre que les documents, ne se trouvant plus sous le contrôle de la partie, ne peuvent être produits par celle-ci (25). Dans l'affaire *Marc Rich S.A.*, les autorités suisses étaient confrontées à un ordre américain de *discovery* dont l'exécution aurait été contraire à l'article 273 du Code pénal suisse, relatif au secret d'affaires (26). Elles réagirent d'abord en adressant à la société Marc Rich une interdiction formelle de donner suite à cet ordre ; puis, la pression américaine s'accroissant, en saisissant et mettant sous séquestre les documents (27) ; ceux-ci ne furent remis aux autorités des Etats-Unis qu'après qu'une demande d'entraide judiciaire internationale eut été formulée (28). Comme le rappelle une voix autorisée, ce type d'intervention du gouvernement suisse ne peut constituer qu'une « *ultima ratio* » (29).

171. Un cas extrême est constitué par cette *cause célèbre* des conflits de souverainetés qu'a été, en 1965, l'affaire *Fruehauf* (30). La société Fruehauf-France, filiale à 70 % d'une société américaine, passe un marché avec une autre société française : Fruehauf-France produira des remorques que son cocontractant revendra en Chine populaire. L'administration américaine, sur le fondement du *Trading with the Enemy Act*, enjoint aux dirigeants américains de la société Fruehauf-France de rompre le contrat ; ceux-ci annoncent leur intention d'obéir à cet ordre. Les actionnaires minoritaires français saisissent le juge des référés : ils dénoncent l'abus de droit commis par les associés majoritaires américains et demandent la nomination d'un administrateur provisoire chargé de faire exécuter le contrat en question. Le tribunal de commerce de Corbeil, puis la Cour de Paris leur donnent gain de cause et

(24) *Société Internationale pour Participations Industrielles et Commerciales S.A. v. Rogers*, 357 U.S. 197, 204 (1958) : cf. *supra*, n° 98.

(25) cf. *In re Uranium Antitrust Litigation*, 480 F. Supp. 1138, 1153-1154 (N.D. Ill. 1979) : « *Because these documents are in the actual possession of government officials ... we agree with Uranerz that it has no control over those documents* » (avec une référence — *a contrario* — à l'arrêt *Société Internationale* précité).

(26) L'existence du texte pénal suisse n'avait pas empêché les tribunaux américains d'ordonner la production de documents sous une astreinte de 50.000 dollars par jour : *Matter of Marc Rich & Co.*, A.G., 707 F.2d 663 (2d Cir. 1983).

(27) V. not. le compte-rendu in ASDI 1984. 160-170. L'action du gouvernement suisse se fondait, outre sur l'art. 273 C.P.S. lui-même, sur l'art. 102, chiffre 8 de la Constitution fédérale, qui charge le Conseil fédéral de la conduite des relations extérieures de la Suisse (cf. ASDI 1984, p. 161).

(28) Ce dernier fait est souligné, à propos de l'affaire *Marc Rich*, dans le mémoire suisse soumis à la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Aérospatiale* (cf. *supra*, n° 100) : 25 I.L.M. 1549, 1554 (1986).

(29) L. Frei, « Schweizerische Unternehmen in den USA als Diener zweier Herren : Amerikanische Verfahrenspflichten und schweizerische Geheimhaltung », *SJZ* 1986. 73, 80.

(30) Sur le contexte de l'affaire, v. W. Craig, « Application of the Trading with the Enemy Act to Foreign Corporations Owned by Americans : Reflections on *Fruehauf v. Massardy* », 83 *Harv. L. Rev.* 579 (1970) ; A. Lowenfeld, « Public Law in the International Arena : Conflict of Laws, International Law, and some Suggestions for their Interaction », *R.C.A.D.I.* 1979-II. 311, 335-343.

nomment un administrateur provisoire ; la Cour d'appel notera d'ailleurs, en passant, « qu'il n'est nullement certain ... que cette nomination soit contraire aux intérêts réels des appelants » (31). Les autorités américaines, elles, se sont inclinées : reconnaissant que la société Fruehauf-France n'était plus sous le contrôle de ses dirigeants américains, elles ont renoncé à poursuivre ceux-ci sur le fondement du *Trading with the Enemy Act* (32).

Le cas de l'affaire *Fruehauf* est un cas extrême, en ce que la contrainte matérielle de l'Etat du for ne s'y est pas exercée sur l'objet corporel de l'obligation (les remorques à fabriquer), mais sur la volonté même du débiteur — volonté qu'une société anonyme exprime à travers ses dirigeants. Il s'est agi, semble-t-il, d'un cas isolé, même si des auteurs ont pu proposer le recours à la technique de la nomination d'un administrateur provisoire dans d'autres hypothèses d'obligations contradictoires (33).

172. Un problème qui présente, dans le présent contexte, un intérêt particulier est celui du contrôle des changes extraterritorial, ou, plus généralement, celui des lois étrangères qui ont pour objet d'interdire — le cas échéant sauf autorisation spéciale des autorités étrangères — certains paiements par les nationaux ou résidents de l'Etat étranger, même s'ils ne doivent pas se faire sur le territoire de cet Etat. Il s'agit de savoir si le débiteur peut invoquer les prohibitions de loi étrangère, alors même que le contrat n'est pas soumis à cette loi et alors même qu'il possède sur le territoire du for des biens suffisants pour effectuer le paiement. Notons ici — sans approfondir la question — que pour ce qui est du contrôle des changes proprement dit, l'article VIII.2.b des Statuts du Fonds Monétaire International prévoit depuis 1944 une règle particulière (celle du caractère « non exécutoire » de certains « contrats de change »), qui est en vigueur dans les relations entre les Etats membres du F.M.I. (34).

La question que nous nous posons trouve une réponse dans la jurisprudence antérieure — celle des années 1930, pendant lesquelles le contrôle des changes introduit par certains Etats (l'Allemagne surtout, mais aussi l'Italie et la Hongrie) inspirait si peu de sympathie aux juges des Etats libéraux qu'il était

(31) Paris 22 mai 1965, J.C.P. 1965. II. 14274 bis, concl. Nèpveu ; D. 1968. 147, note Contin. La doctrine française ne paraît s'être arrêtée, à l'époque, qu'aux aspects de droit des sociétés de l'affaire : cf. R. Contin, « L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés », D. 1968 chron. 45 ; B. Oppetit et A. Sayag, « Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés », Rev. soc. 1973. 577, 582-583 ; D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, 1970, p. 146-147 (qui reproche à la Cour de Paris de ne pas avoir tenu compte de l'« intérêt collectif » du groupe, mais admet incidemment que « le juge est également un "envoyé de l'Etat" »).

(32) cf. A. Lowenfeld, *op. cit.*, p. 340.

(33) J. Corcoran, « The Trading with the Enemy Act and the Controlled Canadian Corporation », 14 McGill L.J. 174, 183 (1968) ; W. Däubler, « US-Embargo und deutsches Unternehmensrecht », ZRP 1982. 285, 288 (qui envisage même la nomination d'un administrateur provisoire à la demande du créancier, ou de salariés de l'entreprise).

(34) cf. *infra*, n° 319, le texte de l'article VIII.2.b, et la bibliographie citée.

systématiquement considéré comme contraire à l'ordre public (35). Etant donné que l'article VIII.2.b des Statuts du F.M.I. ne vaut pas à l'égard des Etats (de moins en moins nombreux, il est vrai) qui ne sont pas membres du Fonds, qu'il ne s'applique pas à toutes les mesures prohibitives et qu'il est parfois interprété très restrictivement, les solutions dégagées à l'époque se retrouvent d'ailleurs toujours dans la pratique actuelle.

En fait, la solution traditionnelle du problème du contrôle des changes extraterritorial repose sur la même idée que la jurisprudence qui refuse de reconnaître l'effet libératoire d'un *Trading with the Enemy Act* qui interdirait la livraison de biens déjà entreposés sur le territoire du for : une saisie peut toujours suppléer à la volonté du débiteur.

L'idée se trouve exprimée de la façon la plus claire dans un arrêt du Tribunal fédéral suisse du 8 octobre 1935 (36). Rappelant sa jurisprudence constante, le Tribunal décide qu'une entreprise allemande ne saurait invoquer le contrôle des changes de son pays — contraire à l'ordre public suisse — pour se soustraire à son obligation de remboursement d'un emprunt contracté auprès d'une société suisse et demander la mainlevée d'une saisie-arrêt pratiquée sur ses avoirs en Suisse. Le Tribunal rejette en particulier l'argument tiré de ce que les sanctions pénales prévues par la législation allemande empêcheraient le débiteur d'exécuter son obligation : la question est sans objet puisque, précisément, le débiteur ne paie pas volontairement, mais ne fait qu'assister passivement à la validation d'une saisie-d'arrêt pratiquée par son créancier (37). Même raisonnement dans un jugement du tribunal d'arrondissement d'Amsterdam, rendu en 1936 à propos de la même législation allemande : « Même si le conflit de devoirs dans lequel se trouve en l'espèce le débiteur forme pour lui un état de nécessité qui justifie qu'il refuse de remplir son obligation spontanément, la circonstance que cet empêchement au paiement est pour son compte, a comme conséquence que le créancier ne doit pas être empêché de se satisfaire lui-même là où il peut faire cela sans la collaboration du débiteur, comme en l'espèce où le créancier, muni d'un jugement condamnant le débiteur au paiement, veut se procurer un titre exécutoire ou bien chercher à obtenir le paiement de la part d'une caution » (38).

Le gouvernement allemand l'a si bien compris, semble-t-il, qu'il ne s'est pas seulement abstenu de punir les débiteurs dont les biens avaient été saisis à l'étranger

(35) « ... the Devisen laws are plainly intended to discriminate against non-resident German creditors to the undeserved advantage of resident German debtors, and as such are highly repugnant to our sense of honor and decency and reflect financial sadism at its worst » : *Pan-American Securities Corp. v. Fried. Krupp Aktiengesellschaft*, 6 N.Y.S. 2d 993, 999 (Sup. Ct. 1938). Comp. A. Nussbaum, « Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws », 49 Yale L.J. 1027 (1940). *Adde* la jurisprudence suisse citée *infra*, n° 181, note 95.

(36) ATF 61 II 242.

(37) « Die Frage ist aber gegenstandslos, da die Beklagte ja nicht freiwillig bezahlt, sondern sich der Zahlung gegendwärtig widersetzt, sodass diese von der Klägerin auf dem Zwangswege, durch gerichtliches Urteil herbeigeführt werden muss » : p. 249.

(38) Trib. arr. Amsterdam 23 juin 1936, R. 1937. 474, 477-478, note critique Rehbock.

(ce qui est évident), mais a même — préventivement — accordé des licences de devises « pour le service de quelques emprunts de débiteurs allemands facilement attaquables à l'étranger » (39).

Aussi bien un examen de la jurisprudence de plusieurs pays démontre-t-il que l'effet libératoire du contrôle des changes extraterritorial n'a été reconnu par les tribunaux ni au cours des années 1930 (40), ni — en dehors des cas où a pu jouer l'article VIII.2.b des Statuts du F.M.I. — pendant la période postérieure (41). Récemment encore, le Tribunal fédéral suisse a eu l'occasion de se référer à la solution adoptée par son arrêt du 8 octobre 1935 ; il l'a fait dans un arrêt du 20

(39) M. Domke, « La législation allemande sur les devises en droit international privé », J.D.I. 1937. 226, 236-237 et les références citées ; pour d'autres comptes-rendus contemporains du sort réservé au contrôle des changes allemand devant les tribunaux étrangers, v. p. ex. Domke, « Nouveaux aspects des restrictions de transfert en Droit International Privé », J.D.I. 1937. 990 ; A. Bergmann, « Le régime des devises dans la pratique du droit international privé », Bull. Inst. Jur. Int. 35 (1936) 29 ; K. Koepfel, *Die deutsche Devisengesetzgebung im internationalen Privatrecht*, Berlin, 1938 ; O. Kahn-Freund, « International Effect of Currency Restrictions » (1939) 3 M.L.R. 158 ; E. Freutel, « Exchange Control, Freezing Orders and the Conflict of Laws », 56 Harv. L. Rev. 30 (1942).

(40) En France : Paris 20 juillet 1939, Nouvelle Revue 1940. 128, note Domke. — En Suisse : TF 18 septembre 1934, ATF 60 II 294 ; 8 octobre 1935, précit. ; 2 mars 1937, ATF 63 II 42 ; 1^{er} février 1938, ATF 64 II 88 ; Trib. com. Saint-Gall 27 mars 1933, Nouvelle Revue 1935. 428, note Mezger ; Bezirksgericht Zurich 23 avril 1937, Nouvelle Revue 1937. 624, note Mezger (version apparemment moins complète aux BIZR 1938, n° 110). — En Allemagne : KG 27 octobre 1932, JW 1932. 3773, note Nussbaum. — En Italie : Cass. 30 juillet 1937, Nouvelle Revue 1938. 408. — En Autriche : OGH 10 décembre 1935, RabelsZ 1936. 398 ; J.D.I. 1937. 333. — Aux Pays-Bas : Trib. arr. Amsterdam 23 juin 1936, précit. ; Amsterdam 30 juin 1938, Nouvelle Revue 1938. 811, confirmé par Cass. 26 mai 1939, Bull. Inst. Jur. Int. 41 (1939) 90. — En Angleterre : *Kleinwort Sons & Co. v. Ungarische Baumwolle Industrie Akt. and Hungarian General Creditbank* [1939] 2 K.B. 678, C.A. — Aux Etats-Unis : *Central Hanover Bank & Trust Co. v. Siemens & Halske Aktiengesellschaft*, 15 F. Supp. 927 (S.D.N.Y. 1936) ; *Marks v. United Steel Works Corp.*, 289 N.Y.S. 1035 (N.Y. City Ct. 1935) ; *Glynn v. United Steel Works Corp.*, 289 N.Y.S. 1037 (Sup. Ct. 1935) ; *Lann v. United Steel Works Corp.*, 1 N.Y.S.2d 951 (Sup. Ct. 1938) ; *Deutsch v. Gutehoffnungshutte, Aktienverein*, 6 N.Y.S.2d 319 (Sup. Ct. 1938) ; *Pan-American Securities Corp. v. Fried. Krupp Aktiengesellschaft*, précit. ; *Barnes v. United Steel Works Corp.*, 11 N.Y.S.2d 161 (Sup. Ct. 1939). — V. déjà, dans la jurisprudence de la première guerre mondiale, TF 17 avril 1916, ATF 42 II 179 ; Trib. Monaco (réf.) 24 mai 1917, R. 1917. 602. *Adde* RG 7 décembre 1921, RGZ 103. 259.

(41) En France : Com. 18 juin 1958, Bull. civ. III, n° 257. — En Suisse : Obergericht Zurich 29 avril 1983, BIZR 1984, n° 14. — En Allemagne : BGH 26 janvier 1965, IZRsp. 1964-65, n° 68 ; comp. BGH 17 février 1971, NJW 1971. 983. — Aux Pays-Bas : Amsterdam 15 janvier 1947, J.D.I. 1950. 932, note de Winter. — En Angleterre : *Rossano v. Manufacturers Life Insurance Co.* [1963] 2 Q.B. 352, 371 ; *Dalmia Dairy Industries v. National Bank of Pakistan* [1978] 2 Lloyd's Rep. 223, C.A. ; *Toprak Mahsulleri Ofisi v. Finagrain Cie Commerciale Agricole et Financière S.A.* [1979] 2 Lloyd's Rep. 98, C.A. ; *adde* les jugements rendus dans l'affaire du blocage des avoirs libyens, *infra*, n° 173. — Aux Etats-Unis : *Varas v. Crown Life Insurance Co.* 203 A.2d 505 (Pa. Super. Ct. 1964) ; *J. Zeevi and Sons, Ltd. v. Grindlays Bank (Uganda) Ltd.*, 371 N.Y.S.2d 892 (Ct. App. 1975) ; *Bank Leumi Trust Co. of New York v. Wulkan*, 735 F. Supp. 72 (S.D.N.Y. 1990) ; comp. *infra*, n° 278, la jurisprudence en matière d'Act of State. — A Singapour : *Overseas Union Bank Ltd. v. Chua Kok Kay* [1993] 1 S.L.R. 686. — En Afrique du Sud : *Cargo Motor Corp. Ltd. v. Tofalos Transport Ltd.*, 1972 (1) S.A. 186 (W.). — En Zambie : *Commonwealth Development Corp. v. Central African Power Corp. (No. 2)*, 1968 (3) A.L.R. Comm. 416. — *Adde* la sentence arbitrale C.C.I. rendue dans l'affaire n° 1512 en 1971, J.D.I. 1974. 905, obs. Derains ; Y.B.C.A. 1 (1976) 128.

juillet 1992 qui statue définitivement sur le contentieux opposant, devant les tribunaux suisses, la Banque Centrale du Chili à la Banque Nationale de Cuba. Le litige est né du non-remboursement, par la Banque Nationale cubaine, d'un prêt que la Banque Centrale chilienne lui avait consenti en 1972 par virement sur un compte bancaire entretenu à Zurich par l'organisme cubain. L'arrière-plan de l'affaire est exactement le même que celui de l'affaire *Cubazucar*, portée devant les tribunaux anglais (42) : le prêt en question avait été accordé au vu des bonnes relations existant entre les deux pays, mais son remboursement avait été interdit à la Banque Nationale cubaine par la loi n° 1256 destinée à sanctionner le coup d'Etat chilien de 1973. Afin de recouvrer la somme due, la Banque Centrale chilienne avait pratiqué une saisie-arrêt sur le compte bancaire zurichois de l'emprunteur cubain. Le Tribunal fédéral, tout en estimant que le droit chilien devait être appliqué au contrat de prêt, a pris en considération l'existence de la loi cubaine n° 1256 et les sanctions pénales dont elle était assortie ; mais l'objection ne lui a pas paru déterminante : comme dans l'affaire jugée en 1935, la validation de la saisie-arrêt pouvait être obtenue sans la moindre participation active du débiteur, et elle n'était donc pas de nature à engager la responsabilité pénale de celui-ci (43).

La solution ainsi adoptée par les tribunaux — non-reconnaissance de l'effet libératoire du contrôle des changes extraterritorial — fait l'objet d'un large consensus doctrinal (44). Elle a cependant parfois été critiquée, au motif qu'il serait paradoxal pour un tribunal d'admettre que le débiteur ne peut pas payer spontanément, tout en permettant au créancier de procéder à une saisie pour obtenir le paiement qui lui est dû : une saisie ne pouvant être validée qu'en vertu d'un jugement de condamnation, elle suppose nécessairement une obligation préexistante, dont l'exécution puisse être demandée au débiteur en dehors de toute procédure. Si le paiement spontané ne peut être demandé, c'est qu'il y a force majeure ; s'il y a force majeure, il ne saurait y avoir condamnation judiciaire (45). L'argumentation

(42) cf. *supra*, n° 141.

(43) TF 20 juillet 1992, ATF 118 II 348, 352 : « Ein solches [Erfüllungshindernis] vermag zwar den von ihm betroffenen Schuldner, der durch die Auswirkung einer ausländischen Eingriffsnorm faktisch in eine Zwangslage gerät, zu entlasten ... Die Beklagte verkennt indes, dass von ihr, soweit es um die Arrestprosequierung geht, kein aktives Handeln erwartet wird und in Wirklichkeit eine Unmöglichkeit gar nicht vorliegt, weil die Klägerin ohne Dazutun der Beklagten auf das Arrestsubstrat greifen kann ».

(44) cf. F. Gianviti, « Le contrôle des changes étranger devant le juge national », R. 1980. 479 ; 659, 697-698 ; G. van Hecke, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, 2^e éd., Leyde, 1964, p. 244 et s. ; F.A. Mann, *The Legal Aspect of Money*, 1^{re} éd., Londres, 1938, p. 274-277 ; v. aussi la 5^e éd., Oxford, 1992, p. 416 ; M. Wolff, *Private International Law*, 2^e éd., Oxford, 1950, p. 475 ; A. Schnitzer, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 4^e éd., t. II, Bâle, 1958, p. 786 ; R. Weber, « Vertragserfüllung und fremdes Devisenrecht », IPRax 1985. 56 ; G. Roth, « Aufwertung und Abwertung im internationalen Privatrecht », BerGesVR 20 (1979) 87, 121. Un point de vue différent est défendu, semble-t-il, par Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, 7^e éd., t. II, 1983, n° 613-1, selon lesquels il serait « difficile de ne pas y voir au moins un fait, de nature par exemple à excuser le débiteur empêché de payer par le contrôle des changes de sa résidence ».

(45) cf. E.Z. Rehbock, note sous Trib. arr. Amsterdam 23 juin 1936, R. 1937. 474, 482 ; K. Koepfel, *op. cit.* (Berlin, 1938), p. 128 et s., spéc. p. 137 ; v. aussi R. Radtke, « Schuldstatut und Eingriffsrecht », ZVglRWiss 84 (1985) 325, 347-348.

est fine, certes, mais elle n'est pas vraiment déterminante. Elle méconnaît la spécificité du fait du prince étranger : ne créant (surtout s'il est extraterritorial) lui-même aucune impossibilité matérielle d'exécution, il perd toute effectivité dès le moment où l'intervention des autorités du for contraint matériellement le débiteur à exécuter ses obligations. Ce moment est, précisément, celui où intervient le juge du for. Toute autre solution serait manifestement trop favorable à l'intervention extraterritoriale de l'Etat étranger — en particulier si elle est considérée comme contraire à l'ordre public du for —, sans qu'elle soit imposée par le respect des intérêts légitimes du débiteur, qui définissent en l'occurrence le contenu de la notion de force majeure.

173. Il convient d'en conclure qu'en pratique une interdiction de paiement extraterritoriale de l'Etat de la résidence du débiteur n'aura jamais pour effet de rendre effectivement impossible l'exécution d'une obligation monétaire (46). Encore faut-il qu'il s'agisse vraiment d'une obligation monétaire, susceptible d'exécution sur le territoire du for. C'est à propos des dépôts en « eurodollars » que la question a donné lieu à une discussion, dont l'enjeu concret était l'effet qu'il convenait de reconnaître à des ordres du Président des Etats-Unis ordonnant — pour des raisons de politique extérieure bien connues — aux banques américaines, mais aussi à leurs succursales étrangères, de bloquer les avoirs détenus auprès d'elles par les autorités iraniennes (ordre de blocage du 14 novembre 1979), respectivement par les autorités libyennes (ordre de blocage du 7 janvier 1986). La difficulté provient de ce que, selon une opinion très répandue, il existe des usages interbancaires — obligatoires — qui reconnaissent une nature spécifique aux dépôts en eurodollars, monnaie purement scripturale : la restitution des avoirs « déposés » ne se fait pas par la remise de billets ou de pièces de monnaie, mais exclusivement par virement de compte à compte, à travers des systèmes de compensation interbancaires situés aux Etats-Unis (47). En somme, le banquier dépositaire n'est pas débiteur d'une

(46) Comp. d'ailleurs *infra*, n^{os} 190 et s., sur le principe et les limites de l'« indestructibilité » des obligations monétaires en matière internationale.

(47) cf. F.A. Mann, *The Legal Aspect of Money*, 4^e éd., Oxford, 1982, p. 193-195 (mais comp. la 5^e éd., 1992, p. 199-202) et « Zahlungsprobleme bei Fremdwährungsschulden », ASDI 1980. 93, 103-105 ; H. Hahn, « Währungsrecht und Gestaltwandel des Geldes », *Festschrift Konrad Zweigert*, Tübingen, 1981, p. 625, et du même auteur *Währungsrecht*, Munich, 1990, p. 52 et s. ; B. Kleiner, *Internationales Devisen-Schuldrecht*, Zurich, 1985, p. 72 et s. ; R. M. Goode, *Payment Obligations in Commercial and Financial Transactions*, Londres, 1983, p. 97 et s., et du même auteur « Concepts of Payment in Relation to the Expropriation and Freezing of Bank Deposits », [1987] 2 J.I.B.L. 80 ; D. Urech, « Elements of Contractual Law in Euromoney Dealings », [1988] 1 J.I.B.L. 11 ; comp. P. Smedresman/A. Lowenfeld, « Eurodollars, Multinational Banks and National Laws », 64 N.Y.U. L. Rev. 733 (1989) ; M. Giovanoli, « Bargeld — Buchgeld — Zentralbankgeld : Einheit oder Vielfalt im Geldbegriff ? », *Festschrift Beat Kleiner*, Zurich, 1993, p. 87, 122-123. Adde, pour une description plus générale du mécanisme des dépôts en eurodollars, J. Dach, « Legal Nature of the Euro-Dollar », 13 Am. J. Comp. L. 30 (1964) ; G. Békerman, *Les euro-dollars*, 2^e éd., 1981 (P.U.F., coll. « Que sais-je ? », n^o 1705) ; M. Vasseur, *Droit et économie bancaires*, 4^e éd., II, 1987, p. 885 et s. ; J.-P. Mattout, *Droit bancaire international*, 1987, n^o 144 ; M. Giovanoli, « Actualités du droit des eurodevises » R.D.A.I. 1986. 267 ; et, spécifiquement sur les systèmes de clearing aux Etats-Unis, B. Geva, « CHIPS Transfer of Funds », [1987] 4 J.I.B.L. 208 ; E. Patrikis, « Developments in the Law of Large Dollar Electronic Payments in the United States », R.D.A.I. 1987. 639 ; E. Bergsten, « Legal Aspects of International Electronic Funds Transfers »,

obligation monétaire proprement dite, mais d'une obligation de faire, qui s'exécute aux Etats-Unis. Dans les deux affaires de blocage d'avoirs, les banques défenderesses faisaient valoir que cet usage interbancaire s'imposait à la banque étatique iranienne ou libyenne demanderesse en restitution : comme la restitution des avoirs impliquait nécessairement l'accomplissement d'opérations sur le territoire des Etats-Unis, la réglementation américaine qui l'interdisait la rendait impraticable.

Le blocage des avoirs iraniens a donné lieu, devant les juridictions françaises et anglaises, à des procès contre des banques dépositaires — succursales de banques américaines — établies à Paris et à Londres (48). Les juridictions anglaises ne se sont pas prononcées avant le dénouement du conflit irano-américain. Le Tribunal de grande instance de Paris a rendu d'abord une ordonnance de référé qui constate à la fois le caractère incontestable de l'obligation de restitution de la banque dépositaire et les difficultés potentielles de son exécution :

« Attendu, en effet, que l'opération financière envisagée par les parties à la convention initiale, se traduisant par un échange de monnaie scripturale inscrite en compte, la réalisation de l'opération finale, en sens inverse, paraît devoir relever des établissements bancaires institués dans le pays où la monnaie a cours légal, en l'occurrence les Etats-Unis d'Amérique ; que l'impossibilité invoquée par la City Bank Paris de procéder effectivement à la réalisation de ladite opération, en raison de "l'executive order" du chef de l'Etat étranger dont relève cette banque, succursale d'une banque américaine, ne saurait être appréciée dans ses caractères essentiels, qu'au terme d'un débat devant les juges du fond, observation faite que cet "executive order" étant assorti de sanctions sévères, les possibilités d'action et de décision du débiteur sont limitées » (49).

Statuant comme juge du fond sur la validation de la saisie-arrêt entretemps pratiquée par la banque iranienne, le Tribunal ordonna une expertise sur la réalité de l'usage interbancaire invoqué par la banque dépositaire (50). Même si la motivation du jugement peut paraître quelque peu imparfaite (51), la question posée était manifestement pertinente : à défaut de pareil usage, l'exécution de l'obligation de restitution à la charge de la défenderesse pouvait avoir lieu sur le seul territoire

R.D.A.I. 1987. 649. — Pour une affaire impliquant des « euro-rials », v. Paris 26 novembre 1985, D. 1987. I.R. 290, obs. Vasseur.

(48) Sur le contexte de l'affaire, cf. C. Gavalda, « L'efficacité juridique en France de l'executive order du président Carter "gelant" les avoirs officiels iraniens ? », Gaz. Pal. 1979. 2. 645 ; F. Gianviti, « Le blocage des avoirs officiels iraniens par les Etats-Unis (executive order du 14 novembre 1979) », R. 1980. 279 ; R. Edwards, « Extraterritorial Application of the U.S. Iranian Assets Control Regulations », 75 A.J.I.L. 870 (1981) ; J. Gold, *The Fund Agreement in the Courts*, vol. II, Washington D.C., 1982, p. 360 et s. ; A. Lowenfeld, *Trade Controls for Political Ends (International Economic Law)*, vol. III, 2^e éd., New York/San Francisco, 1983, p. 537 et s.

(49) T.G.I. Paris (réf.) 21 décembre 1979, Gaz. Pal. 1980. I. 154, note Gavalda ; J.D.I. 1980. 330, note Gianviti ; R. 1980. 382. — V. aussi, refusant d'ordonner la mainlevée immédiate d'une saisie-arrêt pratiquée par la banque iranienne, apparemment sur le fondement de l'ordonnance de référé du 21 décembre 1979, T.G.I. Paris (réf.) 21 janvier 1980, Gaz. Pal. 1980. I. 155, note Gavalda.

(50) T.G.I. Paris 23 avril 1980, *Bank Markazi Iran c. Citibank*, inédit.

(51) Selon le tribunal, il s'agirait d'une question de « recevabilité » de la demande (p. 7) et de la détermination de la loi à laquelle est « rattaché » le lieu de restitution des sommes (p. 6). En fait, le tribunal semble rechercher si les parties ont voulu soumettre leur contrat, en tout ou en partie, à la loi américaine.

français, au besoin à travers la validation de la saisie. L'ordre de blocage américain ne constituait, dans ce cas, pas un fait du prince effectif.

Un jugement définitif n'est pas intervenu dans l'affaire. Mais la même question a réapparu quelques années plus tard, devant la *High Court* à Londres, à propos du blocage américain des avoirs libyens : la restitution de la somme de 292 millions de dollars (52), déposée par une banque libyenne auprès de la succursale londonienne d'une banque américaine, ne peut-elle être demandée qu'à travers un système de compensation interbancaire aux Etats-Unis — auquel cas elle se heurte au principe du droit anglais selon lequel les prohibitions de la loi du lieu d'exécution de l'obligation doivent être prises en considération par le juge du contrat (53) ? Ou peut-elle se faire à Londres, en billets de banque américains ou même en livres sterling ? Après avoir procédé à l'audition d'experts, c'est la dernière solution, conforme au droit commun, qu'a choisie la *High Court* ; elle a rejeté — du moins pour les besoins de l'opération interbancaire en cause — la théorie de l'existence d'un usage professionnel contraire (54). L'idée selon laquelle la restitution de la somme de 292 millions de dollars peut au besoin être demandée en espèces a été critiquée par certains (55) ; mais il était évidemment difficile au juge anglais d'admettre l'existence d'un usage dont l'effet direct aurait été de donner aux autorités américaines un droit de veto sur l'exécution des obligations des établissements bancaires anglais ; comme l'a relevé l'un des jugements intervenus dans l'affaire, la « réputation » de la place financière de Londres en dépendait (56).

Une précision importante doit être ajoutée : au vu des premiers jugements rendus par la *High Court*, les autorités américaines ont décidé d'autoriser les succursales londoniennes de banques américaines à procéder au remboursement des avoirs libyens, sans attendre l'issue définitive des différents litiges (57). C'est peut-

(52) C'était la somme en jeu dans l'affaire-pilote *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co.* [1988] 1 Lloyd's Rep. 259 ; [1989] Q.B. 728 (Staughton J.).

(53) [1989] Q.B. 728, 743-746. Sur ce principe, v. *supra*, n^{os} 38 et s.

(54) [1989] Q.B. 728, 764-766. — A un stade antérieur de son raisonnement déjà (p. 748), le juge avait fait observer à propos d'un cliché souvent répété (« *Dollars deposited and dollars lent in wholesale Eurodollar transactions never leave the United States* ») : « *That statement no doubt makes sense to an economist. For a lawyer it is meaningless* ».

(55) V. notamment D. Urech, « Eurodollar Deposits and Freezing Orders : the Libyan Assets Case Revisited », [1988] 6 J.I.B.L. 269 ; pour d'autres commentaires, v. « Libya Entitled to US\$ 292m, in Cash », Int. Fin. L. Rev., Oct. 1987, p. 23 ; J. Davies, « Drafting Banking Contracts After *Bankers Trust v. Libya* », Int. Fin. L. Rev., Dec. 1987, p. 26 ; R. Cranston, « The Libyan Assets Case : Limits to Extraterritorial Claims », [1987] 3 J.I.B.L. 177 ; A. Fuchs, « Freigabe libyschen Vermögens trotz US-Einfrierungsbeschluss », IPRax 1990. 260.

(56) *Libyan Arab Foreign Bank v. Manufacturers Hanover Trust Co.* [1988] 2 Lloyd's Rep. 494, 504 (Hirst J.) ; v., dans la même affaire, le jugement au fond : [1989] 1 Lloyd's Rep. 608. Comp. déjà, à propos de l'affaire du blocage des avoirs iraniens, C. Gavalda, note précit. (Gaz. Pal. 1980. I. 155) : « Ce sera un "test" pour la crédibilité du marché bancaire et monétaire français à l'égard des déposants étrangers ».

(57) V. « United Kingdom Case Note », 82 A.J.I.L. 136, 136 (1988) ; J. Gold, *The Fund Agreement in the Courts*, vol. IV, Washington, 1989, p. 173-174 ; « News Section », [1989] 1 J.I.B.L. N-39 et [1989] 2 J.I.B.L. N-67.

être là, en définitive, l'élément le plus significatif de l'affaire du blocage des avoirs libyens.

174. Le revirement de l'attitude du gouvernement américain correspond en effet, d'une certaine manière, à une constante de l'histoire des conflits de compétences : l'expérience démontre qu'une intervention concrète des autorités du for réduira à l'ineffectivité des commandements extraterritoriaux émanant d'un Etat tiers — à condition que cette intervention concrète soit possible, c'est-à-dire à condition que ce soit sur le territoire du for que doivent être exécutées les obligations contractuelles. Un hommage inattendu à l'efficacité d'un recours au juge du for a d'ailleurs été rendu dans un certain nombre d'affaires : on y a vu des recours préventifs aux tribunaux américains, tendant à faire ordonner au demandeur de se désister de l'instance qu'il avait introduite devant les tribunaux d'un Etat tiers afin d'obtenir la protection effective des droits que lui reconnaissait la loi de cet Etat (58). Dans l'affaire du blocage des avoirs iraniens, le tribunal américain saisi a refusé d'interdire à la banque centrale iranienne la poursuite de l'action en recouvrement engagée en Angleterre — tout en reconnaissant, précisément, que la banque dépositaire américaine ne risquait pas d'être punie aux Etats-Unis si elle ne faisait qu'exécuter un éventuel jugement anglais de condamnation (59).

Il ne faudrait certes pas vouloir déduire de l'expérience que les interventions extraterritoriales d'un Etat étranger ne peuvent jamais et dans aucun cas être effectives, et donc libératoires pour le débiteur (60). Mais il paraît raisonnable de supposer que dans la plupart des situations, lorsque l'obligation doit être exécutée sur le territoire du for, un ordre judiciaire de l'exécuter protégera suffisamment le débiteur de la responsabilité qu'il pourrait encourir au regard de la loi étrangère : sauf circonstances exceptionnelles, il sera légitime de partir de l'hypothèse que les autorités étrangères admettront, sur un fondement ou sur un autre, que l'exercice effectif de sa compétence territoriale par l'Etat du for est, pour le débiteur, un fait justificatif.

(58) V. notamment *United States v. Davis*, 767 F.2d 1025, 1036-1039 (2d Cir. 1985) (approuvant un jugement ayant ordonné à un inculpé de mettre fin au procès qu'il avait introduit aux Iles Caïman afin de faire interdire à une banque locale de divulguer les documents demandés par le tribunal américain).

(59) « *There is no realistic possibility of criminal liability being imposed on Chase if it is required to comply with a judgment of the English court. A criminal penalty for violation of the blocking order can only be imposed for willful violation* » : *Chase Manhattan Bank, N.A. v. State of Iran*, 484 F. Supp. 832, 835-836 (S.D.N.Y. 1980).

(60) La doctrine anglaise a parfois conclu de l'arrêt *Kleinwort Sons & Co. v. Ungarische Baumwolle Industrie Akt. and Hungarian General Creditbank* [1939] 2 K.B. 678, C.A., qui avait trait au problème particulier du contrôle des changes extraterritorial, qu'une norme extraterritoriale ne peut jamais avoir un effet libérateur (O. Kahn-Freund, « English Contracts and American Anti-Trust Law — The Nylon Patent Case » (1955) 18 M.L.R. 65, 67 ; pour la même affirmation, limitée à la matière contractuelle, v. p. ex. L. Collins, rapport au *Colloque de Bâle sur la loi régissant les obligations contractuelles*, Bâle et Francfort, 1983, p. 55, 58), mais il n'y a pas d'unanimité à cet égard (v. en effet K. Lipstein, obs. au J.D.I. 1961. 1132, 1133 ; comp., du même auteur, « Conflict of Public Laws — Vision and Realities », *Festschrift Imre Zajtay*, Tübingen, 1982, p. 357, 367), et la jurisprudence anglaise ne paraît pas exclure a priori toute prise en considération de normes extraterritoriales : cf. les affaires de réquisition de navires *supra*, n^o 167 ; *Re Lord Cable (deceased)* [1976] 3 All E.R. 417 ; également *X A.G. v. A Bank* [1983] 2 All E.R. 464 (*supra*, n^o 169, note 16).

Il est possible de l'illustrer à partir d'un type de conflit entre les pouvoirs procéduraux du juge et une loi étrangère prohibant la communication de renseignements — mais d'un type de conflit qui diffère de celui, plus fréquent, entre un ordre extraterritorial de communication de pièces et une loi de blocage du pays où sont situés les documents demandés (61). Il s'agit, en fait, de l'hypothèse inverse. La situation de départ typique est celle-ci : un individu, résident de l'Etat du for, est convoqué à témoigner, en sa qualité d'(ancien) employé d'une banque étrangère, sur les comptes entretenus auprès de la banque par un tiers, client de la banque, qui fait l'objet d'une instruction pénale au for. Le témoin peut-il refuser de donner les renseignements demandés, au motif que le fait même de révéler ces renseignements constituerait un délit pénal au regard de la loi du pays où est établie la banque ? Une question préalable se posera toujours : le plus souvent, il n'est pas évident que la loi étrangère revendique un effet extraterritorial et entend interdire un témoignage en justice conformément à la loi de l'Etat sur le territoire duquel le témoignage doit avoir lieu (62). A supposer résolue cette difficulté, le juge n'admettra néanmoins, selon toute vraisemblance, pas la légitimité du motif de refus : le témoin n'aura en réalité rien à craindre, à moins qu'il ne retourne volontairement sur le territoire de l'Etat étranger dont les autorités pourraient vouloir le poursuivre pour violation du secret bancaire (63). Mais même en admettant qu'il existe théoriquement un risque de poursuites, l'ordre du juge du for, écartant le moyen de défense tiré de la loi étrangère et imposant au témoin de témoigner sous peine de sanctions, servira à exonérer le témoin de sa responsabilité pénale. Le prétendu risque de poursuites à l'étranger passera alors — comme a pu l'exprimer un juge anglais pour refuser de s'arrêter à l'objection que des témoins, résidents britanniques et anciens employés d'une banque luxembourgeoise, entendaient tirer du secret bancaire luxembourgeois — « du domaine de l'improbable à celui de l'extrêmement fantaisiste » (64).

175. Presque toujours par conséquent, le juge de l'Etat sur le territoire duquel l'obligation doit être exécutée refusera de s'incliner devant les normes extraterritoriales d'un Etat étranger. Mais, encore une fois, il faut éviter d'y voir une règle trop systématique. D'une part, la jurisprudence montre que de temps en temps, un tribunal admet la libération du débiteur dans des circonstances où elle n'aurait

(61) cf. *supra*, n^{os} 87 et s.

(62) V. en particulier *Re Spencer and the Queen* (1983) 145 D.L.R.(3d) 344, à propos du secret bancaire des Bahamas et le jugement de la *High Court* anglaise *S.E.C. v. Certain Unknown Purchasers* ..., 23 I.L.M. 512 (1984), à propos du secret bancaire luxembourgeois. — Selon une réponse ministérielle (*J.O. déb., Sénat*, 4 juin 1987, p. 890 ; également R. 1987. 639) la loi de blocage française du 16 juillet 1980 (texte *supra*, n^o 96) aurait, quant à elle, un effet extraterritorial : elle serait applicable « si une personne de nationalité française et résidant en France, en visite dans un Etat étranger communiquait, dans le cadre de procédures judiciaires de cet Etat, des renseignements répondant aux critères définis par les dispositions ... de la loi du 16 juillet 1980 ».

(63) *Re Spencer and the Queen* précit., confirmé par la Cour Suprême du Canada : *Spencer v. The Queen* (1985) 21 D.L.R.(4th) 756 ; v. aussi, en jurisprudence américaine, *In re Sealed Case*, 825 F.2d 494 (D.C. Cir. 1987).

(64) *S.E.C. v. Certain Unknown Purchasers* ..., précit., p. 515.

pas été admise par la jurisprudence dominante (65). D'autre part, il existe des situations-types dans lesquelles une exception à la règle normalement suivie par les tribunaux pourrait se justifier.

La première de ces situations est celle du créancier dont le débiteur réside dans un Etat dont le contrôle des changes lui interdit de procéder volontairement aux paiements prévus par la convention des parties, mais qui possède sur le territoire du for des biens saisissables. Nous savons que le débiteur ne pourrait pas, dans ces circonstances, plaider que l'exécution de son obligation de paiement lui est devenue définitivement impossible (66). Mais qu'en est-il du créancier lui-même ? Est-il tenu, s'il s'agit d'un contrat à exécution successive, de continuer à exécuter ses propres obligations, tout en tentant d'obtenir les paiements qui lui sont dus à travers des saisies, toujours renouvelées, de partie des biens de son cocontractant ? Un arrêt du *Bundesgerichtshof*, rendu en 1965 dans une affaire « interzonale », a estimé que c'était pousser trop loin les obligations du créancier d'une entreprise établie en « zone d'occupation soviétique » : il ne pouvait être raisonnablement exigé de lui de se prêter à une procédure aussi compliquée et coûteuse ; il pouvait donc se dégager du contrat en invoquant l'impossibilité d'une exécution normale du contrat par son débiteur (67). L'exemple illustre parfaitement la spécificité de la théorie du fait du prince étranger, dont la mise en oeuvre peut exiger des différenciations qui ne sont pas nécessaires en présence d'un cas de force majeure rendant matériellement impossible l'exécution de l'obligation.

Cette même spécificité peut jouer un certain rôle, également en matière contractuelle, dans une autre situation. Normalement, il ne sera pas possible d'exiger du débiteur qu'il exécute son obligation, au mépris des prescriptions extraterritoriales de l'Etat de sa résidence, en dehors de toute intervention du juge du for susceptible de couvrir sa responsabilité pénale au regard de la loi étrangère. Par conséquent, même si rien ne s'oppose à ce que le créancier fasse saisir, en vertu d'un jugement, des marchandises qui lui ont été vendues et qui sont entreposées sur le territoire du for, le débiteur devrait pouvoir opposer, à une demande en dommages-intérêts pour retard dans la livraison, l'exception de force majeure. Jusqu'à l'intervention du juge, la livraison (volontaire) lui était en effet réellement impossible (68).

(65) cf. *Re Lord Cable (deceased)* [1976] 3 All E.R. 417 (qui autorise des *trustees* testamentaires à transférer en Inde partie de l'actif successoral, entre autres au motif que la législation indienne sur le contrôle des changes leur impose ce transfert et qu'il n'est pas établi qu'une injonction d'un tribunal anglais, qui leur interdirait d'y procéder, serait considérée comme un fait justificatif en Inde). V. aussi TF 28 décembre 1918, ATF 44 II 519 ; 18 janvier 1919, ATF 45 II 37 : dans les circonstances de ces espèces (cf. *supra*, n^o 167, note 11) les vendeurs suisses pouvaient refuser d'avoir recours à la solution, offerte par les acquéreurs allemands, de procéder à des livraisons (de marchandises anglaises) en Suisse, puisque celles-ci auraient également été contraires au *Trading with the Enemy Act*.

(66) *Supra*, n^o 172.

(67) BGH 28 janvier 1965, IZRspr 1964-65, n^o 68 ; sur renvoi OLG Munich 14 juillet 1966, IZRspr. 1966-67, n^o 59.

(68) Comp. BGH 28 janvier 1965, précit., p. 229-230 (le contrôle des changes étranger ayant rendu impossible le paiement volontaire de la dette, le contrat ne peut être résolu aux torts du débiteur). Mais la distinction entre impossibilité momentanée et impossibilité définitive, qui nous paraît s'imposer dans

Enfin, la raison pour laquelle le juge du for refusera le plus souvent de faire droit au moyen tiré du commandement extraterritorial de la loi étrangère est, nous l'avons dit, qu'il peut légitimement supposer que les autorités étrangères, quant à elles, exonéreront le débiteur de sa responsabilité s'il n'a fait que se conformer à une injonction des tribunaux du lieu d'exécution de l'obligation. Il se pourrait cependant que dans certaines situations, cette supposition s'avère erronée, les autorités étrangères étant absolument inflexibles. La question a été discutée, en pratique, à propos des affaires de *discovery* internationale : le juge américain, procédant à une « balance des intérêts en cause », peut parfaitement arriver à la conclusion que l'intérêt public des Etats-Unis commande la production de documents détenus par une banque étrangère, nonobstant le fait que la banque ne pourrait exécuter l'ordre de *discovery* qu'au mépris de la législation en vigueur dans le pays où elle détient les documents (69). Il est parfaitement possible que même une injonction des tribunaux de ce pays, interdisant spécifiquement à la banque de divulguer les documents, ne le fasse pas changer d'avis (70). La sévérité des sanctions susceptibles d'être infligées à la banque et à ses dirigeants pour le refus prolongé de donner suite à l'ordre du tribunal américain est connue ; il peut s'agir d'une astreinte d'un montant extrêmement élevé et même d'une peine d'emprisonnement pour *contempt of court* (71).

Dans ces hypothèses-limites, la banque pourrait songer à se plier à l'ordre de *discovery*, et il a été soutenu que la violation du secret bancaire pourrait dans ce cas se justifier, devant le juge du for, par la contrainte ou l'état de nécessité (72). Ce faisant, l'on donne évidemment raison aux juges américains, qui ont tendance à ne pas prendre au sérieux le risque de sanctions pénales couru à l'étranger par le destinataire de l'ordre de *discovery* et admettent volontiers que le destinataire pourra s'y exonérer, en tant que de besoin, en invoquant l'état de nécessité (73). Dans

pareil cas, n'a pas été faite par l'arrêt *American President Lines Ltd. v. China Mutual Trading Co. Ltd.* [1953] H.K.L.R. 111 discuté *supra*, n° 170. V. aussi *Toprak Mahsulleri Ofisi v. Finagrain Compagnie Commerciale Agricole et Financière S.A.* [1979] 2 Lloyd's Rep. 98, C.A. (dommages-intérêts pour retard de paiement dû au contrôle des changes étrangers : mais la solution de cet arrêt peut le cas échéant s'expliquer par l'idée, traditionnelle, qu'en matière d'obligations monétaires les risques de la force majeure sont à la charge du débiteur : comp. *infra*, n° 190 et s.).

(69) *Supra*, n° 101 et s.

(70) V. p. ex. *In re Grand Jury 81-2*, 550 F. Supp. 24 (W.D. Mich. 1982) ; *adde* les décisions citées *infra*, note 76.

(71) cf. les affaires mentionnées *supra*, n° 101 ; cf. encore *United States v. First National City Bank*, 396 F.2d 897, 900 (2d Cir. 1968) (peine d'emprisonnement de 60 jours prononcée à l'encontre d'un dirigeant américain de la banque, dont la succursale à Francfort était en cause).

(72) B. Kleiner, « Privatrechtliche Aspekte der Informationspreisgabe der Bank aus eigenem Interesse », *Festschrift Johannes Bärmann*, Munich, 1975, p. 523, 527-528 ; C.-W. Canaris, *Bankvertragsrecht* (in Staub, *Handelsgesetzbuch—Großkommentar*, vol. III, 3^e partie), Berlin/New York, 4^e éd., 1988, n° 62 ; U. Bosch, « Das Bankgeheimnis im Konflikt zwischen US-Verfahrensrecht und deutschem Recht », *IPRax* 1984, 127, 131.

(73) Là aussi, il s'agit d'une tradition inaugurée par l'arrêt *United States v. First National City Bank*, 396 F.2d 897, 905 (2d Cir. 1968). V. également *United States v. Veeco Inc.*, 644 F.2d 1324, 1332 (9th Cir. 1981) ; *S.E.C. v. Banca Svizzera Italiana*, 92 F.R.D. 111, 118 (S.D.N.Y. 1981).

l'affaire *Marc Rich S.A.* (74), le Conseil fédéral suisse a sévèrement critiqué cette « création artificielle d'un état de nécessité » dans un aide-mémoire remis au gouvernement des Etats-Unis ; selon ce document, la référence à l'article 34 du Code pénal suisse (état de nécessité) par les tribunaux américains porte atteinte à la souveraineté de la Suisse :

« En premier lieu, la création artificielle d'un tel "état de nécessité" empêcherait les tribunaux suisses d'appliquer l'article 273 [du Code pénal suisse : secret d'affaires] de manière effective et, partant, contreviendrait à l'obligation qui incombe à tout Etat de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats.

En deuxième lieu, la création d'un "état de nécessité" par des organes judiciaires ou administratifs des Etats-Unis contraindrait des personnes et sociétés sous juridiction suisse à violer la législation suisse relative à la confidentialité des renseignements. Une telle contrainte irait à l'encontre du principe du droit international qui veut qu'aucune personne résidant à l'étranger ne doit être forcée, directement ou indirectement, par un acte de contrainte de portée extraterritoriale, à enfreindre la législation de son lieu de résidence.

En dernier lieu, il faut rappeler que l'article 34 a pour objectif fondamental de concilier les intérêts contradictoires issus de situations où une personne ne peut préserver un droit essentiel (tel que le droit à la vie) qu'en contrevenant à une règle du droit pénal. Il va de soi que le législateur suisse, en promulguant l'article 34, n'avait nullement l'intention d'offrir aux organes judiciaires ou administratifs d'un Etat étranger un moyen pour empêcher les tribunaux suisses compétents d'appliquer effectivement le droit suisse » (75).

Le Conseil fédéral a cependant mis fin, comme nous l'avons vu, à la situation de contrainte dans laquelle se trouvait la société *Marc Rich S.A.*, en procédant à la saisie des documents en question et en empêchant ainsi définitivement leur divulgation illégale. C'est, d'une certaine manière, une reconnaissance de la gravité de cette situation de contrainte.

La Cour d'appel de Hong Kong a fait preuve, dans une affaire jugée en 1984, d'une attitude implacable à l'égard de la succursale de la Chase Manhattan Bank à Hong Kong qui s'était vu ordonner la production de pièces relatives aux comptes qu'entretenaient auprès d'elle trois sociétés impliquées dans une enquête pour fraude fiscale aux Etats-Unis (76). La Cour confirme une injonction interdisant à la banque de divulguer ces pièces, bien qu'elle ait été informée de ce que le juge américain a dès à présent déclaré maintenir son ordre de production nonobstant toute injonction des juridictions locales. La banque ne peut pas, selon l'arrêt, invoquer la règle de *common law* permettant au banquier de déroger au secret bancaire si la

(74) cf. *supra*, n° 170.

(75) Aide-mémoire remis au Conseiller juridique du Département d'Etat des Etats-Unis le 6 juin 1983, ASDI 1984, 162, 164. — V. aussi M.-Ch. Krafft, « Secret bancaire et conflits de juridiction. Le point de vue d'un internationaliste », in *Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht*, Berne, 1987, p. 207 et s., spéc. p. 208-209.

(76) *F.D.C. Co. Ltd. v. Chase Manhattan Bank, N.A.* [1990] 1 H.K.L.R. 277. V. dans la même affaire les décisions américaines *Garpeg, Ltd. v. United States*, 583 F. Supp. 789 (S.D.N.Y. 1984) ; *Vanguard International Manufacturing, Inc. v. United States*, 588 F. Supp. 1229 (S.D.N.Y. 1984) ; *United States v. Chase Manhattan Bank, N.A.*, 590 F. Supp. 1160 (S.D.N.Y. 1984).

protection des intérêts de la banque l'exige : cette règle est destinée à protéger la banque dans le cadre normal de ses relations d'affaires avec son client, mais ne s'applique pas dans une situation comme celle de l'espèce, qui met en jeu des considérations d'une toute autre portée (77).

Cet arrêt a été rendu au cours même de la procédure aux Etats-Unis ; la solution adoptée s'explique sans doute en partie par la volonté de ne pas s'incliner prématurément devant les exigences du juge américain. Elle ne correspond pas nécessairement à l'appréciation qui aurait dû être portée sur la situation *a posteriori*, à supposer acquise la violation (forcée) des prescriptions de la loi du for.

*

176. Il est vrai que dans un conflit comme celui-ci, l'attitude des autorités étrangères peut paraître absolument illégitime aux yeux du juge du for ; celui-ci pourra être tenté de reprendre à son compte l'appréciation du Conseil fédéral suisse, qui la considère comme contraire au droit international. Cette illégitimité de la norme étrangère (à la supposer démontrée) doit-elle pour autant influencer sur la solution du litige ? La question doit être replacée dans un contexte plus large : la légitimité du fait du prince étranger peut être douteuse alors même que l'obligation doit être exécutée sur le territoire de l'Etat étranger ; et elle peut être douteuse par rapport à plusieurs types de normes de référence : il faudra considérer séparément la question du contrôle de la norme étrangère par rapport aux critères de légalité du droit étranger lui-même, par rapport à l'ordre public du for et par rapport au droit international public.

§ 2. — La légitimité du fait du prince étranger, condition de sa prise en considération ?

177. Nous examinerons la question successivement au regard des trois rapports sous lesquels la légitimité (au sens large) de la norme prohibitive étrangère pourrait, dans certains cas, être contestée.

A. — CONTRÔLE DE LA NORME ÉTRANGÈRE PAR RAPPORT AUX CRITÈRES DE LÉGALITÉ DU DROIT ÉTRANGER LUI-MÊME ?

178. Il faut supposer sans doute que les autorités publiques étrangères, lorsqu'elles interviennent dans l'exécution d'une obligation, le font normalement en

(77) p. 292, per Silke, J.A. La règle en question a été définie, avec les autres règles ayant trait au secret bancaire, par l'arrêt de principe *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England* [1924] 1 K.B. 461, C.A. — Comp., pour la même conception restrictive des intérêts du banquier pouvant justifier une divulgation de documents sur demande des autorités américaines, *X A.G. v. A Bank* [1983] 2 All E.R. 464, 479 ; *Attorney General v. Bank of Nova Scotia*, 1985 C.I.L.R. 418, 429-430.

respectant le droit de leur Etat. Mais rien ne permet de dire qu'elles le feront toujours et nécessairement. Le créancier, auquel son débiteur oppose l'exception de force majeure tirée de l'acte public étranger, peut songer à contester, précisément, la légalité de cet acte public ; l'hypothèse la plus fréquente à cet égard est celle de l'acte administratif illégal (78). Une difficulté préalable sera souvent celle de la constatation de l'illégalité de l'acte : les tribunaux, soucieux d'éviter toute apparence d'immixtion dans le fonctionnement des institutions d'un Etat tiers, ne se considèrent normalement pas comme habilités à apprécier la légalité des actes publics étrangers (79). Il se peut cependant qu'un tribunal de l'Etat concerné soit entretemps venu annuler l'acte public en question ; dans ce cas, la difficulté aura disparu ; il n'est peut-être pas exclu non plus que dans certains cas, l'action de l'administration étrangère ait été à ce point arbitraire que le juge du for n'hésite plus à la déclarer illégale. Le débiteur peut-il, en cet état, toujours s'exonérer en invoquant l'acte administratif illégal ?

La question se dédouble. Il convient de se demander d'abord si le débiteur est tenu, sous peine d'engager sa responsabilité devant le juge du for, de passer outre à

(78) Une hypothèse plus marginale serait celle d'un texte législatif dont la constitutionnalité ou la conformité à un traité international pourrait, selon le droit étranger, faire l'objet d'une contestation. V. ainsi, pour une affaire dans laquelle un acheteur français de pétrole italien s'était vu refuser la licence d'importation requise sur le fondement de la loi du 30 mars 1928, et dans laquelle le tribunal italien saisi de l'affaire avait cru utile — avant de statuer sur l'exception de force majeure soulevée par l'acheteur — de saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question de savoir si la réglementation française en question devait être considérée comme « abrogée de plein droit » à la date d'entrée en vigueur du traité CEE : C.J.C.E. 4 février 1965, *Albatros/Sopéco*, aff. 20/64, Rec., p. 1 (réponse négative à la question préjudicielle ; incompétence de la Cour de Justice pour en vérifier la pertinence par rapport au litige au principal : v. les conclusions de l'avocat général Gand, p. 14-15 pour le raisonnement des juges italiens sur ce point — apparemment, il s'agissait d'apprécier si l'acheteur pouvait croire de bonne foi qu'il lui serait possible d'exécuter le contrat). — Comp. le litige au principal ayant donné lieu à l'arrêt préjudiciel du 9 juin 1992, *Etablissements Delhaize Frères et Compagnie Le Lion/Promalvin*, aff. C-47/90, Rec., p. I-3669 (v. spéc. les conclusions de l'avocat général Gulmann, p. 3691-3693 : contrat de vente de vin espagnol conclu entre deux entreprises belges ; refus d'approvisionnement opposé au vendeur par son fournisseur espagnol, au motif que la réglementation espagnole lui interdit de livrer la quantité de vin commandée : selon le Tribunal de commerce de Bruxelles, il s'agissait de savoir si cette réglementation était contraire à une règle de droit communautaire directement applicable en droit interne — d'où la question préjudicielle — ; si, dans cette hypothèse, le refus de vente était illicite au regard du droit espagnol applicable à la responsabilité du fournisseur — d'où une demande de renseignements formulée, parallèlement, selon la procédure d'entraide internationale instituée par la Convention européenne du 7 juin 1968 dans le domaine de l'information sur le droit étranger — ; et si, en conséquence, le juge belge pouvait ordonner l'exécution en nature du contrat de vente nonobstant la réglementation prohibitive espagnole).

(79) cf. Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, t. I, 8^e éd., 1993, n^o 333 et note 3. — En Angleterre et surtout aux Etats-Unis, c'est la théorie de l'*Act of State* (v. aussi *infra*, n^{os} 272 et s.) qui empêche les tribunaux de vérifier la légalité des actes publics étrangers : cf., à propos de faits du prince jugés libératoires sans que les juges se soient crus habilités à procéder à un examen de leur légalité au regard du droit étranger, *The Claveresk*, 264 Fed. 276, 281 (2d Cir. 1920) ; *Interamerican Refining Corp. v. Texaco Maracaibo, Inc.*, 307 F. Supp. 1291, 1298-1299 (D. Del. 1970), cité *supra*, n^o 76. Pour une critique (de portée générale) de l'abstention des tribunaux, v. F.A. Mann, « Conflict of Laws and Public Law », R.C.A.D.I. 1971-I, 107, 153-154. — Les deux arrêts préjudiciels cités *supra*, note 78, démontrent, en tout cas, qu'il existe des exceptions à cette attitude réservée.

l'interdiction illégale des autorités étrangères. La réponse sera normalement négative. Il serait possible de la motiver en faisant observer que, du moins dans la conception de la doctrine française de droit administratif, « obéissance immédiate est due ... aux décisions, aux mesures d'exécution et à l'ensemble des opérations de l'administration », même si leur légalité est sérieusement contestée par l'administré et jusqu'à annulation de l'acte administratif par le juge (80) ; on en déduirait que forcer le débiteur à méconnaître la mesure administrative étrangère indépendamment de toute annulation judiciaire de celle-ci, ce serait porter atteinte, au détriment de la souveraineté étrangère, à une règle fondamentale du droit public (81). Le raisonnement paraît, à la vérité, spéculatif ; en particulier lorsque l'illégalité de l'acte est manifeste, il n'est pas certain que la souveraineté étrangère soit vraiment en cause. Le principe de l'obéissance absolue aux actes administratifs illégaux (à supposer qu'il existe vraiment) paraît en effet dépourvu de sanction, puisque l'administré, s'il est poursuivi, peut invoquer devant le juge l'illégalité de l'ordre méconnu (82). « C'est dire qu'il est en droit de se refuser à obéir — à ses risques et périls si l'illégalité n'est pas flagrante : la positivité de la règle est donc légitimement niée par les personnes privées à raison de son contenu » (83).

A ses risques et périls. Précisément, nous le savons, le fondement individuel de l'effet libératoire du fait du prince étranger est la considération qu'il ne peut être raisonnablement exigé du débiteur de courir le risque — même incertain — de voir appliquer les sanctions prévues en cas de violation de la norme étrangère (84) ; et il importe peu, à cet égard, que l'incertitude de la répression provienne, comme en l'espèce, de l'éventualité d'une annulation future, par le juge, de l'acte administratif méconnu. A moins, par conséquent, que l'illégalité de l'acte ne soit absolument évidente, le débiteur ne sera pas tenu de passer outre ; ce n'est pas à lui qu'il appartient d'assumer le risque inhérent au statut précaire de la norme étrangère que l'on prétend illégale, mais dont l'illégalité n'est pas encore établie (85).

Ceci étant acquis, se pose le deuxième volet de la question : le débiteur, n'étant pas tenu de passer outre à la norme prétendument illégale, est-il au moins tenu d'introduire un recours — administratif ou judiciaire — contre celle-ci devant les

instances étrangères compétentes ? De ce point de vue, la situation est différente : obligé d'exécuter de bonne foi son obligation, le débiteur serait fautif s'il omettait d'exercer les voies de recours que peut mettre effectivement à sa disposition le droit étranger ; il en irait autrement si un recours était dès le début condamné à l'échec, mais ceci ne se présume pas (86). Encore faut-il que, dans les circonstances de l'espèce, le recours soit vraiment utile et ne vienne pas trop tard pour pouvoir permettre une exécution normale de l'obligation : en particulier lorsqu'il s'agit d'un recours à l'autorité supérieure ou au juge, ce n'est pas toujours évident, comme le montrent certaines affaires soumises aux tribunaux (87).

Dans la plupart des situations, la solution sera sans doute celle que propose la formulation synthétique d'un texte que nous avons déjà eu l'occasion de citer, la section 2-615 de l'*Uniform Commercial Code* américain : le débiteur sera exonéré en cas de

« compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid » (88).

179. La réponse relativement nuancée qu'appelle la question de l'effet libératoire d'une norme illégale s'explique par le fait que l'irrésistibilité de pareille intervention étatique dépend d'une série de considérations de fait, dont l'efficacité pratique des recours éventuellement prévus par le droit étranger. Il en va différemment lorsqu'il s'agit du contrôle de la conformité de la norme étrangère à des normes de référence extérieures ou supérieures à l'ordre juridique étranger : l'ordre public du for et le droit international. Ce sont là des questions de principe.

B. — CONTRÔLE DE LA NORME ÉTRANGÈRE PAR RAPPORT À L'ORDRE PUBLIC DU FOR ?

180. L'exception d'ordre public est une technique de pur droit international privé, un correctif au fonctionnement normal des règles de conflits de lois et de conflits de juridictions. En matière de conflits de lois, il s'agit de l'« éviction de la

(80) R.-G. Schwartzberg, *L'autorité de chose décidée*, 1969, p. 56 et s. Il s'agit, dit-on, d'un corollaire du « privilège du préalable » dont bénéficie l'administration.

(81) L'idée est esquissée par P. Mayer, note sous Soc. 8 mai 1974, R. 1975. 452, 460.

(82) cf. Merle et Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, 6^e éd., 1988, n^o 232 et s. Une restriction doit cependant être faite : l'illégalité de l'action administrative n'exécute normalement pas les actes de rébellion violente : Merle et Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial* (par A. Vitu), t. I, 1982, n^o 405.

(83) H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, 1979, p. 276.

(84) *Supra*, n^o 133.

(85) Comp. Civ. 19 juin 1923, D.P. 1923. 1. 94, rendu à propos de la réquisition irrégulière par l'armée française de marchandises faisant l'objet d'un contrat : cette décision casse un arrêt d'appel qui avait refusé d'exonérer le débiteur au motif que celui-ci, « s'il avait convenu d'y déferer, ne l'avait fait qu'à ses risques et périls ». Comme le relève la Cour de cassation, la charge de la réparation incombe en définitive à l'Etat, responsable de l'irrégularité commise par ses organes ; cf. dans le même sens Soc. 13 février 1963, Bull. civ. IV, n^o 150 (licenciement sur décision administrative illégale) ; 29 juin 1960, Bull. civ. IV, n^o 702 (mesure d'épuration irrégulière).

(86) Selon M. Domke, « The Israeli-Soviet Oil Arbitration », 53 A.J.I.L. 787, 792 (1959), « It is obvious that [the] difficulty of appeal proceedings and the improbability of success do not discharge a party from its obligation to act ». — V. aussi, à propos d'actes des Etats membres de la Communauté européenne imposant à des entreprises la participation à des ententes prohibées, R. Kovar, « Droit communautaire de la concurrence et droit international », C.D.E. 1986. 127, 145 : « On serait en droit d'exiger qu'elles aient un recours à tous les moyens juridiques que leur offrent leur droit national et le droit communautaire pour rappeler l'Etat à ses devoirs ».

(87) cf. Paris 17 mai 1967, J.D.I. 1967. 874, note Loussouarn, cité *supra*, n^o 60 et la référence aux « mesures que la Cour suprême d'Algérie a jugées illégales, mais qui, avant l'intervention de son arrêt, rendaient manifestement inexécutable toute convocation » ; en jurisprudence luxembourgeoise Cour d'appel 31 janvier 1919, Pas. lux. 11. 167 (arrêt de marchandises par les douanes allemandes « sous le prétexte que l'exportation des eaux-de-vie était interdite » ; « démarches pressantes », mais vaines de l'exportateur auprès du ministère compétent à Berlin : force majeure).

(88) cf. *supra*, n^o 48.

loi normalement compétente » (89) au profit de la loi du for. Il est dès lors surprenant, *a priori*, que la question de la conformité du fait du prince étranger à l'ordre public du for puisse même être posée. Par hypothèse en effet, nous sommes en présence d'une norme prohibitive étrangère qui n'est pas désignée par le jeu normal des règles de conflit : elle ne fait pas partie de la loi du contrat ou de la loi applicable à la situation extracontractuelle dont le juge est saisi ; son « éviction » par l'ordre public du for n'aggraverait donc pas vraiment sa situation (90). Cette norme n'est pas appliquée, mais prise en considération comme phénomène de droit matériel : elle est considérée comme cas de force majeure. En la prenant en considération, le juge ne fait pas sien son contenu peut-être « inadmissible », mais se borne à déduire, des effets de fait qu'il faut bien reconnaître à la norme, les conséquences de droit prévues par la loi applicable — qui sera le plus souvent, de toute façon, la loi du for.

Ces observations peuvent paraître évidentes. Un point de vue différent a toutefois été adopté dans quelques décisions jurisprudentielles.

181. Il y a, en premier lieu, la fiction de l'inexistence de la règle étrangère contraire (ou gravement contraire) à l'ordre public du for. La *Court of Appeal* anglaise s'y est référée dans l'affaire opposant l'entreprise cubaine Cubazucar à l'acquéreur, chilien, de plusieurs cargaisons de sucre dont l'exportation de Cuba avait été interdite par la loi d'embargo n° 1256 (91). L'acquéreur faisait valoir que cette loi, « pénale et discriminatoire », était contraire à l'ordre public anglais et ne pouvait dès lors être reconnue, même au titre de la force majeure. Ce moyen a été rejeté — ce qui est rassurant en soi —, mais uniquement parce que la Cour en est venue à la conclusion que l'acquéreur n'établissait pas une violation de l'ordre public suffisamment caractérisée pour déclencher la mise en jeu de la fiction juridique d'inexistence de la norme prohibitive :

« ... the legislation was not so repugnant to British ideas of international and personal morality as to require the English Courts to ignore its existence » (92).

Or le recours à pareille fiction juridique est déjà manifestement inutile pour expliquer l'éviction, par l'ordre public du for, de la loi normalement compétente ; il suffit de dire que le juge du for, tout en reconnaissant que cette loi existe à l'étranger, ne saurait l'appliquer et ainsi faire sien la solution qu'elle donnerait au litige (93). *A fortiori*, appliquée au fait du prince étranger, la fiction devient tout à

fait injustifiable : les effets de fait de la norme étrangère constituent une réalité dont le juge du for ne peut raisonnablement « ignorer l'existence ». Supposons que l'exécution d'un contrat se heurte aux lois raciales de l'Etat sur le territoire duquel il doit être exécuté, et que la violation de ces lois — incontestablement contraires à l'ordre public — soit punie de mort. Le juge anglais doit-il vraiment réputer inexistantes ces lois, et ordonner l'exécution en nature du contrat ?

Une deuxième tendance jurisprudentielle n'a plus recours à une fiction d'inexistence de la norme prohibitive, mais se refuse à toute distinction entre effets de droit et effets de fait des lois étrangères qu'elle juge scélérates, couvrant tous les effets de ces lois d'un même opprobre. C'est la conception à laquelle se rattache sans doute l'arrêt de la Cour de Paris dans l'affaire *Royal Dutch* : rappelés que selon le Ministère public, il fallait éviter d'« homologuer le fait du prince, en lui faisant produire des effets en France » (94). Mais la meilleure illustration de cette tendance est la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse face au contrôle des changes allemand des années 1930. Même lorsque le contrat était soumis au droit allemand, les lois allemandes sur les devises n'ont pas été appliquées ; elles visaient spécifiquement à porter atteinte aux droits des créanciers étrangers, et le juge suisse devait donc — selon le Tribunal fédéral — défendre les intérêts vitaux de l'économie suisse en ayant recours à l'exception d'ordre public (95). Mais, à défaut d'appliquer les lois allemandes, ne fallait-il pas du moins tenir compte de leurs effets de fait et reconnaître que le paiement peut être devenu impossible au débiteur ? Non, selon le Tribunal : que la législation allemande contraire à l'ordre public soit « appliquée directement ou indirectement, par le détour de ses effets de fait, revient en pratique au même » ; le juge suisse doit refuser d'appliquer ces lois « d'une manière ou d'une autre » (96).

La portée exacte de ces arrêts est incertaine, puisque le Tribunal fédéral n'a en fait pas décidé de faire abstraction de la situation personnelle du débiteur ; il a répondu à l'argument tiré de cette situation en faisant observer que le débiteur, qui

de la Chambre des Lords, *Oppenheimer v. Cattermole (Inspector of Taxes)* [1976] A.C. 249, dans lequel il fut déclaré qu'une loi antisémite nazie constituait « *so grave an infringement of human rights that the courts of this country ought to refuse to recognize it as a law at all* » (p. 278, per Lord Cross of Chelsea ; mise en évidence ajoutée) et « *so great an offence against human rights that [our courts] would have nothing to do with it* » (p. 283, per Lord Salmon) : mais l'arrêt *Oppenheimer*, qui refuse d'appliquer cette loi dans l'appréciation de la nationalité d'un contribuable, ne la répute pas pour autant inexistante comme circonstance de fait. — Pour une autre allusion à la fiction de l'inexistence des normes étrangères contraires à l'ordre public, v., dans l'affaire de la nationalisation du groupe Rumasa par l'Etat espagnol, *Williams and Humbert Ltd. v. W. & H. Trade Marks (Jersey) Ltd.* [1986] 1 A.C. 368, 378 (Nourse J.) ; 392 (Fox L.J.).

(94) Concl. Desangles sur Paris 21 décembre 1962, Gaz. Pal. 1963. 1. 99 ; J.D.I. 1963. 424 ; *supra*, n° 6.

(95) La terminologie employée par le Tribunal fédéral est darwinienne : « *Nicht nur erforderte ... schon der elementarste wirtschaftliche Selbsterhaltungstrieb auf schweizerischer Seite eine Abwehr, sondern es liegt auf der Hand, dass durch diese Gewaltmassnahmen auch das schweizerische Rechtsempfinden aufs tiefste verletzt werden musste* » : TF 1^{er} février 1938, ATF 64 II 88, 99.

(96) TF 18 septembre 1934, ATF 60 II 294, 311-312. Comp. TF 8 octobre 1935, ATF 61 II 242, 246 ; 2 mars 1937, ATF 63 II 42, 45 (« *vom schweizerischen Richter überhaupt nicht in Betracht zu ziehen* »).

(89) cf. J. Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952.

(90) cf. *supra* l'introduction, n°s 2 et s. Il en va de même lorsqu'une loi de police étrangère faisant partie de la *lex contractus* vient précisément d'être évincée par l'ordre public du for : ce n'est qu'à partir de ce moment que se pose vraiment le problème d'une éventuelle libération du débiteur par cette même norme, considérée comme fait du prince étranger.

(91) *Empresa Exportadora de Azucar v. Industria Azucarera Nacional S.A. (The "Playa Larga")* [1983] 2 Lloyd's Rep. 171 : v. *supra*, n° 141, pour l'exposé des faits.

(92) p. 190, per Ackner L.J.

(93) L'arrêt de la *Court of Appeal* se réfère à un précédent de 1956, *Re Claim by Helbert Wagg & Co. Ltd.* [1956] Ch. 323 — mais ce jugement a trait à l'éviction par l'ordre public d'une loi de moratoire faisant partie de la *lex contractus*, et ne formule aucune fiction juridique d'inexistence —, et à un arrêt

ne paie pas volontairement, ne sera certainement pas puni en Allemagne (97). Dans ces circonstances, il aurait sans doute été préférable de rejeter l'exception de force majeure au motif que l'impossibilité d'exécution n'était pas établie ; la motivation adoptée, quant à elle, caractérise l'atmosphère politique tendue de son époque plutôt que la sérénité de la justice (98).

182. Mais il s'agit là d'une position jurisprudentielle très minoritaire, d'ailleurs rejetée par une doctrine presque unanime (99). Son défaut essentiel n'est même pas de méconnaître la distinction entre application et simple prise en considération d'une norme étrangère — distinction trop abstraite peut-être pour être, ici, vraiment décisive en pratique, comme le montre la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral suisse. Ces arrêts font plutôt une fausse application des principes de la force majeure : ils oublient qu'il s'agit de protéger le débiteur, auquel il ne saurait être reproché d'avoir refusé de courir le risque de sanctions lourdes — même, et peut-être surtout, si elles sont brutalement imposées par un Etat étranger dans un but jugé illégitime. Si toutes les conditions normales en sont réunies — extériorité, imprévisibilité, irrésistibilité — le cas de force majeure existe légalement. Une norme étrangère contraire à l'ordre public du for ne devient pas pour autant résistible, prévisible, imputable au débiteur ; dès lors, il n'y a aucune raison de lui en faire supporter, par dérogation aux règles légales, les risques.

(97) V. not. TF 8 octobre 1935, précit. (et cf. *supra*, n° 172).

(98) Une motivation très similaire se retrouve, à propos du contrôle des changes hongrois, dans un arrêt allemand de l'époque (KG 27 octobre 1932, JW 1932. 3773, note Nussbaum) ; comp. déjà, dans la jurisprudence de la première guerre mondiale, OLG Hambourg 24 février 1915, HansGZ 1915. 101 ; 7 juillet 1915, HansGZ 1915. 237 ; KG 5 janvier 1916, DJZ 1916. 733.

(99) V. notamment Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, n° 358 ; P. Mayer, note sous Soc. 8 mai 1974, R. 1974. 452, 459-460 ; F. Rigaux, *Droit international privé*, t. I : *Théorie générale*, 2° éd., Bruxelles, 1987, n° 532 (à propos des décisions étrangères) et t. II : *Droit positif belge*, 2° éd., en collab. avec M. Fallon, 1993, n° 1283 (à propos des lois de police), et du même auteur *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, 1977, p. 270 ; « Le droit international privé face au droit international », R. 1976. 261, 291 ; MünchKomm/Sonnenberger, *IPR—Einleitung*, n° 291 ; U. Drobnig, « Die Beachtung von ausländischen Eingriffsgesetzen — eine Interessenanalyse », *Festschrift Karl H. Neumayer*, Baden-Baden, 1985, p. 159, 170, 178 ; J. Basedow, « Private Law Effects of Export Controls », *G.Y.I.L.* 27 (1984) 109, 132 ; A. Heini, « Ausländische Staatsinteressen und internationales Privatrecht », *Rev. dr. suisse* 100 I (1981) 65, 73 ; comp. F. Vischer, *Internationales Vertragsrecht*, Berne, 1962, p. 210-211 et *Droit international privé (Traité de droit suisse)*, t. I, 4, Fribourg, 1974, p. 29, qui réserve cependant le cas où la norme étrangère est « directement dirigée contre l'Etat du for », auquel cas l'exception d'ordre public revêtirait le caractère d'une « clause de combat » (« *Kampfklausel* » : *op. cit.*, 1962, p. 211, note 1). — Selon K. Zweigert, « Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote », *RabelsZ* 1942. 283, 306, le fait du prince contraire à l'ordre public ne pourrait, « dans l'intérêt de l'unité de l'ordre juridique », pas être pris en considération, et l'exécution du contrat en nature pourrait être ordonnée nonobstant son illégalité au regard de la loi du lieu d'exécution. — V. aussi l'étrange argumentation de A. Klein-Beber, « Rechtfertigen Hoheitsakte von US-Behörden Liefersperren auf deutschem/europäischem Markt ? » *RIW* 1990. 189, 193, selon laquelle les effets de fait d'un embargo américain dirigé contre l'Union Soviétique (et donc, selon l'auteur, contraire à la politique étrangère du gouvernement allemand) ne pourraient pas être reconnus par les tribunaux allemands ; et cf. R. Bär, *Kartellrecht und internationales Privatrecht*, Berne, 1965, p. 119-141 (« *Ausschaltung der befreienden Unmöglichkeitssanktion mittels Nichtanerkennung der Norm als Quelle rechtlicher Unmöglichkeit* »).

Le plus souvent les tribunaux se sont gardés, ici encore, de tout dogmatisme : tout en reconnaissant que telle loi étrangère était contraire à l'ordre public du for, ils n'ont pas cru devoir en rendre responsable le débiteur. Cette attitude a été adoptée même en cas de conflit politique ou militaire entre l'Etat étranger et l'Etat du for.

Dans son important arrêt du 28 juin 1918, le *Reichsgericht* a, comme nous le savons, estimé que le *Trading with the Enemy Act* anglais pouvait constituer un cas de force majeure libérant des Anglais établis en Argentine de leurs obligations à l'égard d'un acheteur allemand (100). Ce faisant, il n'a pas méconnu que la loi anglaise était absolument insusceptible d'être appliquée par le juge allemand, l'ordre public s'y opposant. Mais, comme le relève l'arrêt, « en l'espèce il ne s'agit nullement de l'application de cette loi », mais de la constatation qu'au regard du droit civil allemand, elle a constitué un obstacle de fait à l'exécution de l'obligation : la Cour d'appel « ne pouvait et ne devait pas fermer les yeux devant l'existence de l'Act anglais » (101). De même, la Cour de cassation italienne a accepté, en 1938, de reconnaître l'effet libératoire, pour un exportateur français, de l'embargo décrété par le gouvernement français « conformément aux décisions de Genève » prises après l'invasion italienne de l'Ethiopie : « il serait absurde de nier un état de fait ou de droit, résultant à l'étranger de la législation qui y est en vigueur, un état qu'il n'est pas possible d'abolir ou de modifier » (102).

Autre exemple : jusqu'au changement du régime politique en Allemagne de l'Est, il était interdit aux ressortissants de cet Etat de quitter le territoire de leur pays sans autorisation ; la jurisprudence (ouest-) allemande considérait cette interdiction comme contraire aux droits fondamentaux constitutionnellement garantis à tous les Allemands, même résidant en R.D.A. Elle reconnaissait, dès lors, la licéité de contrats par lesquels des « passeurs » professionnels s'engageaient, moyennant rémunération, à assister des ressortissants de la R.D.A. dans leur émigration clandestine (*Fluchthilfeverträge* : « contrats d'aide à la fuite »). Mais elle a précisé qu'eu égard aux risques courus, le passeur ne saurait être contraint, en cas de difficulté, à exécuter effectivement son contrat (103). Et un arrêt américain, rendu en pleine guerre froide, a jugé à la fois qu'une confiscation intervenue en Hongrie était contraire à l'ordre public et que l'incapacité d'exécuter ses obligations, dans laquelle elle mettait le débiteur, ne pouvait engager sa responsabilité (104). Les exemples pourraient être multipliés ; de récentes décisions montrent ainsi que les tribunaux suisses eux-mêmes ne contestent plus qu'une partie peut invoquer l'effet de fait de normes auxquelles elle est confrontée dans un Etat étranger, « alors même qu'en

(100) RGZ 93. 182, cf. *supra*, n° 132 et 167.

(101) p. 184. — Une note critique sous l'arrêt (par P. Klein, in JW 1918. 611) objecte : 1°, qu'une norme étrangère contraire à l'ordre public est réputée inexistante ; 2°, que l'exception d'ordre public est un « moyen de combat » (« *Kampfmittel* »), auquel il ne faut pas renoncer.

(102) Cass. 10 juin 1938, Foro it. 1939. I. 571, note Andrioli : cf. *supra*, n° 131.

(103) KG 19 septembre 1975, NJW 1976. 197 ; v. aussi, en faveur de la licéité des contrats, BGH 29 septembre 1977, trois arrêts, JZ 1978. 61, note Wengler ; également, en jurisprudence autrichienne, OGH 29 octobre 1980, IPRax 1981. 217 avec obs. Wengler (« Zur kollisionsrechtlichen Behandlung von Fluchthilfeverträgen »), p. 220.

(104) *Zwack v. Kraus Bros. & Co.*, 237 F.2d 255, 263 (2d Cir. 1956).

raison de leur incompatibilité avec l'ordre public, ces normes ne pourraient pas être directement appliquées par le juge suisse » (105).

Notons que les tribunaux français ont adopté la même attitude. Les expropriations soviétiques, intervenues sans indemnisation des propriétaires dépossédés, n'ont pas été reconnues par les tribunaux : pourtant, il a été admis que la confiscation, en Union Soviétique, d'un corps certain entre les mains du dépositaire constituait un cas de force majeure qui en empêchait la restitution au déposant (106) ; ou que la dissolution des anciennes sociétés russes, qui ne pouvaient en fait plus fonctionner normalement, était inévitable (107). Les nationalisations algériennes ont été jugées contraires à l'ordre public français par la Cour de cassation, qui a décidé qu'« aucun effet de droit » ne pouvait leur être reconnu — tout en approuvant, dans une série d'affaires opposant aux anciens propriétaires les locataires d'immeubles expropriés en Algérie, les juges du fond d'avoir estimé qu'il y avait là une « situation de fait » dont il fallait tenir compte (108). Enfin, la motivation des arrêts de la Cour d'Orléans et de la Cour de cassation ayant mis fin à l'affaire *Royal Dutch* ont, eux aussi, montré que la libération du débiteur peut être indépendante de la reconnaissance proprement dite de la nationalisation elle-même (109).

Le parti pris par ces décisions ne peut qu'être approuvé. Il est légitime, certes, que lorsqu'ils estiment que l'ordre public est en jeu, les tribunaux hésitent à s'incliner devant les commandements d'un Etat étranger ; mais lorsqu'une impossibilité d'exécution est objectivement établie, des considérations d'ordre politique ne peuvent la faire disparaître.

(105) Handelsgericht Zurich 19 septembre 1991, BIZR 1991, n° 19, p. 68 (contrôle des changes libyen) ; v. aussi, dans l'affaire opposant la Banque Centrale du Chili à la Banque Nationale de Cuba (*supra*, n° 172), TF 20 juillet 1992, ATF 118 II 348, 352-353, qui laisse entendre à la fois que la loi cubaine n° 1256 doit être considérée comme contraire à l'ordre public suisse, et qu'elle est en principe susceptible d'être prise en considération en tant qu'obstacle à l'exécution d'une obligation contractuelle — sauf à vérifier qu'elle rend l'exécution effectivement impossible.

(106) Trib. com. Seine 9 juillet 1926, D.H. 1926. 431 ; Paris 8 février 1927, J.D.I. 1927. 650 ; 15 février 1928, J.D.I. 1933. 959. — Pour un autre exemple de prise en considération des mesures confiscatoires du gouvernement soviétique, v. Paris 8 mai 1963, Gaz. Pal. 1963. 2. 225 (qui constate, dans le cadre de l'application d'une clause contractuelle, la « situation de pur fait » résultant de l'absence de protection des droits de propriété artistique des ayants-droit de Tchaïkovsky dans le pays d'origine de ses oeuvres, suite aux mesures de nationalisation des droits d'auteur prises en 1918 en U.R.S.S.).

(107) V. notamment Req. 4 juillet 1933, J.D.I. 1934. 662 ; D.P. 1934. 1. 10, et la note Savatier (« les faits font loi, à supposer même que la théorie résiste » : note, p. 11) ; et aussi Paris 27 mai 1927, J.D.I. 1928. 126, note Picard et Tager ; 13 juin 1928, R. 1929. 93, 2° esp., note Niboyet ; Bordeaux 2 janvier 1928, *ibid.*, 1^{re} esp., confirmé par Req. 29 juillet 1929, J.D.I. 1930. 680 ; Trib. com. Seine 29 juin 1932, J.D.I. 1934. 663 ; Paris 3 janvier 1944, R. 1948. 81 (certaines de ces décisions se fondent, il est vrai, sur une distinction entre l'expropriation et la dissolution des sociétés russes, la dissolution n'étant pas réputée contraire à l'ordre public français) ; *adde* R. Savatier, « Les liquidations des sociétés russes en France », *Trav. Com. fr.* 1934. 132 ; H. Perret, *La liquidation des « sociétés russes »*, 1937, p. 20 et s. ; Loussouarn et Bredin, *Droit du commerce international*, 1969, n° 319.

(108) Sur les nationalisations algériennes, v. les références jurisprudentielles données *infra*, n°s 191 et 194.

(109) Orléans 25 juin 1970 et Civ. 1^{re} 17 octobre 1972, cités *supra*, n° 6.

Nous verrons à présent qu'il doit en aller de même lorsqu'il est allégué que la norme prohibitive étrangère ne méconnaît pas seulement l'ordre public du for, mais le droit international lui-même.

C. — CONTRÔLE DE LA NORME ÉTRANGÈRE PAR RAPPORT AU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ?

183. Il a parfois été proposé de renoncer à toute vérification de la conformité à l'ordre public du for de la norme prohibitive invoquée par le débiteur, mais de procéder à un contrôle de sa compatibilité avec le droit international. Suggérée en termes généraux par M. Pierre Mayer, la nécessité d'un contrôle par rapport à « des principes supérieurs, appartenant au droit international public » (110) a été explicitée par cet auteur à propos d'un cas particulier, celui des normes édictées par un Etat en dehors des limites de sa compétence internationale : « Dans la mesure où le fait du prince a été matériellement imposé sans aucune possibilité de résistance, peu importe que l'Etat ait ou non dépassé sa compétence. Mais si la personne qui invoque le fait du prince s'y est soumise de son plein gré, alors qu'il eût été impossible de l'y contraindre matériellement, la question de la compétence revient au premier plan : l'ordre émanant d'un Etat qui a dépassé sa compétence ne constitue pas en lui-même une cause d'extinction de l'obligation ni d'exonération de la responsabilité » (111).

Or nous savons que le fait du prince étranger ne rend presque jamais matériellement impossible l'exécution d'une obligation (112). L'impossibilité matérielle d'exécution est même pratiquement inconcevable dans le cas de l'« Etat qui a dépassé sa compétence » : ce dépassement de compétence suppose en effet notamment que l'Etat étranger ne puisse pas invoquer sa compétence territoriale, c'est-à-dire que l'activité qu'il entend réglementer se déroule en dehors de son territoire ; et l'on voit difficilement, dès lors, comment les autorités de cet Etat pourraient intervenir « matériellement » dans l'exécution de l'obligation (113). En réalité, la position doctrinale en question revient à nier purement et simplement, pour la plupart des hypothèses, l'effet libératoire d'une intervention étatique contraire au droit international. C'est là une restriction qui peut se justifier d'un strict point de vue interétatique : le respect dû à la souveraineté étrangère ne va pas

(110) P. Mayer, note sous Soc. 8 mai 1974, R. 1975. 452, 459.

(111) P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », R. 1979. 1, n° 103. — V., pour le même raisonnement abstrait, B. Audit, « Extraterritorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », R. 1983. 401, 427 ; et pour une argumentation dans le même sens, mais qui se fonde sur la *realpolitik* juridique la plus pure (les intérêts du débiteur importent moins que le souci de décourager les tendances extraterritoriales des législateurs étrangers), G. van Hecke, « The Effect of Economic Coercion on Private Relationships », *Rev. b. dr. int.* 1984-85. 113, 121.

(112) *Supra*, n°s 129 et s.

(113) « La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure — sauf l'existence d'une règle permissive contraire — tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat » : C.P.J.I., arrêt du 7 septembre 1927, affaire du « Lotus », Série A, n° 10, p. 18.

jusqu'à imposer la prise en considération de normes (même si elles émanent du souverain territorial) par lesquelles l'Etat étranger abuse de ses pouvoirs et méconnaît ses obligations au regard du droit international (114). Mais les deux fondements — interétatique et individuel — de l'effet libératoire du fait du prince étranger sont autonomes et indépendants (115) : la protection du débiteur peut fonder sa libération même là où le droit international ne l'imposerait pas. A la vérité, l'opinion selon laquelle la licéité internationale du fait du prince serait une condition de sa prise en considération se heurte, de ce point de vue, exactement aux mêmes objections que celle qui propose de faire abstraction des normes prohibitives contraires à l'ordre public du for : si, par les risques substantiels que ferait courir au débiteur sa violation, la norme étrangère doit être considérée comme irrésistible, elle ne perd pas ce caractère du seul fait qu'elle est contraire au droit international public. La distinction entre effets de droit et effets de fait de la norme étrangère, à laquelle nous avons déjà fait allusion à propos de l'exception d'ordre public, doit également être faite lorsqu'il est allégué que la norme prohibitive est contraire au droit international : si aucun effet de droit ne peut être reconnu à une intervention étatique illicite (116), ses effets de fait constitueront souvent une réalité indéniable.

184. Au cours de la guerre italo-turque de 1911-1912, la marine italienne avait arrêté en Méditerranée un navire français, le *Carthage*, suspecté de se livrer à la contrebande de guerre ; le navire avait été conduit à Caligari et retenu pendant plusieurs jours ; sa cargaison avait subi des avaries. Une sentence arbitrale rendue à La Haye sous l'égide de la Cour Permanente d'Arbitrage avait déclaré illicite la capture (117). Cette constatation, au niveau international, de l'illicéité de l'action des autorités italiennes n'a pas empêché le Tribunal de commerce de Nancy — saisi d'une action en responsabilité civile introduite contre le transporteur par un expéditeur, le sieur Krauth — d'y voir un cas de force majeure :

« Attendu que la force majeure, lorsqu'elle est le fait de la volonté de l'homme, peut être illégitime ; qu'il en est ainsi lorsque celui qui emploie la force n'avait pas le droit d'y recourir ; que le Tribunal de La Haye ayant récemment décidé que la capture du navire *Le Carthage* n'était pas légitime, il appartient à Krauth de faire les diligences nécessaires pour se faire indemniser par le gouvernement italien » (118).

L'exécution d'un contrat maritime peut d'ailleurs même être empêchée — et il s'agit d'un cas de force majeure des plus classiques — par les actes de pirates (119) ; or s'il est une activité humaine que le droit international public a toujours

(114) « ... an American court might well find it wholly inappropriate to defer to a foreign sovereign where the laws in question promote, for example, torture or slavery or terrorism » : *In re Sealed Case*, 825 F.2d 494, 499 (D.C. Cir. 1987).

(115) *Supra*, n° 136.

(116) cf. sur ce point F.A. Mann, « The Consequences of an International Wrong in International and National Law » (1976-1977) 48 B.Y.B.I.L. 1, et déjà « International Delinquencies Before Municipal Courts » (1954) 70 L.Q.R. 181.

(117) Sentence du 6 mai 1913, R.S.A. XI. 449.

(118) Trib. com. Nancy 30 mai 1913, Gaz. Pal. 1913. 2. 127.

(119) cf. *Jurispr. gén. Dalloz*, v° *Force majeure* (t. XXIV, 1851), n° 4 : « Les cas fortuits provenant du fait de l'homme sont la guerre, l'invasion des pirates, l'assaut des voleurs (L. 5, § 4 ff. *Commodati*), le fait du prince, la violence exercée par un plus puissant ».

considérée comme illicite (au point de prévoir, à son propos, une compétence répressive universelle), c'est bien la piraterie (120). Bien plus : le pirate est traditionnellement considéré comme *hostis humani generis* — désignation dont on hésiterait à affubler, par exemple, un législateur étranger aux prétentions abusivement extraterritoriales. Si des menaces piratiques peuvent être prises en considération par le juge, il doit en aller de même des normes étatiques contraires au droit international.

La jurisprudence le confirme. Nous venons de faire allusion, à propos du jeu de l'exception d'ordre public, aux nationalisations algériennes : l'ordre public français interdisait de leur reconnaître un effet de droit, mais les tribunaux devaient tenir compte de la « situation de fait » qui en résultait. Si la Cour de cassation s'est référée, dans ces affaires, à l'ordre public du for, elle aurait également pu faire observer que les nationalisations en question, intervenues au détriment de non-nationaux de l'Etat expropriant et sans indemnisation, étaient contraires aux obligations internationales de l'Etat algérien (121). Au plan du droit privé, la solution des litiges n'aurait évidemment pas été différente. D'autres exemples sont fournis par les nombreux litiges mettant en cause, devant les tribunaux des pays qui venaient d'être libérés de l'occupation allemande à la fin de la seconde guerre mondiale, les conséquences de droit privé (ou même de droit pénal) des actes de l'occupant : ces actes étaient souvent intrinsèquement contraires au droit international de l'occupation militaire ; par ailleurs, l'occupation allemande elle-même était illicite comme étant le corollaire d'une guerre d'agression condamnée en tant que telle par le Tribunal de Nuremberg — et pourtant, les tribunaux n'ont jamais hésité à reconnaître l'effet libératoire, pour des particuliers, des commandements illégitimes de l'occupant (122). De même, il a été décidé que le fait qu'un acte étatique soit intervenu en violation des stipulations d'un traité international n'est pas de nature à lui enlever son caractère de force majeure (123).

(120) V. les textes conventionnels cités *supra* n° 113, note 2. Pour l'affirmation de l'illicéité de la piraterie *jure gentium*, v. C.P.J.I. 7 septembre 1927, précit., p. 70 (op. diss. Moore) ; *United States v. Smith*, 5 Wheat. (18 U.S.) 153 (1820) ; *In re Piracy Jure Gentium* [1934] A.C. 586, P.C. ; *Oppenheim's International Law*, vol. I, 9^e éd. par R.Y. Jennings et A.D. Watts, Londres, 1992, § 299 ; comp. les « Draft Convention and Comment on Piracy, Prepared by the Research in International Law of Harvard Law School », 26 A.J.I.L. Supplement 747 (1932) ; mais pour une approche très critique du droit international de la piraterie, v. A. Rubin, *The Law of Piracy (U.S. Naval War College International Law Studies*, vol. 63), Newport, R.I., 1988, spéc. p. 337 et s.

(121) La référence à l'ordre public du for, plutôt qu'au droit international, correspond à une tendance constante des juridictions françaises : cf. P. Weil, « Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité internationale des actes des Etats étrangers », A.F.D.I. 1977. 9, 22-23.

(122) V. la jurisprudence citée *supra*, n°s 65 et 68, et spécialement, pour des décisions affirmant à la fois l'illicéité internationale d'un acte de l'occupant et son caractère de force majeure : Cons. guerre Verviers 5 avril 1945, J.T. 1945. 355 ; Trib. arr. Luxembourg 4 décembre 1946, Pas. lux. 14. 237 ; 5 mars 1947, Pas. lux. 14. 289. Un arrêt de la Cour Suprême de Pologne du 13 avril 1948 (24 I.L.R. 941) a déduit du jugement de Nuremberg l'illégalité de tous les actes des autorités d'occupation, même s'ils n'étaient pas intrinsèquement contraires au droit international ; mais il s'agit d'une position isolée (cf. I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963, p. 406 et s.).

(123) cf. la sentence de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce extérieur polonaise du 11 février 1958, Y.B.C.A. 6 (1981) 147, 148.

185. Une observation peut être ajoutée à propos, spécifiquement, de « l'ordre émanant d'un Etat qui a dépassé sa compétence ». Il s'agit nécessairement d'un ordre extraterritorial, un Etat ayant toujours compétence pour réglementer les faits qui se déroulent sur son territoire. Or nous avons vu qu'une norme extraterritoriale peut parfois être libératoire (124). Et qu'est-ce qui distingue l'ordre d'un Etat qui a dépassé sa compétence de l'ordre extraterritorial d'un Etat qui exerce légitimement sa compétence personnelle à l'égard de ses nationaux ? La seule méconnaissance du droit international — qui, elle, est précisément inopérante.

Cette solution se dégage d'ailleurs implicitement, à propos d'une hypothèse particulière — celle de la compétence *ratione materiae* des autorités d'occupation sur le territoire de l'Etat occupé — de la jurisprudence prenant en considération, comme force majeure, les effets de certains règlements par lesquels les autorités allemandes avaient manifestement excédé les compétences reconnues à un occupant par le droit de la guerre (125). Plus récemment, dans une affaire de saisie-arrêt, la Chambre des Lords a eu l'occasion d'appliquer une règle spéciale de prise en considération de décisions judiciaires étrangères — qui permet au tiers-saisi de refuser un paiement en Angleterre entre les mains du créancier saisissant, s'il risque d'être condamné par un tribunal étranger à payer la même somme entre les mains du débiteur saisi (126) — dans un cas où il était clair que le tribunal étranger (une juridiction de l'Etat de R'As al-Kaïmah, émirat de la côte des Pirates) avait usurpé sa compétence internationale dans le seul but de permettre à une émanation de l'Etat étranger d'échapper à l'exécution, par voie de saisie-arrêt, d'une sentence arbitrale (127) rendue contre elle. Ayant obtenu, au R'As al-Khaïmah, un jugement de condamnation à l'encontre de la société tierce-saisie en Angleterre, les responsables de l'Etat étranger avaient démontré leur détermination de l'exécuter en saisissant, tout à fait arbitrairement, dans un port de l'émirat, un navire affrété par le groupe de sociétés dont faisait partie la tierce-saisie. Une exécution du jugement, dans d'autres Etats du Golfe Persique, à l'encontre de la tierce-saisie elle-même n'était pas exclue. Dans ces circonstances, les juges anglais ont estimé que la protection du tiers-saisi devait prévaloir sur le principe de la non-reconnaissance des jugements étrangers rendus en dehors de toute compétence internationale (128).

Il ne semble pas possible, dès lors, d'approuver la motivation de la décision rendue, dans l'affaire *Sensor*, par le Président du Tribunal d'arrondissement de La

(124) *Supra*, n^{os} 166 et s.

(125) cf. la jurisprudence polonaise et luxembourgeoise citée *supra*, n^o 65. Pour la définition des pouvoirs de l'occupant, v. *supra*, n^{os} 153 et s.

(126) Sur cette règle, v. aussi *infra*, n^o 195.

(127) Sentence C.C.I. rendue en l'affaire n^o 3572 en 1982, Y.B.C.A. 14 (1989) 111.

(128) « *However irregularly, he will, as a result of the order being made absolute, be compelled to pay the same debt twice over and it sweetens the pill not at all to be told that one such payment has been irregularly extracted from him* » : *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrergesellschaft m.b.H. v. R'As al-Khaïmah National Oil Co. and Shell International Petroleum Co. Ltd. (No. 2)* [1990] 1 A.C. 295, 343, per Lord Oliver of Aylmerton. L'arrêt réforme une décision de la *Court of Appeal* ([1988] 1 Lloyd's Rep. 164) qui avait estimé que l'irrégularité du jugement étranger empêchait en l'occurrence le juge anglais d'en tenir compte.

Haye (129) : pour rejeter l'exception de force majeure qu'une filiale néerlandaise d'une société américaine entendait tirer de l'embargo décrété par l'administration américaine à l'encontre du « gazoduc euro-sibérien », le jugement se borne à analyser les titres de compétence internationale sur lesquels pouvait se fonder la réglementation américaine, à considérer que les Etats-Unis avaient excédé leur compétence et à en déduire lapidairement : « 7.4. Dans ces conditions, le régime de juridiction ne saurait avoir pour effet que le juge néerlandais tienne compte de l'embargo américain ». Le jugement s'abstient d'expliquer en quoi l'excès de compétence commis par le pouvoir réglementaire américain rendait moins appréciables les sanctions administratives et pénales que pouvaient encourir la société et ses dirigeants. Il y a là, pour le moins, une insuffisance de motifs, sinon un refus pur et simple de répondre aux conclusions de la défenderesse ; si l'auteur du jugement a pensé (peut-être à juste titre) que les autorités américaines s'abstiendraient de punir une livraison par une société néerlandaise aux Pays-Bas sur ordre du juge néerlandais, il aurait dû le dire (130). Pas plus qu'une autre violation du droit international, un excès de compétence n'est en lui-même une raison de réputer inexistante une norme prohibitive étrangère.

*

186. La conclusion qu'il convient de tirer de ce qui précède est que — du point de vue de la protection du débiteur — l'effectivité du fait du prince est la condition à la fois *nécessaire et suffisante* de sa prise en considération. Elle évince entièrement le critère rival que pourrait être la légitimité de l'ordre du souverain étranger — de même que la norme prohibitive prise en considération prévaut en fait, par son effectivité supérieure, sur la loi désignée comme compétente par la règle du conflit du for.

Le rôle prééminent ainsi donné à l'effectivité brute de la norme étrangère ne doit ni surprendre, ni choquer. La prise en considération des situations de fait, même pour leur reconnaître des effets qui s'écartent d'une stricte application des règles juridiques normalement applicables, est une nécessité qui se retrouve sous de multiples aspects, en droit privé (131) et même en droit public (132). Elle a une

(129) 17 septembre 1982, R. 1983. 473 ; *RabelsZ* 1983. 141.

(130) Sur l'issue du conflit autour du gazoduc, v. *supra*, n^o 170. Pour une vigoureuse critique de la décision de La Haye, v. Th. M. de Boer/R. Kötting, « Der niederländische Richter und das US-Gasröhren-Embargo », *IPRax* 1984. 108, et pour sa justification, v. — outre le commentaire de M. Audit, cité *supra*, note 111 — la très discutée note de M. J. Basedow, « Das amerikanische Pipeline-Embargo vor Gericht », *RabelsZ* 1983. 147, not. p. 156.

(131) cf. L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, 1990, et du même auteur « Le fait », *Arch. phil. dr.* 35 (1990) 143 (p. 158 : « Les situations de fait peuvent donc se définir par un double critère : ce sont des situations irrégulières auxquelles sont attachés certains des effets des situations de droit correspondantes ») ; pour une comparaison entre la notion civiliste de la possession et les principes de la territorialité et de l'effectivité caractérisant, selon l'auteur, le statut du droit public étranger devant le juge du for, v. G. Kegel, « Von wilden Tieren, zerstreuten Leuten und versunkenen Schiffen. Zum

importance particulière en matière internationale, où l'intérêt légitime des personnes privées exigera bien souvent que l'on apprécie la validité de leurs actes par rapport à la loi qui s'impose en fait à eux, sans que le critère de la reconnaissance diplomatique — ou même de la légitimité internationale — du pouvoir dont émane cette loi puisse avoir, à leur égard, une incidence déterminante (133). Les différentes techniques du droit international privé permettent, quant à elles, à des degrés divers de tenir compte de l'effectivité des normes étrangères : l'idée se retrouve déjà, dans un certain sens, à la base de la technique des conflits de lois elle-même, puisque l'application des lois étrangères se justifie essentiellement par la considération que la loi étrangère entretient, dans certains cas, avec la cause et les parties une relation plus réelle et plus étroite que la loi du for (134). L'atténuation des exigences de l'ordre public du for dans la reconnaissance des situations acquises à l'étranger

Verhältnis von Besitz und Eigentum beweglicher Sachen », *Festschrift Ernst von Caemmerer*, Tübingen, 1978, p. 149, 168.

(132) V., en droit public français, sur la validité des actes des « fonctionnaires de fait » et « autorités de fait », E. Jouve, « Recherches sur la notion d'apparence en droit administratif français », R.D.P. 1968. 263 ; mais surtout, autour de l'idée de « force normative des faits » et à propos de la légitimité à reconnaître à des régimes issus de coups d'Etat ou de révolutions, la doctrine et la jurisprudence (en particulier celle des tribunaux du Tiers Monde anglophone) analysées par F. Münch, « La force normative des faits », *Mélanges Miaja de la Muela*, Madrid, 1979, p. 251 et s. ; v. aussi, à propos de la déclaration unilatérale d'indépendance de la Rhodésie en 1965, *Madzimbamuto v. Lardner-Burke* [1969] 1 A.C. 645, P.C. ; et plus récemment R.N. Kiwanuka, « On Revolution and Legality in Fiji » (1988) 37 I.C.L.Q. 961. — Pour l'origine de la théorie de la « force normative des faits », v. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3^e éd., Berlin, 1914, p. 338 et s.

(133) cf. Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, t. I, 8^e éd., 1993, n^o 256, à propos de l'application des lois d'un Etat non reconnu ; *adde*, d'une manière plus générale, W. Wengler, « Fragen der Faktizität und Legitimität bei der Anwendung fremden Rechts », *Festschrift Hans Lewald*, Bâle, 1953, p. 615 et s. ; J. Verhoeven, « Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un Etat, d'un gouvernement ou d'une situation », R.C.A.D.I. 1985-III. 9. — V., en ce sens qu'il convient de reconnaître la validité des actes de la vie civile accomplis par les habitants d'un territoire donné, nonobstant une contestation de la légitimité des autorités publiques, la motivation concordante de Req. 6 avril 1826, S. chron. 1825-1827. 1. 312 et 16 mai 1841, *Jurispr. gén.*, v^o Lois, n^o 102 (à propos de l'occupation de la Corse par les Anglais) ; de *Texas v. White*, 7 Wall. (74 U.S.) 700 (1868) (à propos de la sécession des Etats sudistes) ; de C.I.J., avis consultatif du 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, Rec., p. 16, 56 ; et de *Hesperides Hotels Ltd. v. Aegean Turkish Holidays Ltd.* [1978] Q.B. 205, 218, *per* Lord Denning M.R. (à propos de l'Etat turc autonome proclamé dans le nord de Chypre ; *obiter dictum*).

(134) cf. le *Cours général* de M. P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », R.C.A.D.I. 1986-I. 9. — On a proposé d'aller plus loin, dans des cas appropriés : adoption, par le for, du « point de vue » (y compris les règles de conflit et autres techniques de droit international privé) d'un ordre juridique étranger dans l'appréciation d'une situation, si c'est la reconnaissance de cette situation par les autorités étrangères qui a une importance déterminante (P. Picone, « La méthode de référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », R.C.A.D.I. 1986-II. 229) ; mise à l'écart complète du système de conflit du for « à l'égard de situations qui se sont établies à l'étranger, s'y sont développées et y ont épuisé leurs effets, alors qu'elles ne présentaient aucune attache quelconque avec le for » (Paris 19 mars 1965, J.D.I. 1966. 117, note Goldman ; R. 1967. 85, note Lagarde, dans la première affaire *Banque Ottomane* ; *contra*, dans la seconde affaire, Paris 3 octobre 1984, R. 1985. 527, note Synvet ; J.D.I. 1986. 156, note Goldman).

témoigne de la même idée (135). L'exclusion totale du contrôle par rapport à l'ordre public ou même par rapport au droit international, lorsque la situation normative existant à l'étranger est prise en considération comme fait du prince, s'inscrit tout à fait dans la même logique.

*

187. Ceci dit, la prise en considération du fait du prince étranger ne se borne pas à la constatation de ce qu'une norme étrangère met effectivement obstacle à l'exécution d'une obligation ; elle en déduit les conséquences juridiques à partir des effets normalement reconnus à l'impossibilité d'exécution ou à la force majeure. Ce sont les règles de la force majeure qui définissent également les modalités de l'effet libératoire du fait du prince. Comme nous le verrons à présent, il ne suffit jamais de constater l'existence d'une intervention étatique pour en déduire l'extinction de l'obligation : les règles du droit commun (adaptées à la situation particulière que fait naître l'intervention étatique dans l'exécution de l'obligation) conditionnent et limitent la libération du débiteur, même en présence d'un fait du prince dûment constaté.

(135) cf. Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, n^o 361. — V. en faveur d'une espèce d'« effet nul » de l'ordre public (B. Goldman, note précit., J.D.I. 1986, p. 168) à propos d'« une situation juridique qui s'est valablement formée à l'étranger, entre étrangers en vertu d'une loi étrangère et qui a épuisé ses effets à l'étranger », Paris 19 mars 1965, précit. (moins formellement désavoué, sur ce point, par l'arrêt du 3 octobre 1984, qui écarte la référence à l'« ordre public français » au profit d'« un ordre public, sinon universel, du moins commun aux divers ordres juridiques qui protègent les intérêts des personnes associées à la vie des sociétés de capitaux »).

TITRE III

**LES MODALITÉS DE L'EFFET LIBÉRATOIRE
DU FAIT DU PRINCE ÉTRANGER**

188. Il ne suffit pas au débiteur, qui entend s'exonérer en invoquant le fait du prince, de démontrer l'existence d'une intervention de la puissance publique étrangère dans l'exécution de son obligation ; certes, il lui est impossible d'accomplir un acte interdit par la loi étrangère, mais un événement même irrésistible n'entraîne la libération du débiteur que si certaines conditions, objectives et subjectives, sont réunies. Ces conditions n'ont rien de particulier ; ce sont celles, générales, de la libération du débiteur par la force majeure. Mais il s'agit ici d'examiner l'application de ces règles générales au cas spécial de la contrainte étatique ; outre l'intérêt que peuvent présenter en elles-mêmes certaines questions auxquelles donne lieu la mise en oeuvre concrète de la théorie du fait du prince étranger dans des hypothèses-limites, cet examen est, nous semble-t-il, de nature à faire ressortir les mérites réels de l'approche adoptée par les tribunaux à l'égard des effets de la contrainte publique sur les relations juridiques entre particuliers (1). L'application des règles de droit matériel et la référence à la notion de force majeure permettent d'obtenir des résultats d'autant plus satisfaisants que les situations auxquelles les tribunaux sont confrontés se caractérisent — en matière contractuelle surtout — par leur diversité.

Les conditions de la libération du débiteur par le fait du prince peuvent être regroupées en deux catégories : des conditions objectives d'abord, qui tiennent essentiellement à l'exigence que le cas de force majeure invoqué ait réellement rendu impossible l'exécution de l'obligation assumée par le débiteur (Chapitre I) ; des conditions subjectives ensuite, qui permettent de déterminer la partie à laquelle doit incomber en définitive la charge des conséquences de l'intervention étatique (Chapitre II).

(1) Il en va d'ailleurs de même de l'étude (cf. *supra*, n° 27) de certains aspects spécifiques de l'incidence du fait du prince étranger sur le contrat.

CHAPITRE I

LE RESPECT DES CONDITIONS OBJECTIVES DE LA LIBÉRATION DU DÉBITEUR PAR LE FAIT DU PRINCE

189. Pas plus qu'un autre événement irrésistible en lui-même, le fait du prince étranger n'entraîne toujours et automatiquement une véritable impossibilité d'exécution de l'obligation. Nous aurons l'occasion de le constater en premier lieu à propos de l'exemple particulier (et aussi particulièrement important en pratique) que sont les obligations monétaires, qui résistent à l'exception de force majeure au point que l'on a pu parler, à leur propos, d'obligations « indestructibles » (Sect. I). Ensuite, nous verrons que même si l'exécution de l'obligation, telle qu'elle avait été initialement envisagée, est réellement devenue impossible, il peut subsister des modes alternatifs d'exécution et que le débiteur peut être tenu d'y avoir recours (Sect. II).

SECTION I

L'« INDESTRUCTIBILITÉ » DES OBLIGATIONS MONÉTAIRES

190. Un régime juridique spécifique est traditionnellement reconnu aux obligations ayant pour objet une somme d'argent. Comme la monnaie est parfaitement fongible, elle ne peut pas disparaître par cas fortuit, quel que soit le sort du patrimoine du débiteur ; on en déduit qu'une impossibilité objective d'exécution est, en matière monétaire, inconcevable (1) : les obligations monétaires sont, selon l'expression d'un auteur, « indestructibles » (2). La situation financière du débiteur est normalement considérée comme indifférente ; un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation a certes estimé que l'état de chômage du débiteur pouvait être « un événement de nature à l'empêcher d'exécuter ses obligations » (3), mais cet arrêt hétérodoxe a contre lui le poids de la tradition qui veut que des difficultés financières ne puissent ni libérer le débiteur de son obligation de payer, ni même l'exonérer de son obligation de verser des dommages-intérêts moratoires compensant la perte subie par son créancier du fait d'un retard dans le paiement (4).

Ces règles valent évidemment aussi en matière internationale et s'appliquent quelle que soit la cause de l'impossibilité d'exécution alléguée, qui sera en fait fréquemment une intervention des autorités publiques de l'Etat de résidence de débiteur : que celle-ci n'ait aucun effet libératoire lorsqu'elle ne fait que supprimer

une source de financement des travaux prévus au contrat (5) ou un système avantageux (puisque subventionné par l'Etat) d'obtention de devises (6) est relativement évident ; mais nous savons également qu'une réglementation des changes, interdisant avec effet extraterritorial au débiteur de procéder au paiement, ne sera pas reconnue par les tribunaux du lieu de paiement comme constituant un cas de force majeure, puisque le créancier pourra poursuivre l'exécution forcée d'un jugement obtenu, en saisissant les biens détenus par le débiteur en dehors de son pays de résidence (7). La question ne pourrait être discutée que s'il était établi que le débiteur ne possède pas de biens en dehors de ce pays ; mais même dans ce cas, le créancier pourra légitimement vouloir obtenir un titre qui lui permette de procéder le cas échéant, ultérieurement, à l'exécution (8), et il n'est pas exclu que, conformément au droit commun des obligations monétaires, le débiteur doive assumer les risques de cet aspect particulier de sa situation financière (9). Les tribunaux ne sont de même pas enclins à admettre que les garants ou cautions d'un débiteur étranger puissent se prévaloir de l'interdiction de paiement faite à celui-ci par la législation de son pays et se soustraire ainsi à leurs propres obligations (10).

Ceci dit, nous avons vu que même en matière monétaire, le débiteur ne peut en aucun cas être contraint à accomplir à l'étranger un acte illégal au regard de la loi locale : de ce point de vue, l'exécution d'une obligation monétaire peut être empêchée par la force majeure, comme l'illustre parfaitement l'affaire *Ralli* (11). En

(5) cf. la sentence arbitrale préliminaire sur la force majeure, rendue en 1971 dans l'affaire C.C.I. n° 1703, J.D.I. 1974. 894.

(6) cf. *Bank of America v. Envasos Venezolanos, S.A.*, 740 F. Supp. 260 (S.D.N.Y. 1990), confirmé 923 F.2d 843 (2d Cir. 1990) ; v. aussi le commentaire de C. Eberoth/S. Stolten, « Der Schutz vertraglicher Darlehensrückzahlungsansprüche am Finanzplatz New York », RIW 1991. 269.

(7) *Supra*, n° 172.

(8) cf. *Weston Banking Corp. v. Turkiye Garanti Bankasi S.A.*, 446 N.Y.S.2d 67, 69 (App. Div. 1982) (« the inability of defendant to pay ... goes to the enforceability of the judgment, not to whether a judgment should be entered »), confirmé 456 N.Y.S.2d 684 (Ct. App. 1982) ; *Allied Bank International v. Banco Credito Agricola de Cartago*, 757 F.2d 516, 522-523 (2d Cir. 1985).

(9) L'exonération du débiteur ne possédant pas de biens en dehors de son pays de résidence a été admise, à propos du contrôle des changes hongrois, par un arrêt de la Cour Suprême d'Autriche : OGH 25 septembre 1934, J.D.I. 1935. 191 ; RabelsZ 1935. 781, obs. critiques Wahle ; mais ce point de vue a été abandonné par la Cour dans un arrêt ultérieur : OGH 10 décembre 1935, JBI 1936. 232 ; RabelsZ 1936. 398 ; J.D.I. 1937. 333, qui estime qu'il s'agit d'une « impossibilité d'exécution purement subjective », dont le débiteur est responsable. Comp., en faveur de l'exonération du débiteur, F. Gianviti, « Le contrôle des changes étranger devant le juge national », R. 1980. 479, 697.

(10) cf. Com. 18 avril 1989, Bull. civ. IV, n° 116 ; Rev. dr. banc. bourse 1990. 206, obs. Bloch, cassant Paris 22 mai 1986, D. 1987 Somm. 295, obs. critiques Vasseur ; en Suisse TF 18 septembre 1934, ATF 60 II 294 ; et aussi une sentence arbitrale belge *ad hoc* du 23 mai 1981, publiée in J.T. 1983. 727, 729, note Ekelmans ; *addé* F.A. Mann, *op. cit.*, p. 413-415. — V. cep. en ce sens qu'en raison du caractère accessoire de l'engagement de la caution, celle-ci est libérée lorsque le débiteur principal l'est aussi — ce qui serait, selon l'auteur, le cas d'un débiteur ne possédant pas de biens en dehors du pays imposant les restrictions de transfert — H. Rüßmann, « Auslandskredite, Transfervorbote und Bürgschaftssicherung », WM 1983. 1126 ; *contra* : W. Kühn/G. Rotthege, « Inanspruchnahme des deutschen Bürgen bei Devisensperren im Lande des Schuldners », NJW 1983. 1233.

(11) *Ralli Brothers v. Compañía Naviera Sota y Aznar* [1920] 2 K.B. 287, C.A., *supra*, n° 38 ; v. aussi, pour l'effet libératoire du contrôle des changes territorial, LG Hambourg 19 juin 1980, IPRax

(1) Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., t. VII, 1954, n° 839 ; J. Radouant, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Force majeure* (1^{re} éd., 1952), n° 29 ; H. de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 1^{re} partie, 3^e éd., Bruxelles, 1964, n° 605 B ; F.A. Mann, *The Legal Aspect of Money*, 5^e éd., Oxford, 1992, p. 68-69. — La règle relative aux obligations monétaires est parfois présentée comme un corollaire de l'adage « *genera non pereunt* », applicable aux choses fongibles en général ; cf. *infra*, n° 199.

(2) A. Nussbaum, *Money in the Law National and International*, 2^e éd., Brooklyn, 1950, p. 144.

(3) Civ. 3^e 19 avril 1972, D. 1973. 205, note Souleau ; Rev. trim. dr. civ. 1973. 581, obs. critiques Durry ; v. aussi, sur renvoi, Orléans 25 octobre 1973, D. 1974. 66, note Souleau, confirmé par Civ. 3^e 10 avril 1975, Bull. civ. III, n° 115 ; Rev. trim. dr. civ. 1976. 151, obs. Durry.

(4) G. Sousi, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », Rev. trim. dr. civ. 1982. 514, n°s 11 et s. ; 50 et s. Toutefois, il paraît possible d'attribuer un effet exonératoire partiel (affranchissant le débiteur de sa responsabilité contractuelle sans pour autant éteindre son obligation de paiement) à des circonstances objectives, étrangères à la situation financière personnelle du débiteur, rendant impossible la réalisation d'un paiement ponctuel selon les modalités techniques prévues par le contrat : v. en ce sens, écartant l'application de l'adage « *genera non pereunt* » dans une situation où il était allégué que des troubles révolutionnaires avaient entraîné la « fermeture de toutes les banques du pays » dans lequel s'exécutait le contrat, la sentence arbitrale *ad hoc* rendue à Genève en 1990, publiée in Bulletin ASA 1991. 205, 218-219.

réalité cependant, l'hypothèse d'une interdiction de paiement en vigueur au lieu de paiement est étrangère au principe de l'« indestructibilité » des obligations monétaires : elle vise la légalité du fait même de payer, non les ressources dont dispose le débiteur pour payer. En ce qui concerne ces dernières, le fait du prince étranger ne peut être utilement invoqué, comme nous le constaterons en examinant le problème de l'expropriation subie à l'étranger par le débiteur (§ 1). Lorsque c'est le risque d'un double paiement que fait valoir le débiteur, l'attitude des tribunaux est parfois moins ferme : mais nous verrons que ces situations particulières ne relèvent pas à proprement parler de l'idée d'une libération du débiteur par la force majeure (§ 2).

§ 1. — L'expropriation subie par le débiteur à l'étranger

191. Les nationalisations algériennes ont donné lieu, devant les tribunaux français, à un abondant contentieux opposant à leurs créanciers (le plus souvent des établissements de crédit) des Français rapatriés d'Algérie, qui y avaient perdu les biens — exploitations agricoles ou entreprises industrielles — pour le financement desquels ils avaient contracté les dettes dont le paiement était poursuivi (12). Leur principal argument était tiré de l'extinction de leurs obligations par novation, le passif de leurs exploitations ou entreprises ayant, selon eux, été transféré — par application des lois et décrets intervenus en Algérie — à l'Etat nationalisateur ou aux organismes attributaires des biens expropriés. Sur ce point, l'interprétation des textes algériens s'était avérée difficile ; en fait, la solution adoptée par la Cour de cassation la rendit superflue : la Cour décida que les nationalisations algériennes, intervenues sans indemnisation des expropriés, étaient contraires à l'ordre public français. Dès lors, et quelle qu'ait été l'intention exacte du législateur algérien, il ne pouvait être question de novation : « aucun effet de droit ne peut être reconnu en France à une dépossession opérée par un Etat étranger sans qu'une indemnité

1981. 174, avec note B. v. Hoffmann (« Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht bei Fremdwährungsforderungen ») p. 155 ; comp. RG 15 mars 1918, DJZ 1918. 449 ; *Seligman Bros. v. Brown, Shipley & Co.* (1916) 32 T.L.R. 549, 552 ; Trib. com. Seine 22 janvier 1942, Nouvelle Revue 1943. 77 (« Le débiteur ne pourrait invoquer la force majeure que si les sommes dues se trouvaient déjà immobilisées au lieu de paiement ») ; et en ce sens que lorsque le contrat prévoit expressément un *transfert* de fonds du Chili à Paris, le Chili est du moins en partie un lieu d'exécution nécessaire, et le contrôle des changes chilien doit être pris en considération : *St. Pierre v. South American Stores (Gath et Chaves), Ltd.* [1937] 1 All E.R. 206, 215, confirmé [1937] 3 All E.R. 349, C.A. ; cf. également les motifs de Civ. 1^{re} 18 juin 1969, J.C.P. 1969. II. 16131, note P.L. ; R. 1970. 464, note Drakidis (transfert — illicite — de fonds d'Algérie en France).

(12) cf. P. Chardenon, « Dettes des rapatriés et nationalisations algériennes », J.D.I. 1967. 290 ; Y. Loussouarn, « Le sort du passif des entreprises françaises victimes des mesures de dépossession algériennes », J.C.P. 1968. I. 2140 ; F. Givord, « Les dettes des rapatriés, le droit et l'équité », D. 1968 chr. 15 ; A. Toubiana, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, 1972, n^{os} 346 et s. ; F. Boulanger, *Les nationalisations en droit international privé comparé*, 1975, p. 149 et s.

équitable soit préalablement fixée » (13). Les rapatriés restaient tenus de leurs dettes.

Mais à les supposer toujours obligés, les débiteurs ne pouvaient-ils pas faire valoir que la nationalisation de leurs biens, conforme ou non à l'ordre public français, avait été pour ceux qui l'avaient subie un cas de force majeure libératoire ? L'argument a parfois été accueilli par les juges du fond — l'idée de force majeure voilant à peine les considérations d'équité sous-jacentes (14). Juridiquement, il était indéfendable. Le principe de l'unité du patrimoine s'y oppose ; comme l'indique l'article 2092 du Code civil, « quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». Il importe peu, dès lors, qu'une partie de son patrimoine lui ait été soustraite par un événement de force majeure. C'est effectivement sur l'article 2092 qu'a été fondé le rejet des prétentions des rapatriés par la Cour de cassation (15) et déjà par la majorité des juridictions du fond (16). Un arrêt de la Cour de Paris a même précisé que « s'agissant d'une dette d'argent parfaitement liquide et exigible, l'impossibilité de régler, pour un commerçant, se nomme la faillite » (17). C'est effectivement là un corollaire logique de l'idée d'« indestructibilité » des obligations monétaires.

Les mêmes principes ont été appliqués par les juridictions françaises à propos d'autres nationalisations, qu'il s'agisse de litiges issus de la décolonisation (18) ou de la révolution soviétique (19). Ils se retrouvent également dans la jurisprudence d'autres pays (20).

192. Les nationalisations soviétiques ont donné aux tribunaux l'occasion de faire application des règles spécifiques aux obligations monétaires dans un contexte légèrement différent du simple recouvrement d'une créance commerciale détenue

(13) Civ. 1^{re} 23 avril 1969, plusieurs arrêts, J.C.P. 1969. II. 15897, concl. Blondeau ; D. 1969. 341, concl. Blondeau ; R. 1969. 717, note Schaeffer ; J.D.I. 1969. 912, note Chardenon ; *adde* Y. Loussouarn, « Du caractère confiscatoire des mesures prises par l'Etat algérien à l'encontre des entreprises françaises », D. 1969 chr. 241.

(14) Trib. com. Seine 18 novembre 1964, Gaz. Pal. 1965. 2. 241 ; Trib. com. Lille 5 juillet 1965, J.D.I. 1966. 357, note Bredin ; Lyon 2 mars 1966, Gaz. Pal. 1966. 1. 353 (« circonstances particulières et exceptionnelles de l'espèce »).

(15) Civ. 1^{re} 23 avril 1969, précit.

(16) Aix 19 mai 1965, Grenoble 29 avril 1965 et Trib. com. Nantes 28 juin 1965, D. 1966. 11 ; Aix 24 janvier 1966, Gaz. Pal. 1966. 1. 263, 2^e esp., note Sarraute ; Toulouse 24 janvier 1966, trois arrêts, D. 1966. 609, concl. Bec ; Agen 22 juin 1965 et Aix 8 juin 1965, Gaz. Pal. 1966. 1. 24 ; Paris 6 janvier 1967, J.C.P. 1967. II. 15241 ; 17 janvier 1967, J.C.P. 1967. II. 15032, concl. Seltensperger.

(17) Paris 10 juillet 1965, R. 1966. 63, 65, note H.B.

(18) Civ. 1^{re} 23 octobre 1963, J.C.P. 1963. II. 13434, 1^{re} esp., note Level (nationalisation égyptienne) ; 23 janvier 1973, Bull. civ. I, n^o 31 (nationalisation marocaine).

(19) Trib. civ. Seine 25 mars 1927, J.D.I. 1927. 1066, 3^e esp. ; Paris 23 avril 1931, J.D.I. 1931. 1116.

(20) V. notamment en jurisprudence américaine, à propos des nationalisations soviétiques, *Sliosberg v. New York Life Insurance Co.*, 155 N.E. 749, 755 (N.Y. 1927) ; à propos des nationalisations cubaines, *Pan-American Life Insurance Co. v. Blanco*, 362 F.2d 167 (5th Cir. 1966) ; en jurisprudence allemande, à propos des nationalisations en Allemagne de l'Est, OLG Brunswick 20 janvier 1948, NJW 1947/48. 425 ; LG Berlin 2 novembre 1951, NJW 1952. 310.

par un créancier à l'égard du débiteur victime d'une expropriation sans indemnité. Il s'agissait de la responsabilité, à l'égard de leurs clients, des banquiers russes qui avaient vu confisquer par le gouvernement soviétique les sommes qui leur avaient été confiées. A première vue, on serait peut-être tenté d'admettre leur exonération par la force majeure, surtout si l'on se rappelle que les tribunaux ont effectivement accepté de déclarer exonérés des dépositaires professionnels de bijoux ou de valeurs mobilières dont la confiscation avait été décrétée par les autorités soviétiques (21). Mais il s'agissait, dans ces cas, de dépôts de corps certains, effectivement susceptibles d'être perdus par suite de la force majeure.

La situation, et la répartition des risques, sont différentes lorsqu'il s'agit d'un dépôt en banque. Considéré comme un dépôt irrégulier ou — plus exactement — comme un simple prêt de consommation, le dépôt d'espèces transfère au banquier la propriété, et les risques, des sommes déposées. Il s'ensuit que la banque n'est pas libérée par la force majeure, et c'est bien ce qui a été jugé, à propos des nationalisations soviétiques, par les tribunaux français (22), de même que par les juridictions new-yorkaises. Ces dernières ont ajouté une argumentation imagée, qui mérite d'être citée puisqu'elle illustre bien les limites, en matière d'obligations monétaires, du recours à l'idée que la nationalisation, contraire à l'ordre public, par un gouvernement non reconnu, a créé pour le banquier une situation de fait insurmontable : comparant cette nationalisation à un vol pur et simple, elle relève que

« ... confiscation by a government to which recognition has been refused has no other effect in law than seizure by bandits or by other lawless bodies » (23).

L'exonération a de même été refusée, plus récemment, par les tribunaux américains aux banques américaines dont les succursales situées à Cuba ou au Vietnam du Sud avaient été nationalisées ; ces arrêts relèvent que contrairement à une filiale située à l'étranger, une succursale n'a pas de personnalité juridique distincte de celle de l'établissement aux Etats-Unis, qui reste tenu de ses dettes nonobstant la confiscation de cette partie de ses avoirs (24).

(21) cf. Trib. com. Seine 9 juillet 1926, D.H. 1926. 431 ; Paris 8 février 1927, J.D.I. 1927. 650 ; 15 février 1933, J.D.I. 1933. 959, note Tager (*supra*, n° 133).

(22) Paris 18 février 1926, J.D.I. 1927. 1061, 2^e esp., qui énonce « qu'il suffit d'ailleurs, pour trancher le litige, d'invoquer l'article 1893 du Code civil, qui dispose qu'en matière de prêt de consommation, c'est pour l'emprunteur que la chose prêtée périt, de quelque manière que cette perte arrive ; que cette formule très large englobe même la confiscation ordonnée par un gouvernement étranger, et que le Crédit Lyonnais n'est pas dégagé de son obligation de restituer » (p. 1064-1065) ; 22 juillet 1929, J.D.I. 1929. 1095, 1^{re} esp., note Picard et Tager ; v. aussi Paris 18 février 1927, D.H. 1927. 260, confirmant par d'autres motifs Trib. com. Seine 25 mai 1925, D.H. 1925. 442 ; Trib. civ. Seine 11 décembre 1924, J.D.I. 1927. 1066, 1^{re} esp. (dépôt irrégulier d'une somme d'argent entre les mains d'un assureur).

(23) *Sokoloff v. National City Bank of New York*, 145 N.E. 917, 918 (N.Y. 1924) (Cardozo J.) ; v. aussi *Sokoloff v. National City Bank of New York*, 164 N.E. 745 (N.Y. 1928) ; *Plesch v. Banque Nationale de la République d'Haïti*, 77 N.Y.S.2d 43, 49 (App. Div. 1948), confirmé 81 N.E.2d 106 (N.Y. 1948) et déjà *Russek v. Angulo*, 236 S.W. 131, 133 (Tex. Civ. App. 1921).

(24) V., à propos des nationalisations cubaines, *Garcia v. Chase Manhattan Bank, N.A.*, 735 F.2d 645, 649 (2d Cir. 1984) (« *As in the case of a bank robbery, the bank itself must bear the consequences* ») ; *Edelmann v. Chase Manhattan Bank, N.A.*, 861 F.2d 1291 (1st Cir. 1988), et

193. Ce sont là les règles du droit commun. Leur application peut, sans conteste, être source de rigueurs et peut-être d'iniquités — même si l'on a pu faire observer, à propos des dettes des rapatriés d'Algérie, que le fait de déclarer libéré le débiteur destinataire de la mesure de nationalisation ferait subir la charge de celle-ci à un tiers (son créancier) *a priori* étranger au sort du patrimoine du débiteur ; ce serait « remplacer un spolié par un autre » (25).

Néanmoins, des considérations d'équité ont parfois amené le législateur à intervenir en dérogeant, au profit des victimes de confiscations étrangères, aux principes admis par les tribunaux. En France, des moratoires ont été accordés par une loi de 1921 aux débiteurs « ayant la totalité ou la majeure partie de leur exploitation en Russie » (26) et par plusieurs textes aux rapatriés d'Algérie, l'exécution des condamnations obtenues contre ceux-ci ayant été retardée jusqu'au moment de l'indemnisation des spoliés (27). Cette indemnisation a incombé, en définitive, à la communauté nationale française ; la solution était sans doute heureuse, mais elle montre aussi à quel point une expropriation étrangère peut soulever des difficultés matérielles et politiques que ne peuvent résoudre les tribunaux.

D'autres initiatives législatives procèdent de l'idée que dans le conflit d'intérêts entre le créancier d'une somme d'argent et son débiteur, victime des actes d'une puissance publique étrangère, il convient de favoriser le débiteur ; tel est le cas, au profit des banques établies à New York, de la section 138 du *New York Banking*

vietnamiennes : *Vishipco Line v. Chase Manhattan Bank, N.A.*, 660 F.2d 854 (2d Cir. 1981) ; *Trinh v. Citibank, N.A.*, 850 F.2d 1164 (6th Cir. 1988). Mais v. *infra*, n° 279, sur l'influence parfois perturbatrice de la théorie de l'*Act of State* appliquée à ce type d'affaires.

(25) Blondeau, concl. sur Civ. 1^{re} 23 avril 1969, précit. ; comp. Paris 6 janvier 1967, précit. : « en décider autrement aurait pour conséquence de créer une catégorie nouvelle de spoliés, les créanciers qui perdraient leurs droits ».

(26) Loi du 12 janvier 1921 permettant aux sociétés et aux individus ayant leur exploitation en Russie, d'obtenir des délais pour l'exécution de leurs engagements, J.O. du 15 janvier 1921. Sur la portée de cette législation, v. Req. 28 février 1939, S. 1939. 1. 161, rapport Dumas, note Roubier (il s'agit de « mesures facultatives et individuelles » à ordonner par les tribunaux, ne pouvant être invoquées par les cautions des débiteurs).

(27) V. d'abord les lois n° 63-1218 du 11 décembre 1963 « instituant des mesures de protection juridique en faveur des Français rapatriés » (J.O. du 12 décembre 1963) et n° 66-485 du 6 juillet 1966 (J.O. du 7 juillet 1966), qui ne font qu'autoriser des mesures individuelles de protection judiciaire ; mais ensuite la loi générale de moratoire n° 69-992 du 6 novembre 1969 « instituant des mesures de protection juridique en faveur des rapatriés et des personnes dépossédées de leurs biens outre-mer » (J.O. du 7 novembre 1969) ; comp. sur cette loi le commentaire de H. Blin, J.C.P. 1970. I. 2293 (qui relève le rôle catalyseur qu'ont joué, dans le vote de la loi, les arrêts de la Cour de cassation du 23 avril 1969 : n° 5) ainsi que Paris 3 mars 1970, J.C.P. 1970. II. 16330, concl. Barnicaud. Les dispositions de moratoire ont été reformulées par les articles 49 et suivants de la loi n° 70-632 du 15 juillet 1970 « relative à une contribution nationale à l'indemnisation des Français dépossédés de biens situés dans un territoire antérieurement placé sous la souveraineté, le protectorat ou la tutelle de la France » (J.O. du 17 juillet 1970), l'article 68 de la loi n° 74-1129 du 30 décembre 1974 (loi de finances pour 1975 : J.O. du 31 décembre 1974), les articles 5 et 18 de la loi n° 78-1 du 2 janvier 1978 (J.O. du 3 janvier 1978) et l'article 11 de la loi n° 87-549 du 16 juillet 1987 (J.O. du 19 juillet 1987).

Law (28), et au profit des cautions suisses de débiteurs étrangers, de l'article 501, alinéa 4 du Code des obligations suisse (29). Quelle que soit l'opportunité (ou l'inopportunité) de pareilles interventions législatives, elles sont radicalement étrangères au droit commun, qui prévoit la solution inverse dans ce conflit d'intérêts.

Du moins est-ce là une description du droit commun tel que l'entendent les tribunaux en matière d'expropriation des avoirs du débiteur. Elle doit être nuancée dans les situations où résulte, de la combinaison d'une intervention des autorités

(28) Le texte de cette section, dont la première version date de 1937, est le suivant :

« § 138 *Foreign branches ; performance of contracts and repayment of deposits*

1. *Notwithstanding section 1-105 of the uniform commercial code, any bank or trust company or national bank located in this state which in accordance with the provisions of this chapter or otherwise applicable law shall have opened and occupied a branch office or branch offices in any foreign country shall be liable for contracts to be performed at such branch office or offices and for deposits to be repaid at such branch office or offices to no greater extent than a bank, banking corporation or other organization or association for banking purposes organized and existing under the laws of such foreign country would be liable under its laws. The laws of such foreign country for the purpose of this section shall be deemed to include all acts, decrees, regulations and orders promulgated or enforced by a dominant authority asserting governmental, military or police power of any kind at the place where any such branch office is located, whether or not such dominant authority be recognized as a de facto or de jure government.*

2. *Notwithstanding section 1-105 of the uniform commercial code, if by action of any such dominant authority which is not recognized by the United States as the de jure government of the foreign territory concerned, any property situated in or any amount to be received in such foreign territory and carried as an asset of any branch office of such bank or trust company or national bank in such foreign territory is seized, destroyed or cancelled, then the liability of such bank or trust company or national bank for any deposit theretofore received and thereafter to be repaid by it, and for any contract theretofore made and thereafter to be performed by it, at any branch office in such foreign territory shall be reduced pro tanto by the proportion that the value (as shown by the books or other records of such bank or trust company or national bank at the time of such seizure, destruction or cancellation) of such assets bears to the aggregate of all the deposit and contract liabilities of the branch office or offices of such bank or trust company or national bank in such foreign territory, as shown at such time by the books or other records of such bank or trust company or national bank. [...] » (McKinney 1990, p. 366-367).*

La référence au cas d'une « *national bank located in this state* » a été ajoutée en 1984, après qu'il eut été jugé que la section 138 ne s'applique pas aux « banques nationales », mais uniquement aux banques new-yorkaises : cf. *Vishipco Line v. Chase Manhattan Bank, N.A.*, 660 F.2d 854, 865 (2d Cir. 1981). Comp., pour une disposition similaire protégeant les intérêts des succursales new-yorkaises de banques étrangères, la section 204-a(3)(a) de la loi (McKinney 1990, p. 497), appliquée dans l'affaire *Trujillo-M v. Bank of Nova Scotia*, 273 N.Y.S.2d 700 (Sup. Ct. 1966). *Addé P. Heininger*, « Liability of U.S. Banks for Deposits Placed in Their Foreign Branches », 11 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 903, 987-1009, 1026-1027 (1979) ; Note, « United States Home Bank Liability for Foreign Branch Deposits » [1989] U. Ill. L. Rev. 735.

(29) « Si le débiteur est domicilié à l'étranger et se trouve dans l'impossibilité de s'acquitter ou ne peut s'exécuter que partiellement en raison de prescriptions de la loi étrangère, par exemple en matière de trafic de compensation ou d'interdiction de transférer des devises, la caution domiciliée en Suisse peut également invoquer cette loi, à moins qu'elle n'y ait renoncé ». Le texte date de 1941 ; sur ses origines, v. *Oser/Schönenberger, Kommentar zum Obligationenrecht*, 2^e éd. par W. Schönenberger, 3^e partie, Zurich, 1945, p. 1970-1971 ; et v. l'analyse de F. Vischer, *Internationales Vertragsrecht*, 1962, p. 210, note 3.

étrangères et de la demande en paiement formée par le créancier devant le juge du for, un risque de voir le débiteur payer deux fois.

§ 2. — La protection du débiteur contre le risque d'un double paiement

194. La problématique peut être discutée à partir d'un aspect de droit privé des nationalisations algériennes qui a occupé, à plusieurs reprises, la Cour de cassation. Elle s'est présentée comme suit. Comme la Cour avait décidé qu'« aucun effet de droit » ne pouvait être reconnu aux dépossessions subies, dans des conditions contraires à l'ordre public français, par des rapatriés d'Algérie, ceux-ci restaient tenus de leurs dettes ; mais ils restaient aussi, aux yeux des tribunaux français, seuls propriétaires légitimes de leurs biens nationalisés en Algérie. Certains de leurs immeubles avaient été loués, avant les nationalisations, par des locataires (le plus souvent des sociétés françaises) qui continuaient de les occuper après l'entrée en vigueur des textes algériens — tout en payant un loyer non plus aux propriétaires dépossédés, mais à l'Etat algérien, désormais considéré en Algérie comme propriétaire des immeubles loués. Les propriétaires originaires, quant à eux, considéraient que ces paiements leur étaient inopposables et réclamaient devant les tribunaux français le paiement de l'intégralité des loyers convenus.

La solution donnée à ces litiges est connue : puisque les rapatriés sont considérés comme étant restés propriétaires et bailleurs, le loyer leur reste dû (30). Mais les locataires peuvent déduire, des sommes dues aux propriétaires légitimes, celles qu'ils ont été contraints de verser à l'Etat algérien (31). La première proposition découle logiquement de la non-reconnaissance des nationalisations ; la seconde, au demeurant parfaitement équitable, est bien plus difficile à justifier en droit.

Personne n'a été tenté de faire appel à la notion de force majeure pour fonder la libération partielle des locataires ; il n'est effectivement pas contestable que la force majeure subie par les locataires était, en tant que telle, inopérante : elle ne les empêchait en rien de payer une seconde fois entre les mains des propriétaires légitimes des immeubles. La loi algérienne elle-même n'interdisait pas un second paiement. Mais la force majeure étant écartée, quel est, au juste, le fondement de ces arrêts ? La Cour de cassation ne l'a jamais indiqué avec précision. « Attendu »,

(30) cf. Civ. 1^{re} 8 décembre 1970, Bull. civ. I, n° 323 ; 8 mars 1977, Bull. civ. I, n° 116 ; 23 janvier 1979, J.C.P. 1979. II. 19086, concl. Gulphe. Comp. *contra*, à propos de la nationalisation d'un immeuble (dont le locataire était l'Etat français) en Hongrie, la motivation embarrassée de T.G.I. Seine 30 juin 1965, R. 1966. 481, note Schaeffer : le tribunal estime que la confiscation de l'immeuble entraîne sa « perte pour le propriétaire » et donc la résiliation du bail par application de l'art. 1722 C. civ. ; c'est oublier que l'art. 1722 ne vise que le cas où un cas de force majeure prive le locataire de la jouissance de l'immeuble et le dispense donc, corrélativement, de l'obligation de payer le loyer (pour des exemples, v., à propos de l'éviction de locataires par suite de réquisitions en Algérie, Montpellier 27 janvier 1965, Gaz. Pal. 1965. I. 424 ; T.G.I. Seine 16 novembre 1965, Gaz. Pal. 1966. I. 347).

(31) Civ. 3^e 26 février 1970, Bull. civ. III, n° 144 ; Civ. 1^{re} 8 décembre 1970, précit. ; Civ. 3^e 14 février 1973, J.C.P. 1973. IV. 124 ; 14 décembre 1977, Bull. civ. III, n° 447.

énonce-t-elle parfois pour confirmer un arrêt favorable au locataire, « que les juges du fond apprécient souverainement la situation de fait créée par l'application des textes algériens » (32). Cela est sans doute exact, mais ne répond en rien à la question : les juges du fond n'apprécient pas souverainement les conséquences de droit qu'il convient de déduire des faits constatés ! La même prudence peut être constatée dans la motivation d'un arrêt de cassation reprochant aux juges du fond d'avoir déclaré inopposables au propriétaire les paiements faits par le locataire à l'Etat nationalisateur : la Cour de cassation critique une motivation insuffisante de l'arrêt attaqué, plus particulièrement un défaut de réponse à des conclusions invoquant « le caractère obligatoire et contraignant de la législation algérienne » — mais sans indiquer à son tour en quoi elle considère ces conclusions comme pertinentes (33).

La doctrine n'est pas plus éloquente : lorsqu'elle propose en effet d'expliquer ces arrêts par la considération qu'« il n'y aura pas lieu d'écarter la loi étrangère, même contraire à l'ordre public, lorsqu'il n'est pas demandé au juge d'appliquer celle-ci, mais simplement de constater son existence et le résultat de son application à l'étranger, comme on le ferait d'un simple fait survenu hors du territoire » (34), elle n'explique, en réalité, rien : les nationalisations algériennes et leurs suites ont constitué un fait du prince, un cas de force majeure, un paiement forcé, soit ; mais pourquoi ce paiement forcé serait-il opposable au véritable créancier ?

A première vue du moins, les arrêts en question paraissent contraires à un principe fondamental du droit français, formulé par l'article 1239 du Code civil : « Le paiement doit être fait au créancier, ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui ». L'Etat algérien ne répondait pas à ces critères ; pour autant que sa propre loi l'autorisait à recevoir les loyers à la place du propriétaire dépossédé, cette loi, contraire à l'ordre public, ne pouvait être utilement invoquée par les locataires. Une exception à ce principe, fondée sur l'idée d'apparence, est certes formulée par l'article 1240 (« Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé ») ; mais la Cour de cassation ne s'y est jamais référée, et il aurait été difficile, à la vérité, pour un locataire établi en France

(32) Civ. 3^e 14 décembre 1977, précit., p. 341 ; comp. Civ. 1^{re} 8 décembre 1970, précit.

(33) Civ. 3^e 14 février 1973, S.A. *Sofiteca c. Garcia*, précit. (pourvoi n° 71-11.301, arrêt n° 277). La demanderesse au pourvoi invoquait la violation d'une série d'articles du Code civil relatifs à la force majeure et aux troubles de jouissance dans les baux à loyer ; la Cour de cassation, elle, a préféré se fonder exclusivement sur le grief plus abstrait de défaut de réponse à conclusions, au visa du seul art. 7 de la loi du 20 avril 1810 ; pourtant, un défaut de réponse ne peut entraîner la cassation si le moyen négligé était juridiquement inopérant (cf. J. Boré, *La cassation en matière civile*, 1980, n° 2195) : en quoi, dès lors, le moyen pourrait-il en l'espèce avoir une influence sur la solution du litige ? En réalité, l'arrêt du 14 février 1973 invite tacitement les juges du fond à exercer dorénavant leur pouvoir souverain d'appréciation avec plus d'esprit d'équité ... (ce que la Cour de renvoi fera effectivement : v., dans même affaire, Civ. 3^e 14 décembre 1977, *Garcia c. S.A. Sofiteca*, précit.).

(34) Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, t. I, 8^e éd., 1993, n° 358, p. 576. V. aussi P. Lagarde, notes sous Com. 19 mars 1979, R. 1981. 524, 533 (« La Cour de cassation a su, tout en contestant la conformité des nationalisations algériennes avec l'ordre public français, tenir compte de l'existence de ces nationalisations »), et sous Civ. 1^{re} 1^{er} juillet 1981, R. 1982. 336, 345.

et ayant loué un immeuble en Algérie, d'établir qu'il croyait légitimement que le transfert de propriété imposé par la loi algérienne serait reconnu comme valable en France (35). L'attitude des autorités politiques et judiciaires françaises à l'égard de ces nationalisations était claire dès le début. Ce que les locataires soutenaient n'était d'ailleurs pas qu'ils avaient payé à un créancier apparent, mais qu'ils avaient payé sous la contrainte. Or la contrainte n'équivaut pas, pour les besoins de l'article 1240, à la bonne foi (36) ; la Cour de cassation l'a elle-même jugé pour déclarer que des contribuables parisiens qui avaient été contraints en 1871 d'acquitter leurs impôts entre les mains de « préposés de la Commune » restaient tenus de procéder à un second paiement entre les mains de l'Etat, seul créancier légitime :

« Attendu, en droit, que le gouvernement légal qui triomphe d'une insurrection est seul investi du droit de reconnaître ou d'annuler, autant qu'il le jugera utile pour le bien public, les actes accomplis par les insurgés ; — Attendu que l'Assemblée nationale, seul pouvoir légal, a proclamé, par des actes publics et géminés, que l'attentat du 18 mars était une révolte ouverte contre la souveraineté nationale, et qu'elle conservait intact le dépôt qui lui était confié ; que les contribuables ont été avertis par le Gouvernement que les préposés de la Commune ne pouvaient donner valablement aucune quittance qui fût susceptible de produire un effet civil quelconque et de les libérer envers l'Etat légal ;

...

Que, d'un autre côté, le jugement attaqué déclare que la demanderesse savait parfaitement que les préposés de la Commune n'avaient ni qualité ni autorité pour percevoir l'impôt ; que, dès lors, la demanderesse ne peut être censée avoir payé de bonne foi ; — Que la violence dont elle aurait été l'objet, et à laquelle elle aurait cédé, peut être l'occasion d'une demande en dommages-intérêts contre les auteurs de la violence ou de tout autre recours ; mais qu'elle ne saurait avoir pour effet de suppléer à la bonne foi exigée de la part de celui qui paye pour valider le paiement » (37).

Il semble bien que les actes, contraires à l'ordre public, des autorités d'un Etat étranger ne puissent pas avoir plus d'effets au regard du droit des obligations que les actes des insurgés de 1871 ; un arrêt de la Cour de cassation belge de 1947 a, aussi bien, fondé sur l'article 1239 du Code civil la condamnation d'un locataire à payer une seconde fois, mais cette fois-ci au propriétaire légitime de l'immeuble loué, les loyers qu'il avait déjà versés pendant l'occupation allemande à l'administrateur allemand des « biens israélites » ; l'arrêt explique « que la contrainte ou la force majeure ... ne libère le débiteur, même si celui-ci n'a commis aucune faute, que lorsqu'elle rend désormais impossible l'exécution de l'obligation (Code civil, art.

(35) Dans les circonstances de l'espèce, cette observation doit valoir que l'on applique les règles de l'apparence élaborées par la jurisprudence civile française (cf. Ghestin et Goubeaux, *Traité de droit civil*, t. I, *Introduction générale*, 3^e éd., 1990, n° 770 et s.), ou même la règle matérielle de droit international privé proposée par M.-N. Jobard-Bachelletier, *L'apparence en droit international privé*, 1984, spéc. n° 240.

(36) cf. A. Ponsard et P. Blondel, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Paiement*, n° 89.

(37) Req. 27 novembre 1872, trois arrêts, D.P. 1873. 1. 203. Comp. C.E. 18 mai 1877, *Banque de France c. Ministre des finances*, D.P. 1877. 3. 81, concl. David (la Banque de France « n'est pas fondée à contester que la contrainte qu'elle a subie ait eu le caractère d'un de ces faits de force majeure dont les conséquences sont, en principe, à la charge de ceux qui les subissent, sans que les dommages qui peuvent en résulter soient de nature à engager la responsabilité de l'Etat »).

1148) ; que non seulement pareille impossibilité n'est pas constatée par le jugement attaqué, mais qu'elle ne se conçoit même point lorsque l'obligation ne consiste que dans le paiement d'une somme d'argent » (38). Il faut avouer que l'arrêt belge correspond, mieux que la jurisprudence française relative aux nationalisations des immeubles algériens, aux termes de l'article 1239 du Code civil, au principe de l'« indestructibilité » des obligations monétaires et à l'idée de refus de tout effet de droit aux spoliations étrangères.

195. Ce n'est pas à dire, cependant, que la jurisprudence française en question doive nécessairement être condamnée comme erronée ou arbitraire. Il n'est pas impossible qu'elle puisse être justifiée par référence à des principes juridiques préexistants et identifiables, même s'il n'en est pas fait mention dans les arrêts de la Cour de cassation.

Cette jurisprudence n'est en effet, sur le plan international, pas entièrement isolée. Nous avons eu l'occasion de mentionner la jurisprudence anglaise qui permet, en matière de saisie-arrêt, au tiers-saisi de s'opposer à la validation de la saisie en faisant valoir qu'il risque de devoir payer le même montant une seconde fois, après condamnation par un tribunal étranger, entre les mains du débiteur saisi. Cette jurisprudence ne repose pas sur l'idée de la reconnaissance d'un effet de droit au jugement de condamnation étranger, puisque nous savons que la Chambre des Lords a estimé que le tiers-saisi peut être libéré même lorsque la procédure poursuivie à l'étranger est affectée des vices les plus graves (39). Il s'agit, au contraire, de la protection des seuls intérêts du tiers-saisi ; la justification de son droit de refuser le paiement entre les mains du saisissant, avancée par les arrêts, est tout simplement qu'il serait *injuste* de lui faire supporter le risque d'un double paiement (40) : il s'ensuit d'ailleurs que le droit de refuser le paiement n'existe qu'en présence d'un risque réel et substantiel de condamnation du tiers-saisi à l'étranger — risque qui, à son tour, fait défaut lorsque la procédure anglaise de saisie-arrêt est susceptible d'être reconnue par le tribunal étranger comme déchargeant définitivement de sa dette le tiers-saisi (41).

(38) Cass. 13 mars 1947, Pas. b. 1947. I. 108, concl. Hayoit de Termicourt. V. aussi, à propos de la confiscation de créances par l'occupant, Trib. arr. Luxembourg 31 juillet 1946, Pas. lux. 14. 244, confirmé par Cour d'appel 15 octobre 1947, Pas. lux. 14. 347, 1^{re} esp. ; Trib. arr. Luxembourg 4 décembre 1946, Pas. lux. 14. 237, confirmé par Cour d'appel 15 octobre 1947, Pas. lux. 14. 347, 2^e esp. ; *adde* Trib. arr. Luxembourg 12 mars 1947, Pas. lux. 14. 239.

(39) *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft m.b.H. v. R'As al-Khaimah National Oil Co. and Shell Petroleum Co. Ltd. (No. 2)* [1990] I A.C. 295, *supra*, n° 185.

(40) « *Inequitable and contrary to natural justice* » : *Martin v. Nadel* [1906] 2 K.B. 26, 31, *per* Stirling L.J. ; v. aussi *Employers' Liability Assurance Corp. Ltd. v. Sedgwick, Collins and Co. Ltd.* [1927] A.C. 95, 102, *per* Viscount Cave L.C.

(41) *Swiss Bank Corp. v. Boehmische Industrial Bank* [1923] 1 K.B. 673, C.A. ; comp. aussi, d'une part, *Sea Insurance Co. v. Russia Insurance Co. of Petrograd* (1925) 20 Ll. L. R. 308, C.A. et, d'autre part, *Employers' Liability Assurance Corp. Ltd. v. Sedgwick, Collins and Co. Ltd.*, précit., p. 114, *per* Lord Parmoor ; v. dans le même sens la jurisprudence américaine citée par E. Scoles/P. Hay, *Conflict of Laws*, 2^e éd., St. Paul, 1992, p. 240-241. — On observera que normalement, et même si des « saisies-arrêts boiteuses » ne sont pas inconcevables (cf. les différentes hypothèses discutées par W. Wengler, « La situation des droits », R. 1957. 185 ; 409, 418-423), l'effet libératoire d'une saisie-arrêt

L'appel direct à des considérations d'équité, qui justifie ainsi la solution jurisprudentielle anglaise favorable au tiers-saisi, peut-il expliquer également la jurisprudence française favorable aux locataires d'immeubles nationalisés ? Un éminent magistrat paraît l'avoir pensé (42), mais l'explication est insatisfaisante, puisque l'équité n'est pas une source de droit et que l'on chercherait vainement, en droit français, une règle qui renverrait directement à l'équité pour permettre au juge de dispenser un locataire du paiement de son loyer. La situation est différente, précisément, dans le droit anglais des voies d'exécution : il y est admis d'une manière générale que le juge dispose dans la validation d'une saisie-arrêt d'un pouvoir discrétionnaire (*discretion*) qui lui permet de refuser, pour des raisons d'équité, une validation dont les conditions légales sont pourtant remplies (43). Le juge français des baux à loyer ne dispose, en principe, pas du même pouvoir.

La jurisprudence allemande de l'après-guerre, relative aux nationalisations de créances en Allemagne de l'Est, offre une explication différente qui, elle, est peut-être transposable au droit français. Tout en refusant de reconnaître des effets juridiques à ces nationalisations, elle a accordé au débiteur d'une créance expropriée un « droit au refus de paiement » (*Leistungsverweigerungsrecht*) à l'égard de son créancier légitime s'il risquait réellement de devoir payer la même somme une seconde fois entre les mains de l'Etat nationalisateur (44). La source de ce droit spécifique est, selon la jurisprudence, le § 242 du BGB, c'est-à-dire le principe général de la bonne foi dans l'exécution des obligations. L'idée de base est que les conséquences d'une mesure de nationalisation non reconnue doivent rester à la charge du contractant qui en a été le destinataire : si c'est le débiteur lui-même qui a fait l'objet d'une expropriation de partie de son patrimoine, il reste tenu de ses dettes ; mais si c'est le créancier qui a fait l'objet d'une expropriation de sa créance, il doit en subir la charge et ne peut, sans méconnaître le principe de la bonne foi contractuelle, exiger du débiteur de le tenir quitte et indemne en procédant au besoin à un double paiement. Ce serait modifier inéquitablement l'équilibre contractuel au détriment du débiteur (45). L'équité intervient donc bien, mais d'une façon indirecte, médiatisée.

régulièrement pratiquée à l'étranger sera reconnu même en dehors de tout exequatur de l'ordonnance de saisie : v., en jurisprudence française, Colmar 12 juin 1931, J.D.I. 1934. 104, note J.P. ; comp., en jurisprudence américaine, *Sea Dragon Inc. v. Gebr. Van Weelde Scheepvaartkantoor B.V.*, 574 F. Supp. 367 (S.D.N.Y. 1983) (annulant comme contraire à l'ordre public une sentence arbitrale qui avait ordonné un paiement malgré la mise sous séquestre de la créance par un tribunal néerlandais).

(42) cf. Gulphe, concl. sur Civ. 1^{re} 23 janvier 1979, précit. : « Statuer différemment aurait été inacceptable au regard à la fois du bon sens et de l'équité ».

(43) *Martin v. Nadel*, précit., p. 30, *per* Stirling L.J. : le juge, en matière de validation de saisie, « is not under an obligation ex debito justitiae to make an order ..., but has a judicial discretion to be exercised upon good grounds ».

(44) BGH 17 mars 1953, NJW 1953. 861 ; 22 décembre 1953, BGHZ 12. 80 ; comp., refusant la libération du débiteur au motif qu'un risque réel et substantiel de double paiement n'est pas établi, BGH 18 février 1957, BGHZ 23. 333 ; 3 juillet 1978, IPRspr. 1978, n° 7.

(45) cf. Staudinger/Schmidt, § 242, 12^e éd., Berlin, 1983, n°s 1029 et s., et surtout Staudinger/Weber, § 242, 11^e éd., Berlin, 1961, n°s C 146 et s. ; *adde* W. Wengler, *op. cit.*, p. 423-430. Une autre opinion est défendue par Soergel/Kegel, Vor Art. 7 EGBGB, Stuttgart/Berlin/Cologne/Mayence, 1983, n° 866 : selon M. Kegel, il s'agit d'un exemple d'imprévision (cas particulier

L'analogie qui existe entre cette jurisprudence allemande et la jurisprudence française relative aux nationalisations algériennes est incontestable. Il subsiste une seule difficulté : le principe de la bonne foi contractuelle, consacré en droit français par le dernier alinéa de l'article 1134 du Code civil, n'y bénéficie pas traditionnellement du même rôle éminent qu'en droit allemand (46). La comparaison des deux systèmes juridiques permet dès lors en définitive, nous semble-t-il, le choix entre deux appréciations de la jurisprudence de la Cour de cassation que nous discutons ici : arrêts dépourvus de fondement juridique, ou arrêts qui restituent au principe de la bonne foi un effet utile que ne lui reconnaît pas toujours le droit positif.

196. Le cas du débiteur invoquant le risque d'un double paiement illustre, de même que le problème des « obligations contradictoires » proprement dites, un conflit positif de systèmes (47) : considéré comme valable et même imposé par l'Etat nationalisateur, le paiement entre les mains des autorités étrangères n'est pas reconnu comme libératoire par le système de droit international privé du for ; l'ordre public s'y oppose. Une solution au conflit, si elle existe, ne peut pas résulter de l'application de la technique des conflits de lois et de juridictions, mais tout au plus du droit matériel, s'il prévoit un remède à ce type d'accident (48).

Cependant, il faut préciser que contrairement à l'effet libératoire du fait du prince étranger, la protection du débiteur contre le risque d'un double paiement est loin de constituer un principe généralement reconnu. En fait, les décisions condamnant le débiteur à un second paiement sont au moins aussi représentatives que celles qui admettent sa libération partielle ou totale (49). Les tribunaux qui condamnent le débiteur considèrent sans doute — pour citer un arrêt new-yorkais intervenu à propos des séqueles de la révolution soviétique — que « le risque d'un

d'application du § 242 BGB) ; le préjudice subi devrait, en équité, être supporté par moitié par chacune des parties.

(46) Ce qui ne signifie pas qu'il n'ait aucun rôle à jouer : cf. A. Rieg, « Contrats et obligations : effet obligatoire des conventions — exécution de bonne foi des conventions », *Jurisl. civil*, Art. 1134 et 1135, n^{os} 85 et s. ; Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, 1989.

(47) cf. *supra*, n^o 4.

(48) Comp., à propos précisément du problème des nationalisations de créances, G. Kegel, « Die Rolle des öffentlichen Rechts im internationalen Privatrecht », *Festschrift Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, 1988, p. 243, 256 : « *Ob und wie weit dem Schuldner wegen der doppelten Haftung geholfen ... wird, ist eine Frage des die Forderung beherrschenden materiellen Rechts* ». — Une autre possibilité de solution du conflit (mais dans un contexte fédéral) est illustrée par l'arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Western Union Telegraph Co. v. Commonwealth of Pennsylvania*, 368 U.S. 71 (1961) : deux Etats fédérés revendiquant, conformément à leur loi, la même créance comme bien vacant, le débiteur ne sera tenu de payer qu'après que la Cour Suprême aura résolu le conflit au niveau interétatique.

(49) V. l'arrêt de la Cour de cassation belge et les décisions luxembourgeoises cités *supra*, note 38 ; *adde Wolff v. Oxholm* (1817) 6 M. & S. 92 ; 105 E.R. 1177 (à propos de la confiscation, au Danemark, des créances des sujets anglais ; mais cf. p. 105-106) ; *Williams v. Bruffy*, 96 U.S. 176 (1878) (confiscation par les Etats confédérés au cours de la guerre civile) ; *Hongkong & Shanghai Banking Corp. v. Luis Perez-Samanillo, Inc.* (1946) 13 Ann. Dig. 371 (décision du Tribunal de première instance de Manille, à propos d'une confiscation japonaise).

double paiement est un risque ordinaire de la vie » (50). Ces décisions ne tentent pas, comme le font celles qui ont admis la libération du débiteur, de concilier les exigences du droit strict et celles de l'équité ; leur logique (qui correspond au demeurant bien à l'idée d'« indestructibilité » des obligations monétaires) est celle, toute simple mais aussi, dans certaines circonstances, toute cynique d'une maxime de Loisel : « Qui paie mal, paie deux fois » (51).

(50) « *The chance of double payment is a common risk of life* » : *Petrogradsky Mejdunarodny Kommerchesky Bank v. National City Bank of New York*, 170 N.E. 479, 485 (N.Y. 1930) : l'arrêt décide qu'une banque, débitrice d'une société russe nationalisée, ne peut s'opposer à la demande en paiement formulée par les dirigeants exilés de celle-ci sous prétexte que la nationalisation, non reconnue aux Etats-Unis, risque d'être reconnue par un tribunal européen qui condamnerait la banque à payer le même montant entre les mains de l'Etat nationalisateur. Le contraire avait été jugé dans l'affaire *Russian Reinsurance Co. v. Stoddard*, 147 N.E. 703 (N.Y. 1925), mais il s'agissait, comme le souligne l'arrêt *Petrogradsky ...*, d'une affaire de *trust*, dans laquelle le juge bénéficie d'un pouvoir d'appréciation qui lui fait normalement défaut. Pour un *dictum* en sens contraire, dans un autre contexte, v. *Banco Para el Comercio Exterior de Cuba v. First National City Bank*, 744 F.2d 237, 241 (2d Cir. 1984) : « *the threat of double liability, a result the courts should seek to avoid* ».

(51) *Institutes Coutumières*, Liv. IV, Tit. VI, Art. IV (éd. annotée, par Eusèbe de Laurière, 1710, t. II, p. 192).

SECTION II

L'EXISTENCE DE MODES ALTERNATIFS D'EXÉCUTION
DE L'OBLIGATION

197. Dans certaines situations, l'intervention des autorités étrangères perturbe l'exécution normale de l'obligation telle que la prévoyait le débiteur, mais elle laisse subsister des solutions de rechange : il s'agira, alors, de définir le principe et les limites de l'obligation du débiteur d'y avoir recours (§ 1). Un cas particulier (puisqu'il est de nature à transformer complètement les données du problème) est le transfert du lieu d'exécution de l'obligation — qui permettra, s'il peut être imposé au débiteur, d'esquiver l'effet territorial des normes contraignantes étrangères (§ 2).

§ 1. — Le recours à des solutions de rechange

198. Première situation à envisager : celle où les parties ont contractuellement stipulé que le débiteur peut exécuter son contrat de plusieurs manières, à son choix ou au choix du créancier. C'est le cas des « obligations alternatives » régies, en droit français, par les articles 1189 et suivants du Code civil. Leur régime (abstraction faite de l'hypothèse d'une faute commise par le débiteur) est celui-ci : il résulte de l'article 1195 qu'en pareil cas, l'impossibilité d'exécution ne met fin au contrat que si elle atteint chacun des termes de l'option ; les articles 1193 et 1194 précisent qu'à défaut, le terme dont l'exécution reste possible s'impose aux deux parties, et l'obligation devient pure et simple. Ces principes ne sont pas propres au droit français, et ils s'appliquent au fait du prince étranger comme aux autres cas de force majeure : pour s'en convaincre, il suffit de se référer à la jurisprudence (1).

Lorsque c'est l'objet même de l'obligation contractuelle qui est en cause, seule la stipulation expresse d'obligations alternatives peut contraindre le débiteur à avoir recours à une alternative laissée ouverte malgré l'impossibilité partielle d'exécution

(1) cf. *Smith, Coney & Barrett v. Becker, Gray & Co.* [1916] 2 Ch. 86, C.A. (un embargo allemand empêchant l'exportation du sucre vendu ne met pas fin au contrat, qui prévoit la possibilité alternative d'une livraison en Allemagne) ; *Dampskibsaktieselskabet Aurdal v. Compañia de Navegacion La Estrella*, 1916 S.C. 882, 889 (illégalité, au regard de la loi espagnole, de la vente d'un navire espagnol à un étranger n'empêche pas l'exécution du contrat par livraison à un sujet espagnol) ; *The Innerton*, 141 F.2d 931 (5th Cir. 1944) (un décret britannique interdisant la décharge d'un navire à Anvers laisse ouverte la possibilité, prévue au contrat d'affrètement, d'une décharge en Grande-Bretagne).

qui vient d'être constatée. Il en va différemment lorsque, l'objet de l'obligation restant le même, il ne s'agit que des modes de son exécution. Une stipulation expresse n'est alors pas nécessaire ; tenu d'exécuter son contrat de bonne foi, le débiteur ne peut, lorsqu'il existe des modes alternatifs d'exécution, refuser d'y avoir recours. La solution est particulièrement nette (et sévère) en droit français : « si les modalités prévues d'exécution deviennent impossibles, il n'y a force majeure que pour autant qu'il n'existe aucun autre moyen d'exécuter » (2). Dans d'autres systèmes juridiques, la rigueur du principe peut être tempérée par le jeu de la théorie de l'imprévision : le débiteur n'est pas tenu d'avoir recours à des modes alternatifs d'exécution ruineux (3).

La possibilité d'exécuter un contrat malgré l'intervention d'une norme étrangère, mais de l'exécuter différemment, est illustrée par un certain nombre de décisions judiciaires et sentences arbitrales (4) ; l'illustration la plus impressionnante en est sans doute la décision de la *High Court* anglaise, intervenue dans l'affaire du blocage des avoirs libyens (5), selon laquelle le dépôt interbancaire en question, libellé en dollars, pouvait être remboursé soit par la voie — normale, mais devenue illégale — d'un virement à travers un système de compensation américain, soit en espèces ou par conversion en livres sterling, suivie d'un paiement à Londres : ces alternatives étant ouvertes au débiteur, celui-ci ne peut pas, selon le tribunal, « choisir la voie qui est bloquée et affirmer ensuite que son obligation est éteinte ou suspendue » (6).

199. Il sera par conséquent difficile au débiteur d'une chose de genre de s'exonérer par la preuve qu'une interdiction d'exportation a été édictée par les autorités du pays étranger qui est sa source d'approvisionnement habituelle, puisqu'il lui sera normalement possible de se procurer ailleurs la même marchandise — le cas échéant à un prix plus élevé : *genera non pereunt* (7). La solution ne

(2) F. Chabas, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Force majeure*, n° 32.

(3) Comp. H. Smit, « Frustration of Contract : A Comparative Attempt at Consolidation », 58 *Colum. L. Rev.* 287 (1958).

(4) V. la sentence C.C.I. rendue en 1972 dans l'affaire n° 1840, Y.B.C.A. 4 (1979) 209 (la publication de certaines contributions dans deux magazines édités par le défendeur ayant été interdite au Mexique pour des raisons de moralité publique, il n'y a pas de cas de force majeure lorsque leur publication dans un autre magazine reste possible), la sentence rendue en 1973 dans l'affaire n° 1782, J.D.I. 1975. 923 (proposant le recours à du personnel non-« israélite » pour des chantiers situés en pays arabe comme alternative praticable) et la sentence préliminaire sur la force majeure rendue en 1985 dans l'affaire n° 4462, 29 I.L.M. 565 (1990) (un embargo américain contre la Libye ne rend pas impossible l'exécution du contrat, si le recours à du personnel et à du matériel non-américains constitue une possibilité viable). V. aussi *Williams v. Iran* (Case No. 187) (1987) 17 *Iran-U.S. C.T.R.* 269, 285 (le blocage des avoirs iraniens par le Président des Etats-Unis n'empêchait pas une banque iranienne de procéder au paiement, au besoin à travers une banque non-américaine).

(5) cf. *supra*, n° 173.

(6) « *I consider that he should not be entitled to choose the route which is blocked and then claim that his obligation is discharged or suspended. I prefer the view that he must perform in one way or the other ; so long as both routes are available he may choose ; but if one is blocked, his obligation is to perform the other* » : *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co.* [1989] Q.B. 728, 766.

(7) V. Trib. com. Seine 29 juin 1915, Journ. trib. com. 1916. 261 (chlorure de baryum allemand) ; 6 juillet 1915, Journ. trib. com. 1916. 265 (mercure anglais) ; Abidjan 9 mars 1979, Penant 1980. 182, 191

s'impose cependant pas dans tous les cas ; le recours aux marchés d'un pays tiers n'est pas considéré comme nécessaire lorsque le juge décèle une intention des parties de circonscrire plus étroitement la provenance des marchandises à livrer. Certes, même une plante aussi exotique que le ginseng est une chose fongible : mais lorsque le contrat porte sur l'intégralité de la récolte coréenne d'une année déterminée, il est évident que l'indisponibilité de cette récolte, due aux circonstances politiques en Corée, constitue pour le vendeur un cas de force majeure libératoire (8). Plus généralement, et même en l'absence de stipulation expresse, la pratique judiciaire admet parfois sans trop de difficultés que les parties ont entendu exclure le recours à des marchandises de toute autre provenance que celle qui était prévue ; dans ce cas encore, le débiteur est libéré (9). En raisonnant ainsi, les tribunaux n'ont pas besoin de se référer (du moins dans la motivation formelle de leurs décisions) à l'idée de bouleversement de l'économie contractuelle.

C'est en revanche précisément cette idée qui a été au centre des nombreux litiges auxquels donna lieu, devant les tribunaux anglais et américains, la fermeture du canal de Suez en 1956. Les notions de *frustration* ou de *commercial impracticability* sont, dans une certaine mesure, plus souples que la notion stricte de force majeure ou d'impossibilité d'exécution telle que l'entend le droit français (10). Pouvaient-elles être utilement invoquées, à propos de ventes commerciales « CIF » ou de charte-parties, en raison de l'impossibilité de traverser le canal et en raison du fait que la seule route alternative — celle du Cap — était nettement plus longue et par conséquent plus onéreuse ? Certaines décisions anglaises de première instance ont effectivement admis que le changement de circonstances était suffisamment fondamental pour caractériser un cas de *frustration* des contrats (11) ; mais le point de vue contraire a été adopté par la *Court of Appeal*, la Chambre des Lords et deux cours d'appel fédérales américaines : selon ces décisions, la route du Cap était une alternative praticable, plus onéreuse certes, mais sans que le seuil du tolérable ait été dépassé (12).

(sucre polonais) ; comp. Trib. com. Seine 2 janvier 1871, D.P. 1871. 3. 17, 2^e esp. (à propos du blocus de Paris par l'armée allemande).

(8) Req. 27 octobre 1908, S. 1910. 1. 230 (*supra*, n° 141).

(9) Req. 5 novembre 1894, J.D.I. 1895. 134 (blé russe : le vendeur n'entendait vendre que le blé disponible à Boworosiski où était établi son comptoir) ; Trib. com. Seine 17 août 1915, Journ. trib. com. 1917. 84 (méthylène anglais : les usines du vendeur sont en Angleterre, « ce que n'ignorait pas » l'acheteur) ; mais cf. A. Wahl, *Le droit civil et commercial de la guerre*, t. II, 1921, n° 1297 et s. (mise en garde contre un abandon trop facilement présumé de la règle *genera non pereunt*). *Adde*, en Suisse, TF 15 juillet 1916, ATF 42 II 379 ; 18 mai 1917, ATF 43 II 225 ; 18 janvier 1919, ATF 45 II 37 ; en Allemagne, RG 20 septembre 1918, Warn. 11 (1918) 323 ; 17 octobre 1919, RGZ 97. 6 ; 25 mars 1922, RGZ 104. 223 ; comp. *Tradax Export S.A. v. André & Cie S.A.*, [1976] 1 Lloyd's Rep. 416, 423, C.A.

(10) cf. *supra*, n° 34 et 45.

(11) *Carapanayoti & Co., Ltd. v. E.T. Green, Ltd.* [1959] 1 Q.B. 131 (contrat de vente CIF) ; *Société Franco-Tunisienne d'Armement v. Sidermar S.p.A.* [1961] 2 Q.B. 278 (charte-partie).

(12) *Tsakiroglou & Co., Ltd. v. Noble & Thorl G.m.b.H.* [1962] A.C. 93 (contrat de vente CIF) ; *Ocean Tramp Tankers Corp. v. V/O Sovfracht (The Eugenia)* [1964] 2 Q.B. 226, C.A. ; *Transatlantic Financing Corp. v. United States*, 363 F.2d 312 (D.C. Cir. 1966) ; v. aussi *American Trading and Production Corp. v. Shell International Marine Ltd.*, 453 F.2d 939 (2d Cir. 1972) (à propos de la fermeture du canal en 1967). Sur les affaires de Suez, v. en doctrine Lord McNair/A.D. Watts, *Legal*

Une dernière limite à l'obligation du débiteur d'avoir recours, si possible, à des solutions de rechange doit être rappelée ; même si elle peut paraître évidente, elle ne l'a pas toujours été pour tous les plaideurs : la solution de rechange doit elle-même être légale au regard de la loi du lieu d'exécution. Il s'ensuit que le débiteur n'est jamais tenu de se livrer à des opérations de contrebande si une exportation ouverte lui est impossible par suite d'un embargo (13), ou de s'approvisionner au marché noir (14). L'illégalité pure et simple, au regard de la loi locale, de l'exécution du contrat sera par conséquent toujours un obstacle dirimant — à moins, bien entendu, que le lieu d'exécution lui-même puisse être transféré en dehors du pays sur le territoire duquel est en vigueur la norme prohibitive.

§ 2. — Le transfert du lieu d'exécution

200. La question du transfert du lieu d'exécution concerne essentiellement les obligations monétaires. Le lieu de paiement d'une dette n'a en effet normalement qu'une importance marginale dans l'économie contractuelle, mais une loi de police du lieu de paiement peut perturber fondamentalement l'exécution du contrat en rendant impossible le paiement stipulé, par exemple en interdisant le recours à la monnaie de paiement prévue au contrat ou en imposant — hypothèse de départ de l'arrêt *Ralli* (15) — sous peine de sanctions pénales un prix maximum inférieur au prix prévu. Ces lois de police portent atteinte, au détriment du créancier, à la substance de l'obligation — c'est ce qui les distingue des situations que nous venons d'examiner, dans lesquelles seuls les modes d'exécution étaient en cause. Cependant, étant donné que le bénéficiaire du paiement n'accordera en général qu'une importance secondaire au lieu d'exécution (et ce d'autant plus que son choix s'est révélé inopportun), il pourra songer à inviter le débiteur à procéder au paiement ailleurs.

Cette possibilité est certainement ouverte au créancier si elle a été expressément stipulée au contrat. Dans les emprunts internationaux, la stipulation d'une « option de place », permettant au créancier de choisir, le moment venu, le lieu de paiement parmi plusieurs places financières désignées au contrat, correspond à une pratique bien établie et qui a son utilité, même au-delà de simples considérations de commodité — qu'il se soit agi, autrefois, de garantir l'efficacité d'une clause-or insérée dans le contrat ou qu'il s'agisse, aujourd'hui, d'éviter les effets d'une

Effects of War, 4^e éd., Cambridge, 1966, p. 192 et s. ; J. Schlegel, « Of Nuts, and Ships, and Sealing Wax, Suez, and Frustrating Things — The Doctrine of Impossibility of Performance », 23 Rutgers L. Rev. 419 (1969) ; R. Birmingham, « A Second Look at the Suez Canal Cases : Excuse for Nonperformance of Contractual Obligations in the Light of Economic Theory », 20 Hastings L.J. 1393 (1969).

(13) RG 28 juin 1918, RGZ 93. 182, 185 (« keinen Rechtsanspruch darauf, daß dieser, um einen Vertrag einzuhalten, Schleichwege gehe »).

(14) LG Hambourg 19 juin 1980, IPRax 1981. 174.

(15) *Ralli Brothers v. Compañía Naviera Sota y Aznar* [1920] 2 K.B. 287, C.A. : *supra*, n° 38.

réglementation des changes ou une retenue d'impôts sur les intérêts (16). Les contrats d'emprunt sur l'euro-marché prennent parfois soin de stipuler qu'en cas d'intervention d'une loi de police dans l'un des Etats intéressés, le contrat restera valable et exécutoire ailleurs (17). La clause n'ajoute rien au droit commun puisque les tribunaux ont toujours jugé que même si un paiement conforme au contrat est empêché par les autorités de l'un des Etats, l'obligation subsiste et peut être exécutée là où son exécution reste permise en vertu des lois locales (18).

Par ailleurs, il n'est pas impossible que le juge décèle dans un contrat la stipulation *implicite* d'une option de place ; la déduction sera, selon les cas, plus ou moins solide : c'est ainsi que, dans l'une des affaires opposant après la révolution cubaine des compagnies d'assurances à des assurés cubains réfugiés aux Etats-Unis, l'existence de l'option d'un paiement aux Etats-Unis a été déduite essentiellement de la stipulation d'un paiement en pesos cubains ou en dollars américains, au choix de l'assuré. La déduction était, en fait, d'autant plus divinatoire que le débiteur était une compagnie d'assurances *canadienne*. Il est vrai que le tribunal relève qu'un contrat d'assurance doit toujours s'interpréter, dans la mesure du possible, en faveur de l'assuré... (19).

201. Le plus souvent cependant, les parties n'auront prévu rien de tel ; elles auront fixé un lieu de paiement et un seul : le juge doit-il se borner à constater l'impossibilité d'exécution, ou peut-il imposer un transfert du lieu d'exécution au débiteur ? La réponse à la question dépendra de l'attitude du juge à l'égard du contrat ; il s'agit de savoir si la nécessité de sauvegarder la substance de l'obligation peut justifier une adaptation de certaines modalités d'exécution aux circonstances nouvelles.

La jurisprudence allemande adopte, à cet égard, une position claire : si le contrôle des changes du lieu de paiement prévu interdit à l'acheteur de payer dans la monnaie allemande stipulée au contrat et lui impose un paiement en monnaie étrangère dévaluée, il peut être contraint à payer en Allemagne — à partir de ses avoirs allemands et en marks allemands. Le § 242 du BGB — principe de la bonne

(16) Sur la clause d'option de place, v. G. Sauser-Hall, « La clause-or dans les contrats publics et privés », R.C.A.D.I. 1937-II. 651 ; Ph. Malaurie, « Le droit monétaire dans les relations privées internationales », R.C.A.D.I. 1978-II. 265, 309 ; F.A. Mann, *The Legal Aspect of Money*, 5^e éd., Oxford, 1992, p. 213 et s. ; A. Jacquemont, *L'émission des emprunts euro-obligataires : pouvoir bancaire et souverainetés étatiques*, 1976, p. 339 et s. ; M. Niyonzima, *La clause de monnaie étrangère dans les contrats internationaux*, Bruxelles/Anvers, 1991, spéc. n^{os} 60, 82 et 98 et s.

(17) cf. J.-B. Blaise et Ph. Fouchard, « La valeur juridique de la syndication » in *Les Euro-crédits*, 1981, p. 155, 179.

(18) V. *Lann v. United Steel Works Corp.*, 1 N.Y.S.2d 951 (Sup. Ct. 1938) ; *Pan-American Securities Corp. v. Fried. Krupp Aktiengesellschaft*, 6 N.Y.S.2d 993 (Sup. Ct. 1938) ; RG 14 novembre 1929, RGZ 126. 196 ; *Rossano v. Manufacturers Life Insurance Co. Ltd.* [1963] 2 Q.B. 352, 372 : « *Though Egypt was a permissible place of performance, the defendant had no right to insist on payment only in Egypt, and, accordingly, Egypt was not the relevant place of performance* ». V. aussi *Ross T. Smyth & Co. Ltd. (Liverpool) v. W.N. Lindsay Ltd. (Leith)* [1953] 1 W.L.R. 1280, 1283, *obiter* : lorsque l'option de place est accordée au débiteur, il est tenu de choisir d'exécuter son obligation là où l'exécution reste légale.

(19) *Varas v. Crown Life Insurance Co.*, 203 A.2d 505, 509, 511 (Pa. Super. Ct. 1964).

foi contractuelle — l'empêche de tirer un avantage injuste de l'intervention législative étrangère. Obliger le vendeur à recevoir une monnaie fortement dévaluée serait, comme l'a dit le *Reichsgericht*, « porter atteinte au caractère synallagmatique du contrat » et transformer, en fait, une vente en donation ! (20) La même solution a été préconisée, dans d'autres pays, par la doctrine : là encore, c'est le principe de la loyauté entre contractants qui doit justifier, selon les auteurs, une dérogation aux stipulations contractuelles, d'importance secondaire, relatives au lieu de paiement (21). D'autres auteurs restent, il est vrai, plus sceptiques pour ce qui est de la possibilité d'imposer au débiteur une modification de l'un des termes du contrat (22).

Les deux tendances peuvent être constatées en jurisprudence française. Il a parfois été admis que — comme l'a jugé la Cour de Paris dans un procès entre émigrés russes — la stipulation relative au lieu de paiement « ne constitue pas une clause essentielle et déterminante de l'acte » et « ne peut donc mettre obstacle au droit du créancier d'agir contre son débiteur en tout autre lieu et d'exiger que celui-ci paie à son propre domicile, si le paiement dans le lieu désigné par la convention est devenu pratiquement impossible » (23). Cette manière de voir a été approuvée par la Cour de cassation dans une affaire qui mettait en cause le remboursement d'un dépôt auprès de la succursale d'une banque française à Smyrne : le client s'était vu opposer que depuis l'annexion de Smyrne par la Turquie (en 1922) les « lois turques de police et de sûreté obligatoires pour la banque » interdisaient le remboursement des dépôts aux ressortissants grecs et qu'il ne justifiait pas, quant à lui, de sa véritable nationalité. Le client demanda dès lors un remboursement en France et assigna la banque en son « siège central » à Paris. Sa demande est déclarée recevable par la Cour d'Appel : la succursale de Smyrne n'a pas de personnalité juridique propre et rien ne s'oppose à une action devant les juridictions du siège de la société, qui « ne peut se dérober à l'action intentée contre elle en renvoyant la solution de cette affaire à Smyrne » ; enfin, les lois de police turques ne rendent pas impossible l'exécution, à Paris, d'une obligation purement monétaire — ceci d'autant moins que la banque a pris la précaution, avant l'arrivée des troupes turques, de rapatrier en France l'ensemble des avoirs de sa succursale (24). Le

(20) RG 5 décembre 1922, JW 1924. 1357, 1358-1359 (contrôle des changes polonais) ; comp. OGHBrZ 10 mars 1949, NJW 1949. 465, 467 (contrôle des changes de la zone d'occupation soviétique en Allemagne).

(21) V., en doctrine suisse, G. Sauser-Hall, *op. cit.*, p. 776-777 ; F. Vischer, *Internationales Vertragsrecht*, Berne, 1962, p. 208-209 ; A. Heini, « Die Anwendung wirtschaftlicher Zwangsmaßnahmen im internationalen Privatrecht », *BerGesVR* 22 (1982) 37, 47 ; B. Kleiner, *Internationales Devisen-Schuldrecht*, Zurich, 1985, p. 143-145 (« *Keine Schemenlösungen* », p. 145) ; en doctrine anglaise, se fondant sur la volonté hypothétique des parties, F.A. Mann, *op. cit.*, p. 418.

(22) En doctrine suisse : Y. Caytas, *Der unerfüllbare Vertrag*, Wilmington, 1984, p. 172 ; anglaise : R.M. Goode, *Payment Obligations in Commercial and Financial Transactions*, Londres, 1983, p. 133-134.

(23) Paris 23 avril 1931, J.D.I. 1931. 1116 ; v. aussi, en doctrine — et à propos du contrôle des changes allemand — M. Domke, note sous Paris 20 juillet 1939, *Nouvelle Revue* 1940. 128, 132 ; *adde* E. Mezger, « L'unification du lieu de paiement des obligations monétaires », J.D.I. 1967. 584, 592.

(24) Paris 22 novembre 1924, D.H. 1925. 48.

pourvoi en cassation de la banque a été rejeté : « en décidant dans ces circonstances que la banque était tenue au jour de la sommation de restituer les fonds transportés à Paris ou leur valeur en francs français, au cours du change à ce jour, sans pouvoir invoquer le cas de force majeure résultant des lois turques applicables à Smyrne, l'arrêt attaqué a motivé et justifié légalement sa décision » (25).

Ces arrêts font prévaloir des critères de compétence judiciaire à l'égard du débiteur (son domicile ou siège social en France) sur les stipulations contractuelles relatives au lieu de paiement : ce qui est déterminant n'est pas le lieu où le paiement devait originairement avoir lieu, mais le lieu où la créance peut, en fait, être recouvrée. L'idée n'est, somme toute, qu'un complément des règles de l'« indestructibilité » des obligations monétaires et de l'unité du patrimoine du débiteur, appliquées à une société entretenant à l'étranger des succursales (26). Elle n'est pas dépourvue de logique — du moins si l'on s'attache à considérer la substance de l'obligation.

Il peut en aller différemment lorsque le juge préfère mettre l'accent, nonobstant le changement de circonstances, sur les stipulations formelles du contrat. Il aboutira alors, par exemple, à décharger un débiteur de ses obligations, au motif qu'un résident français, empêché par le contrôle des changes français de payer conformément au contrat en livres sterling à Londres, ne peut pas non plus être assigné à payer en francs français en France : un paiement en France n'est pas prévu au contrat et « le pouvoir reconnu au juge du fond d'interpréter les conventions des parties ne peut s'exercer que sous réserve de ne point y ajouter ou les modifier, même sous prétexte d'équité » (27). Appliqué au contrôle des changes étranger, ce raisonnement peut conduire le juge à accueillir l'argument tiré du fait du prince étranger même en l'absence de toute impossibilité réelle d'exécution.

Un arrêt de la Cour de cassation, rendu en 1977 dans l'un des procès entre bailleurs rapatriés d'Algérie et locataires d'immeubles expropriés, le démontre remarquablement. Une société française ayant son siège à Paris, mais locataire d'un immeuble en Algérie, doit selon les stipulations du contrat de bail payer son loyer en francs français à Alger, au domicile du bailleur. Le bailleur quitte l'Algérie devenue indépendante. Son immeuble est exproprié — sans indemnité ; il peut donc

(25) Req. 11 juin 1929, S. 1929. 1. 372.

(26) Pour une discussion des obligations de l'établissement principal d'une banque en présence de restrictions de change en vigueur au lieu d'établissement d'une succursale étrangère, v. également, en jurisprudence américaine, *Wells Fargo Asia Ltd. v. Citibank, N.A.*, 612 F. Supp. 351 (S.D.N.Y. 1985) et 660 F. Supp. 946 (S.D.N.Y. 1987), condamnant la banque au paiement, confirmé 852 F.2d 657 (2d Cir. 1988), arrêt d'appel lui-même réformé (pour des raisons de fait et de procédure) par la Cour Suprême des Etats-Unis dans un arrêt *Citibank, N.A. v. Wells Fargo Asia Ltd.*, 495 U.S. 660 (1990) ; sur renvoi, réaffirmant la condamnation de la banque : 936 F.2d 723 (2d Cir. 1991). Comp. T.G.I. Paris 8 mars et 12 mars 1985, D. 1985 I.R. 346, obs. Vasseur ; D. 1985 I.R. 500, obs. Audit, déboutant de leurs demandes, formulées contre des banques françaises, des clients de succursales (ou anciennes succursales) vietnamiennes des banques ; mais les jugements sont motivés par l'applicabilité au litige de la loi vietnamienne et font référence à l'article VIII.2.b des statuts du F.M.I. (cf. *infra*, n° 319) : leur valeur de précédent, quant à la question qui nous occupe, est réduite.

(27) Civ. 1^{re} 1^{er} décembre 1954, R. 1957. 43, et la note critique Anselme-Rabinovitch ; *adde* la critique de l'arrêt par F.A. Mann, *op. cit.*, p. 418, note 99.

continuer à réclamer, devant les tribunaux français, le paiement du loyer à la société locataire. Il demande, conformément au contrat, un paiement en francs français. La société lui oppose le contrôle des changes algérien : il lui est interdit de payer des francs à Alger. Et effectivement la Cour d'appel déclare « valables et libératoires les paiements effectués par la locataire en dinars au compte du bailleur », le règlement en francs français « étant devenu incompatible avec les lois de police algériennes auxquelles le preneur se trouve soumis » et donc impossible. Le pourvoi du bailleur est rejeté : il ne peut réclamer un paiement en France, car selon l'article 1247 du Code civil, le paiement doit être exécuté au lieu désigné par la convention (28).

Paradoxalement, le même arrêt permet à la société locataire (conformément à la jurisprudence constante de la Cour de cassation) de déduire de son loyer les sommes versées à l'Etat algérien nationalisateur, nouveau propriétaire au regard de la loi algérienne. Or, comme nous avons essayé de le montrer (29), cette solution favorable aux locataires ne peut s'expliquer que par une dérogation apportée, au nom du principe de la bonne foi entre contractants, à la règle de l'article 1239 du Code civil déclarant inopposable au véritable créancier le paiement fait entre les mains d'un tiers sans pouvoir. L'arrêt de 1977 combine donc une lecture hautement formaliste d'un texte légal qui n'a trait qu'au lieu d'exécution de l'obligation — l'article 1247 du Code — avec une lecture très libérale d'un texte — l'article 1239 — qui énonce un principe fondamental du droit des contrats. Il est étonnant que le principe de la bonne foi dans l'exécution des obligations puisse, ainsi, jouer à sens unique.

(28) Civ. 3^e 14 décembre 1977, Bull. civ. III, n° 447 ; comp. déjà, mais par référence à la loi algérienne éventuellement applicable au contrat, Civ. 1^{re} 6 février 1973, Bull. civ. I, n° 44 ; J.D.I. 1975. 66, 1^{re} esp., note Audit.

(29) cf. *supra*, n° 195.

CHAPITRE II

LE RESPECT DES CONDITIONS SUBJECTIVES DE LA LIBÉRATION DU DÉBITEUR PAR LE FAIT DU PRINCE

202. Normalement, lorsque les conditions objectives que nous venons de mentionner sont réunies, le fait du prince étranger peut être invoqué par le débiteur comme cas de force majeure libératoire. Mais il peut y avoir des exceptions, des situations dans lesquelles la charge des conséquences de la contrainte étatique se répartit, dans une certaine mesure, différemment. Nous aurons à examiner les hypothèses dans lesquelles les conditions subjectives de la libération du débiteur ne sont pas réunies. Ces situations ne peuvent toutefois être comprises qu'à travers une analyse préalable de la portée de l'effet libératoire du fait du prince étranger.

Lorsqu'il est constaté que le débiteur ne peut exécuter son obligation sans méconnaître les prescriptions de la loi locale, il est dispensé de l'exécution. La dispense a un volet rétrospectif et un volet prospectif. Rétrospectivement, elle a un effet d'exonération : elle empêche le juge répressif ou civil (ou encore l'administration) d'imposer au débiteur une responsabilité fondée sur la seule illicéité de l'inexécution de son obligation. Le principe, ainsi formulé, mérite une explication. L'omission ou le refus du débiteur d'exécuter un acte illégal ou devenu illégal doivent être reconnus comme légitimes ; ils ne peuvent donc pas, en eux-mêmes, faire l'objet d'une sanction pénale, administrative ou civile (1). La responsabilité du débiteur n'est pas pour autant exclue d'une manière absolue : en matière contractuelle du moins, il peut rester possible de laisser à sa charge les risques de l'impossibilité d'exécution de l'obligation, soit qu'il en ait volontairement assumé la charge, soit que, dans les circonstances de la cause, le fait du prince ou ses conséquences apparaissent comme imputables au débiteur. L'impossibilité reste, dans ces cas, reconnue : il y a toujours dispense d'exécution effective de l'acte illégal, même si le débiteur est tenu de réparer pécuniairement le préjudice subi par son cocontractant.

Le volet prospectif de la dispense, quant à lui, n'a pas à être nuancé. Lorsque le juge se propose d'enjoindre à un particulier l'accomplissement d'un acte à

(1) Y compris des dommages-intérêts pour inexécution d'une obligation contractuelle : comp. *supra*, n° 123.

l'étranger (2), et qu'il est dès à présent démontré que la loi du lieu d'exécution s'y oppose, l'injonction ne peut être prononcée sans remettre en cause à la fois les intérêts étatiques et les intérêts individuels protégés par la théorie du fait du prince étranger. L'exercice du pouvoir d'injonction du juge est dans ce cas exclu, et cela indépendamment de la répartition, entre les parties, des risques de l'inexécution de l'obligation. Il s'agit là d'une constante du droit des contrats, que l'exécution du contrat en nature soit considérée comme une simple faculté pour le juge ou, au contraire, comme un droit acquis du créancier.

Il se peut, en premier lieu, que l'exécution en nature ne soit, d'une manière générale, pour le juge qu'une option : c'est le cas en droit anglais où elle est laissée à l'appréciation du juge au cas par cas (3). En accordant ou refusant « discrétionnairement » l'exécution en nature, le tribunal se laissera toutefois guider par certaines lignes directrices traditionnellement admises. Une règle bien établie à cet égard est celle que le tribunal s'abstiendra d'ordonner l'exécution en nature, si elle est interdite par la loi du lieu d'exécution (4). Comme l'exprime, à propos de l'exécution d'un engagement par lequel un débiteur avait conféré à son créancier certains droits sur un immeuble situé à l'étranger, un jugement rendu en 1840, mais qui continue à faire autorité : « si, à la vérité, la loi du pays où l'immeuble est situé devait ne pas permettre au défendeur de faire ce que le tribunal croit bon d'ordonner, il serait inutile et injuste de lui enjoindre d'accomplir cet acte » (5). On observera qu'en 1840, lorsque ce principe fut formulé, le droit anglais des contrats ne reconnaissait pas encore l'effet exonératoire de la force majeure (6). Le débiteur était, sauf clause contractuelle contraire, garant des cas fortuits ; il n'était pas pour autant tenu d'exécuter effectivement un acte illégal à l'étranger (7).

La solution doit être la même dans un système juridique qui dénie au juge tout pouvoir discrétionnaire en matière d'exécution en nature. C'est le cas du droit français, qui considère l'exécution en nature comme étant, en principe, un droit acquis du créancier (8). Mais la condamnation à exécuter le contrat en nature, sous astreinte, n'est concevable que si l'exécution de l'obligation reste possible. Lorsque l'exécution de l'obligation est devenue impossible — et alors même que cette impossibilité serait due à la faute du débiteur ou que celui-ci se serait engagé à en

(2) Sur ce pouvoir du juge, v. *supra*, n^{os} 115 et s.

(3) « *Specific performance is a discretionary remedy* » : cf. Chitty on Contracts, 26^e éd., Londres, 1989, t. I, p. 1215.

(4) cf. I.C.F. Spry, *The Principles of Equitable Remedies*, 4^e éd., Londres, 1990, p. 38-39 ; G. Jones/W. Goodhart, *Specific Performance*, Londres, 1986, p. 84 ; comp. Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, 12^e éd., vol. II, Londres, 1993, p. 954 ; v. encore *Webb v. Webb* [1991] 1 W.L.R. 1410, 1418.

(5) *Re Courtney, Ex parte Pollard* (1840) 4 Deac. 27 ; Mont. & Ch. 239 ; [1835-42] All E.R. Rep. 415 (Lord Cottenham, L.C.).

(6) cf. *supra*, n^o 36.

(7) V. aussi *Barker v. Hodgson* (1814) 3 M. & S. 267, 270 ; 105 E.R. 612, 613 : lorsque l'accès d'un port est interdit par les autorités locales, « *Perhaps it is too much to say that the freighter was compellable to load his cargo ; but if he was unable to do the thing, is he not answerable for it upon his covenant ?* ».

(8) Sur le principe et ses exceptions, v. H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e éd., t. III, vol. 1^{er}, 1978, n^{os} 2303 et s.

supporter la charge —, il serait « illégal » (9) de prononcer une condamnation en nature ; la réparation par équivalent peut dans ce cas seule être ordonnée.

Appliquée au fait du prince étranger, cette dernière règle illustre parfaitement la différence qu'il convient de faire, dans certaines situations particulières, entre la dispense d'exécuter effectivement l'acte interdit par les autorités étrangères, et l'absence de toute responsabilité contractuelle du débiteur. Seule une condamnation en nature est exclue dans tous les cas par le fait du prince. Prenons l'exemple suivant, tiré de la jurisprudence : un client, Bassières, confie à l'agence marseillaise du Crédit commercial de France la garde d'un certain nombre de titres. En juin 1940, au lendemain de la déclaration de guerre de l'Italie, la Banque décide unilatéralement et par mesure de précaution de transférer ces titres à Bordeaux — où ils seront finalement saisis par l'occupant allemand. Bassières assigne son banquier en restitution des titres. Le Tribunal de commerce de Marseille estime que la Banque a commis une faute d'imprudence — d'ailleurs non pas en transférant les titres à Bordeaux, mais en omettant d'en informer son client en temps utile pour lui permettre de les retirer. Il ne s'ensuit pas pour autant que la restitution des titres, en nature, peut être ordonnée : « s'il convient, à raison de cette négligence, de condamner le Crédit commercial de France à réparer le préjudice éprouvé par Bassières du fait qu'il ne pourra obtenir ses titres français qu'avec un certain retard et se trouve même privé de ses titres étrangers, il n'est actuellement pas possible au Tribunal d'ordonner la restitution de ces derniers par la Banque défenderesse et de la frapper d'une astreinte, en cas de non-restitution, alors que la volonté des autorités occupantes fait obstacle à celle-ci et constitue à cet égard une véritable force majeure » (10).

Le principe est fondamental et évident : même s'il désapprouve la conduite du débiteur, le juge ne saurait le condamner à commettre des actes interdits par la loi étrangère. Il en va de même lorsque le débiteur s'est contractuellement chargé des risques de l'opération. Les exceptions au caractère exonératoire du fait du prince étranger ont trait exclusivement à la répartition des risques entre les parties.

Cette mise au point préalable étant faite, nous envisagerons successivement les dérogations *légal*es au principe de l'exonération du débiteur (Sect. I), puis les aménagements *conventionnels* aux règles de droit commun relatives aux interventions étatiques dans l'exécution des obligations (Sect. II).

(9) Mazeaud et Chabas, *op. cit.*, n^o 2507-2 ; comp., en droit allemand, BGB-RGRK, § 275, n^o 32 : « *zweckwidrig und widersinnig* » ; MünchKomm/Emmerich, § 275, n^o 57 : « *unsinnig* ».

(10) Trib. com. Marseille 17 décembre 1941, Gaz. Pal. 1942. 1. 151, réformé (mais uniquement en ce qui concerne le montant des dommages-intérêts) par Aix 16 octobre 1942, Gaz. Pal. 1943. 1. 109. Comp. Poitiers 10 février 1942, D.C. 1942. 146.

SECTION I

LES DÉROGATIONS LÉGALES AU PRINCIPE DE
L'EXONÉRATION DU DÉBITEUR

203. Dans certaines situations, le débiteur sera, de plein droit et indépendamment de toute stipulation contractuelle, privé du droit de se prévaloir de l'impossibilité d'exécution résultant de l'action des autorités étrangères. Le fait du prince peut avoir été prévisible (§ 1). Le débiteur peut avoir commis une faute qui lui rend imputables les conséquences du cas de force majeure (§ 2). Ou alors — situation particulière, qui ne concerne que certains débiteurs — la condition d'extériorité du fait du prince par rapport à la personne du débiteur peut ne pas être remplie (§ 3).

§ 1. — L'incidence de la prévisibilité du fait du prince

204. En droit français, l'imprévisibilité est traditionnellement considérée — avec l'irrésistibilité et l'extériorité par rapport à la personne et à l'entreprise du débiteur — comme l'un des critères élémentaires de la force majeure. Néanmoins, il est admis que la raison d'être de ce critère peut être ramenée à des considérations plus fondamentales encore : ainsi, un événement prévisible au moment de la conclusion du contrat n'exonérera pas le débiteur, puisque les parties sont censées l'avoir pris en considération et que le débiteur est réputé avoir assumé ce risque ; lorsque l'événement ne devient prévisible qu'en cours d'exécution du contrat, le débiteur est en faute de ne pas avoir pris les précautions supplémentaires qui s'imposaient pour l'éviter dans la mesure du possible (1). En matière extracontractuelle, on reprochera de même au défendeur de n'avoir pas veillé à éviter un événement prévisible. Ce sont là des considérations suffisamment générales pour qu'elles puissent se retrouver en dehors de la jurisprudence française (2) — même si l'accent n'est pas toujours mis aussi nettement sur la

(1) cf. Terré, Simler et Lequette, *Les obligations*, 5^e éd., 1993, n° 557. Conformément au principe général auquel nous venons de faire allusion (*supra*, n° 202), la sanction encourue par le débiteur ne pourra jamais être qu'une condamnation à des dommages-intérêts, et en aucun cas une condamnation à exécuter le contrat en nature : même si elle était prévisible, l'impossibilité d'exécution ne peut être réputée inexistante par le juge.

(2) V. ainsi, en droit suisse, TF 26 juin 1962, ATF 88 II 195, 203 : l'impossibilité d'exécuter une douteuse opération commerciale en Allemagne de l'Est étant prévisible, le débiteur qui a contracté sans

condition d'imprévisibilité et que la jurisprudence anglaise en particulier, très attentive aux circonstances de fait spécifiques de la cause, ne traite pas la prévisibilité de l'événement au moment de la conclusion du contrat comme un indice absolu d'acceptation des risques par le débiteur (3).

Sous réserve de cette dernière observation, l'imprévisibilité du cas fortuit peut être considérée comme un élément d'appréciation suffisamment caractéristique pour justifier un examen séparé, y compris dans son application au fait du prince étranger.

205. La question ne se prête pas aux *a priori*. Un auteur a certes pu estimer que lorsque le contrat est soumis au droit français, « il paraît douteux qu'un caractère imprévisible soit reconnu à un empêchement d'exécution consécutif à une *loi prohibitive* qui n'existait pas à l'époque de la conclusion du contrat. Sinon, il faudrait affirmer que toute modification législative est imprévisible, ce qui est absurde. On imagine quels désordres pourrait entraîner une telle conception dans un système interne ! » (4). Cependant, même si le souci d'éviter des désordres est toujours légitime, on observera que cette opinion, qui n'est pas présentée comme étant le fruit d'un examen de jurisprudence, ne correspond pas au droit positif français. Les tribunaux français, nous le savons, acceptent au contraire fréquemment de considérer comme cas de force majeure libératoire (et donc imprévisible) l'intervention d'une norme prohibitive étrangère.

En réalité, comme l'a déclaré — à propos, précisément, d'un fait du prince « interne » — la Chambre des requêtes dans son arrêt du 4 mai 1842 (5), « un événement que sa nature même soustrait au pouvoir de l'homme, reste dans la classe des cas fortuits, encore bien que la possibilité de sa réalisation ait dû se présenter à l'esprit au moment de la passation d'un contrat ». Le fait du prince ne cesse d'être exonératoire que s'il était spécifiquement et concrètement prévisible (6). C'est là l'attitude de la jurisprudence dominante. Ce sera donc avec une certaine réserve que l'on appréciera les décisions — peu nombreuses — qui ont cru pouvoir affirmer la

réserves ne peut faire plaider qu'elle ne lui est pas imputable — « *Wer eine Leistung verspricht, obschon er weiss, dass er sie möglicherweise nicht werde erbringen können, nimmt die Gefahr auf sich und hat die Nichterfüllung zu verantworten* ».

(3) cf. Chitty on Contracts, 26^e éd., Londres, 1989, vol. I, p. 1027 ; pour un exemple, v. *Ocean Tramp Tankers Corp. v. V/O Sovfracht (The Eugenia)* [1964] 2 Q.B. 226, C.A. : contrat conclu à un moment où la fermeture du canal de Suez était parfaitement prévisible, mais sans que les parties aient réussi à se mettre d'accord, lors des négociations, sur la répartition des risques : « *That meant that, if the canal were to be closed, they would "leave it to the lawyers to sort out"* » (p. 234, per Lord Denning M.R.) et les règles normales de la *frustration* restent applicables malgré la prévisibilité de l'événement : p. 238-239.

(4) A. Toubiana, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, 1972, n° 145.

(5) S. 1842. I. 618 ; cité *supra*, n° 131.

(6) V. en ce sens, à propos du contrôle des changes, B. Kleiner, *Internationales Devisenschuldrecht*, Zurich, 1985, p. 147 : « *... muss im Devisenbereich mit Nachdruck der Meinung entgegengetreten werden, es müsse immer mit Devisenmassnahmen gerechnet werden. Voraussetzbarkeit bedarf vernünftigerweise konkreter Grundlagen* ». V. aussi, pour une critique plus générale des conceptions « absolutistes » de l'imprévisibilité, P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, 1992, n° 55 et s. ; 66 et s.

prévisibilité d'interventions étatiques en procédant par catégories abstraites, par exemple en déclarant, d'une manière globale, que des mesures sanitaires empêchant le départ d'un navire correspondaient à des « chances toujours possibles » (7) ; ou encore en exprimant, sans nuances, la méfiance du juge à l'égard du système politique ou économique de l'Etat étranger concerné. La Cour d'appel d'Abidjan a ainsi estimé que l'embargo polonais de 1974 sur l'exportation du sucre ne pouvait exonérer un vendeur qui devait connaître « les risques connus par les marchés conclus avec les Etats à économie dirigée » et pour lequel « ce genre d'événement » n'était donc pas imprévisible (8) ; la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que « les opérateurs qui prennent part à [des transactions commerciales avec un organisme d'un pays de commerce d'Etat] supportent le risque que l'Etat dont relève l'organisme de commerce en question modifie ultérieurement par un acte souverain la législation régissant l'importation des produits vendus à cet organisme », et ceci « même si ces règles sont demeurées inchangées pendant une longue période » (9). Dans un esprit peut-être similaire, ont peut lire, dans une décision française de 1894, l'affirmation curieuse qu'en Amérique centrale, « la guerre et la révolution existent à l'état latent, qu'elles éclatent aujourd'hui pour cesser demain et recommencer le jour suivant » et qu'à ce titre elles constituent « des cas ordinaires et prévus » (10). Mais encore une fois, il ne suffit pas que le fait du prince corresponde à un « genre d'événement » envisageable, il faut qu'il ait été spécifiquement prévisible.

206. Appréciée *in concreto*, quand la prévisibilité du fait du prince peut-elle être légitimement constatée ?

Le premier cas est celui de la réglementation qui est en vigueur dès le moment de la conclusion du contrat. Certes, lorsque cette réglementation interdit, en des termes absolus, l'exécution du contrat sur le territoire de l'Etat étranger, nous sommes en présence d'un cas d'impossibilité préexistante de l'objet de l'obligation, et donc normalement en présence d'un cas de nullité de la convention (11). La question de la force majeure et de la prévisibilité ne se pose même pas. Elle se pose en revanche lorsque la réglementation préexistante ne fait que permettre une

(7) Paris 25 avril 1862, confirmé par Req. 7 juillet 1862, D.P. 1863. 1. 806 (mais les circonstances de fait de l'affaire étaient très particulières).

(8) Abidjan 9 mars 1979, Penant 1980. 182, 191. — La Chambre des Lords a considéré le même embargo polonais comme un cas de force majeure : *C. Czarnikow Ltd. v. Centrala Handlu Zagranicznego Rolimpex* [1979] A.C. 351.

(9) C.J.C.E. 13 octobre 1993, *An Bord Baine Co-operative et Inter-Agra/Intervention Board for Agricultural Produce*, aff. C-124/92, cons. n^{os} 13 et 15 (en matière de « cautionnement agricole » : cf. *supra*, n^o 71). La Cour a tenu à rappeler dans ce contexte qu'« un opérateur prudent ... est d'ailleurs parfaitement libre de choisir, en fonction de l'intérêt qu'il peut y trouver, ses partenaires commerciaux ». — V. dans la même affaire les conclusions, infiniment plus nuancées, de l'avocat général C. Gulmann, qui relève qu'« aucun élément du dossier ne vient ... corroborer » la thèse de la Commission — que la Cour a pourtant en définitive adoptée — selon laquelle « les entreprises devaient s'attendre à de soudaines modifications législatives précisément dans le cas de l'ex-URSS » (n^o 28).

(10) Trib. com. Seine 10 octobre 1894, J.D.I. 1895. 108, 109, avec une note qui ajoute que la même chose est vraie à propos des pays de l'Amérique du Sud.

(11) V. *supra*, n^o 25.

intervention administrative dans l'exécution du contrat, ou — situation plus fréquente — lorsqu'elle soumet celle-ci à une autorisation administrative préalable. Le débiteur a, dans ce cas, la possibilité de ne s'engager que sous réserve de l'obtention de la licence nécessaire (12). S'il omet de formuler cette réserve, et de se prémunir ainsi contre le risque de refus de l'autorisation, il ne sera guère fondé à soutenir que le refus — fait du prince spécifiquement prévisible — a été pour lui un cas de force majeure (13). Mais là encore, selon les circonstances, son exonération n'est pas radicalement exclue : ainsi, s'il est vrai que le refus de l'autorisation nécessaire n'est pas imprévisible, le retrait ou l'annulation de la licence une fois accordée pourra parfaitement l'être (14). De même, l'hypothèse d'une aggravation imprévisible, par une norme postérieure au contrat, de la situation administrative doit le cas échéant être réservée : un débiteur qui a accepté d'assumer le risque de simples difficultés ou retards dans l'obtention de sa licence n'a pas nécessairement pu prévoir l'édiction d'un embargo ou l'introduction d'un système de quotas rendant absolument impossible l'octroi d'une licence (15).

Le second cas à envisager est celui où la norme prohibitive (ou la norme soumettant à autorisation préalable l'exécution du contrat) n'existe pas encore au moment de la conclusion du contrat, mais où son édiction est elle-même prévisible. L'hypothèse est peut-être exceptionnelle, mais la situation politique peut être telle que l'édiction de mesures restrictives est imminente et que le débiteur doit en tenir compte, le fait du prince devenant spécifiquement prévisible. Le cas s'est présenté en jurisprudence (16). Cependant, il ne faut pas aller trop loin : il ne suffit pas de

(12) Ce qui laisse subsister, à sa charge, une obligation de bonne foi et de diligence dans l'accomplissement des démarches qui lui incombent : v. *infra*, n^o 210.

(13) cf. Com. 18 juin 1958, Bull. civ. III, n^o 257 ; comp., à propos de la non-obtention d'une licence de change française, Req. 4 janvier 1927, S. 1927. 1. 188 (« on ne peut considérer comme un cas de force majeure un fait qui rentrait dans l'application d'une loi bien antérieure au marché litigieux ») ; et v. Bruxelles 14 juillet 1951, J.P.A. 1951. 248, 250-251, ainsi que la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n^o 3093/3100 en 1979, J.D.I. 1980. 951, 953 ; Y.B.C.A. 7 (1982) 87, 91. *Adde*, en jurisprudence administrative française, à propos d'une problématique analogue, C.E. 29 juin 1962, *Société « Manufacture des machines du Haut-Rhin »*, Rec., p. 432, concl. contraires Ordonneau, qui décide que la passation d'un marché d'armes avec la Syrie comporte « nécessairement » un « aléa » que l'exportateur français ne peut ignorer et qui lui interdit de réclamer à l'administration réparation du préjudice né du refus de l'autorisation d'exportation, risque qu'il a « assumé ... en toute connaissance de cause » ; et dans le même sens, s'agissant d'une interdiction administrative de l'exécution d'un marché de fourniture de matériel nucléaire au Pakistan, C.E. 19 février 1988, *Société Robatel S.L.P.L.*, Rec., p. 74 ; D. 1988. 305, concl. Masson.

(14) cf. les circonstances de fait de l'affaire *Czarnikow v. Rolimpex*, précit., et la sentence arbitrale C.C.I. rendue en 1974 dans l'affaire n^o 2478, J.D.I. 1975. 925, Y.B.C.A. 3 (1978) 222.

(15) cf. les circonstances de fait de l'affaire *Pagnan S.p.A. v. Tradax Ocean Transportation S.A.* [1987] 1 All E.R. 81 ; [1987] 3 All E.R. 565, C.A. (v. spéc. p. 575, per Bingham L.J.).

(16) cf. *Bezirksgericht Zurich* 23 avril 1937, BIZR 1938, n^o 110, p. 226-227 ; Nouvelle Revue 1937. 624, 632 (les sanctions financières contre l'Italie du fait de l'annexion de l'Éthiopie, et les représailles italiennes, étaient prévisibles en novembre 1935, la Conférence des Etats membres de la S.D.N. ayant décidé le principe des sanctions dès le mois d'octobre 1935) ; Cour d'appel 18 juin 1915, Pas. lux. 10. 288 (la « guerre européenne » était prévisible le 29 juillet 1914) ; OLG Francfort 19 février 1991, RW 1991. 336, 337-338 (prévisibilité, en 1983, d'un embargo américain sur les ventes d'armes à la Syrie) ; mais v. la sentence C.C.I. rendue en 1985 en l'affaire n^o 4462 (sentence préliminaire sur la

bruits qui courent pour qu'une mesure devienne prévisible pour tous les opérateurs économiques (17); et c'est manifestement à juste titre qu'un tribunal allemand a jugé en 1915 que lors de la conclusion d'un contrat en 1911, la guerre mondiale n'était pas prévisible et que même si elle l'était, l'édiction du *Trading with the Enemy Act* anglais (législation apparemment sans précédent) ne l'était certainement pas (18).

D'autres situations peuvent se présenter (19); il n'est pas question de tenter de systématiser ici ce qui n'est pas vraiment systématisable. Nous pensons néanmoins que ces deux cas-types de prévisibilité de l'intervention étatique résument effectivement la plupart des hypothèses concrètes. Il s'ensuit également qu'il subsiste de nombreux cas dans lesquels le fait du prince n'aura, précisément, pas été prévisible. A en juger d'après la jurisprudence publiée, c'est même là la situation normale.

§ 2. — Le cas du débiteur fautif

207. La condition d'imprévisibilité du fait du prince s'explique, nous l'avons vu, en partie par la présomption que le débiteur a assumé les risques prévisibles de son action, mais en partie aussi par l'idée qu'il est en faute de n'avoir pas prévu et évité ce qui était prévisible et évitable. Le reproche du manque de diligence dans l'exécution de ses obligations peut également se retrouver à l'état pur. Dans ce cas — et nous en examinerons à présent les principales manifestations — ce qui est reproché au débiteur n'est, bien entendu, pas le respect de la norme prohibitive étrangère en tant que tel, mais sa négligence (ou son dol) qui a directement ou indirectement contribué à créer l'impossibilité d'exécution ainsi caractérisée.

A. — LA FAUTE CONCOMITANTE DU DÉBITEUR

208. La faute du débiteur n'a pas nécessairement causé ou provoqué le fait du prince. Parfois, elle ne fait que coïncider avec lui; mais la négligence du débiteur a été, à côté de la contrainte étatique, une condition *sine qua non* de l'inexécution de

force majeure), 29 I.L.M. 565, 590 (1990) (imprévisibilité, en 1980, de l'embargo américain contre la Libye); et l'appréciation indulgente de T.I. Paris (1^{er} arrondissement) 15 mars 1993, Rev. fr. dr. aé. 1993. 351 (à propos de la guerre du Golfe: « le déclenchement d'une guerre [entraînant, pour Air France, l'interdiction de survoler la zone des conflits] n'est pas réellement prévisible, même si elle a été précédée d'ultimatums ou d'embargos »).

(17) Aix 7 décembre 1892, confirmé par Req. 5 novembre 1894, J.D.I. 1895. 134 (déclarant imprévisible pour le débiteur une interdiction d'exportation du blé russe).

(18) OLG Kiel 8 avril 1915, JW 1915. 530, 531.

(19) V. ainsi, pour un cas de prévisibilité du fait du prince exclusivement due à des circonstances particulières au débiteur, TF 7 mars 1922, ATF 48 II 215 (une entreprise suisse impliquée en 1916 dans le commerce avec l'Allemagne devait prévoir son inclusion dans la « liste noire » de l'administration française).

l'obligation. Sa responsabilité reste, dès lors, engagée. Il s'agit là, à la vérité, d'une application pure et simple d'un principe général de la responsabilité civile (20).

Quelques exemples jurisprudentiels peuvent être cités. Rappelons-nous l'affaire *Bassières c. Crédit commercial de France* (21): il y était fait grief à la banque d'avoir omis d'informer son client du transfert de ses valeurs mobilières de Marseille à Bordeaux, et de l'avoir privé ainsi de la possibilité de les retirer en temps utile avant leur confiscation par l'occupant; c'était l'inexécution de ses obligations professionnelles ordinaires qui était reprochée au banquier, non le fait de ne pas avoir résisté aux ordres allemands (22). De même, des mandataires qui, en 1917, ne devaient livrer un colis à Pétrograd que *contre remise d'un chèque sur Paris*, mais qui ont accepté de s'en dessaisir *contre remboursement*, sont en faute pour avoir méconnu les stipulations de leur mandat: ils ne peuvent utilement invoquer l'interdiction qui leur est faite par les « soviets » de rapatrier en France les espèces versées par le destinataire (23). De même encore, le vendeur de marchandises qui n'a fait aucune diligence pour les livrer en temps utile ne saurait se prévaloir d'une interdiction d'exportation, ou d'un blocus, entrés en vigueur postérieurement (24).

Juridiquement, des cas de ce type ne se prêtent le plus souvent à aucune discussion; la difficulté (sans doute parfois réelle) résidera dans l'appréciation des faits.

B. — LE MANQUE DE DILIGENCE DU DÉBITEUR DANS L'OBTENTION D'UNE AUTORISATION ADMINISTRATIVE

209. La norme prohibitive étrangère n'édicte pas nécessairement une interdiction absolue d'exécuter l'obligation. Elle peut prévoir des possibilités de dérogation. Comme le débiteur est tenu de veiller loyalement à l'exécution de son obligation (on retrouve, là encore, la référence à la notion de bonne foi), il ne peut s'abriter derrière une interdiction de principe, même imprévue, que si elle s'avère insurmontable. Sa faute pourra consister, dans ce cas, dans le non-respect de ce devoir de loyauté. Dérivant d'un principe aussi général, le devoir de solliciter, dans

(20) Il appartiendra à la loi applicable à la responsabilité du débiteur de déterminer si, dans pareil cas, le cas de force majeure peut néanmoins être invoqué comme ayant constitué une cause étrangère *partiellement* exonératoire; sur les flottements du droit français à cet égard, cf. G. Viney, *La responsabilité: conditions* (*Traité de droit civil sous la dir. de J. Ghestin*, t. IV), 1982, n^{os} 402 et 414.

(21) Trib. com. Marseille 17 décembre 1941, Gaz. Pal. 1942. 1. 151 et Aix 16 octobre 1942, Gaz. Pal. 1943. 1. 109; *supra*, n^o 202.

(22) Comp. Paris 3 mai 1950, Gaz. Pal. 1950. 2. 71 (infirmité, mais pour des raisons de fait seulement, un jugement qui avait, dans une affaire similaire, « cru ... pouvoir retenir la responsabilité de la banque en la fondant sur quatre ... négligences qui, selon lui, auraient seules rendu possible le "fait du prince" et lui auraient fait perdre son caractère imprévisible et inévitable »).

(23) Trib. com. Seine 31 août 1922, J.D.I. 1922. 992 (ils sont responsables de leur faute, « quel que soit le bouleversement résultant de la turpitude actuelle de la Russie »).

(24) *Ross T. Smyth & Co. Ltd. v. W.N. Lindsay Ltd.* [1953] 1 W.L.R. 1280; Req. 19 novembre 1872, D.P. 1873. 1. 215; comp. *Tradax Export S.A. v. André & Cie S.A.* [1976] 1 Lloyd's Rep. 416, C.A.

la mesure du possible, une dérogation est susceptible d'être appliquée en matière extracontractuelle comme en matière contractuelle. La jurisprudence américaine en fait application en matière procédurale, dans les affaires de *discovery* internationale : le destinataire d'un ordre américain de production de pièces ne peut se borner à faire observer au juge que la législation de l'Etat sur le territoire duquel il détient les documents lui interdit de les divulguer ; s'il existe une possibilité, même lointaine, d'obtenir une dérogation à cette interdiction, il est obligé de démontrer, précisément, l'effort qu'il a entrepris de bonne foi à cette fin (25).

210. Une situation analogue, mais plus répandue au niveau international, est celle du contrat qui ne peut être exécuté qu'après obtention d'une licence administrative — licence d'exportation, licence d'importation, licence de change peut-être. L'existence d'un système de licences administratives fait naître, dans chaque cas, une double interrogation : laquelle des parties a la charge d'obtenir la licence nécessaire ? Et quelle est la nature de son obligation : simple obligation de moyens, ou obligation de résultat ou même de garantie ? (26) Chacune de ces questions peut donner lieu à des difficultés sérieuses, si bien que l'insertion, dans le contrat, d'une clause expresse consacrée à la question des licences se recommande certainement (27). En l'absence de clause expresse, il ne reste que l'interprétation de la volonté des parties et l'application des principes généraux — s'il en existe.

1° En ce qui concerne la partie chargée de demander la licence, il peut paraître normal de faire incombler cette tâche au débiteur de l'obligation dont l'exécution est soumise à autorisation (28), mais une solution contraire peut se déduire des circonstances, notamment lorsque son cocontractant dispose seul des informations nécessaires pour permettre l'obtention de la licence : il appartient alors au juge ou à l'arbitre de décider si le créancier devait se charger des démarches administratives, ou s'il lui suffisait de faire parvenir les informations en question au débiteur (29).

2° La nature de l'obligation de veiller à l'obtention de la licence dépend elle aussi, et plus encore, des circonstances. Lorsque le système d'autorisation administrative n'a été introduit — imprévisiblement — qu'en cours d'exécution du contrat, il serait excessif d'imposer au débiteur une obligation de résultat qu'il n'a jamais accepté, même tacitement ou implicitement, d'assumer : il suffira qu'il

(25) *Good faith effort* : v. l'arrêt *Société Internationale* de la Cour Suprême, *supra*, n° 98 et la jurisprudence citée *supra*, n° 101.

(26) Ces questions sont systématiquement posées en jurisprudence anglaise ; v. p. ex. *Pagnan S.p.A. v. Tradax Ocean Transportation S.A.* [1987] 1 All E.R. 81 ; [1987] 3 All E.R. 565, C.A.

(27) cf. P. Van Ommeslaghe, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (*hardship*) dans les contrats internationaux », *Rev. dr. int. dr. comp.* 1980. 7, 44-45. Sur ces clauses, v. aussi *infra*, n° 227 et s.

(28) Comp., en droit allemand, *MünchKomm/Emmerich*, § 275, n° 15 ; en droit américain, Corbin *on Contracts*, vol. VI, St. Paul, 1962, § 1347, p. 435.

(29) *V. A.V. Pound & Co., Ltd. v. M.W. Hardy & Co., Inc.* [1956] A.C. 588 ; *Handelsgericht Zurich* 8 mai 1935, *BIZR* 1935, n° 62.

accomplisse, de bonne foi, toutes démarches raisonnablement susceptibles de conduire à l'octroi de la licence (30).

La situation est moins simple lorsque le système administratif existait déjà au moment de la conclusion du contrat. Certes, le débiteur peut ne s'engager que sous réserve de l'obtention de la licence, et il sera bien conseillé de le faire expressément ; le cas échéant, la loi du contrat admettra l'existence d'une réserve implicite (31) ; dans chacun des deux cas, le débiteur n'assume qu'une obligation de moyens (32).

Mais s'il omet de formuler cette réserve ? Il risque alors d'être réputé tenu d'une obligation de résultat et de ne pouvoir s'exonérer par le seul fait — non imprévisible — que la licence lui a été refusée (33). Même en droit anglais (qui attache plus d'importance à la recherche de l'intention réelle des parties qu'à l'idée d'imprévisibilité de l'obstacle) il n'est pas exclu que le juge en vienne à conclure que le débiteur a assumé une obligation « absolue » (*absolute obligation*) d'obtenir la licence et qu'il n'est donc pas exonéré par la décision de refus de l'administration

(30) *Vidler & Co. (London) Ltd. v. R. Silcock & Sons, Ltd.* [1960] 1 Lloyd's Rep. 509 ; *Tradax v. André*, précit. (*supra*, note 24) ; *The Innerton*, 141 F.2d 931 (5th Cir. 1944).

(31) Comp. *In re Anglo-Russian Merchant Traders and John Batt & Co. (London)* [1917] 2 K.B. 679, C.A., où l'existence de la réserve implicite a été admise (à propos d'une licence anglaise) et *Partabmull Rameshwar v. K.C. Sethia (1944), Ltd.* [1951] 2 Lloyd's Rep. 89, H.L., où le contraire a été décidé (à propos d'une licence indienne), toujours par référence à la volonté présumée des parties. — V. aussi X. Dieux, « Questions relatives aux effets de la contrainte étatique sur les contrats économiques internationaux — Un point de vue belge », *Rev. b. dr. int.* 1987. 184, 197-198 (l'auteur doute de la possibilité d'admettre l'existence d'une réserve implicite en droit belge ou français, mais signale des points de vue doctrinaux contraires).

(32) cf. la sentence arbitrale *ad hoc* du 9 septembre 1983, Y.B.C.A. 12 (1987) 63, 78, qui relève — et c'est la logique même : « *When the parties have made the entry into force of the contract dependent on the issuance of necessary licenses, it cannot be assumed that the parties unconditionally wanted to guarantee issuance of licenses* » ; v. aussi *Brauer & Co. (Great Britain), Ltd. v. James Clark (Brush Materials) Ltd.* [1952] 2 All E.R. 497, C.A. *Adde*, à propos de l'obligation, pesant sur l'acquéreur d'un immeuble situé au Niger, de faire enregistrer le contrat de vente — formalité qu'il n'avait pu accomplir en raison d'une « opposition » de l'administration locale — Civ. 3^e 4 décembre 1991, *Bull. civ.* III, n° 308 : cassation de l'arrêt d'appel qui avait cru pouvoir en rendre responsable l'acquéreur, au motif que l'attitude des autorités nigériennes n'avait en l'espèce pas revêtu un caractère de force majeure, « sans préciser en quoi l'obligation, qui pesait sur la société Leyma, de procéder à l'enregistrement, constituait une obligation de résultat et sans caractériser une faute de cette société dans l'exécution par elle de son obligation d'accomplir la formalité d'enregistrement de l'acte ». — Sur la responsabilité du débiteur négligent, en droit interne français, v. A. Bernard, « L'autorisation administrative et le droit privé », *Rev. trim. dr. com.* 1987. 1, 30 ; A. Werner, « Le régime des actes de droit privé soumis à autorisation administrative », *R.D.P.* 1984. 731, spéc. p. 756-757 ; P. Amselek, note sous *Com.* 30 juin 1981, *D.* 1982. 222, 226 (étant observé que selon la position traditionnellement adoptée par la Cour de cassation — et apparemment remise en question, en matière de contrôle des changes, par *Com.* 20 mars 1990, *J.C.P.* 1991. II. 21634, note Amlon — l'absence d'autorisation administrative préalable entraîne la nullité du contrat soumis à autorisation, si bien que la responsabilité du débiteur sera de nature extracontractuelle).

(33) V. *supra*, n° 206, note 13 pour le droit français (absence d'imprévisibilité de l'obstacle) ; *adde*, en droit américain, la règle encore plus inflexible proposée par Corbin, *loc. cit.* (*supra*, note 28) et suivie, à propos d'une licence de change israélienne, par *Bank Leumi Trust Co. of New York v. Wulkan*, 735 F. Supp. 72, 78 (S.D.N.Y. 1990).

étrangère (34). Il ne s'ensuit pas pour autant que son obligation soit une obligation de garantie sans restrictions : lorsqu'elles sont imprévisibles malgré l'existence du système de licences, l'annulation de la licence une fois accordée, ou l'édition d'un embargo absolu, pourront le cas échéant constituer des cas de force majeure libératoires (35).

Lorsque — situation peut-être la plus typique, certainement la plus intéressante — le débiteur n'assume qu'une obligation de moyens, sa responsabilité n'est pas seulement engagée s'il s'est tout simplement abstenu de demander la licence requise (36) ou s'abrite derrière une législation prohibitive, sans solliciter une dérogation administrative qui est, en pratique, presque systématiquement accordée (37). Il répond également d'un manque de diligence moins extrême : il a été décidé qu'un vendeur de marchandises qui n'avait demandé une licence d'exportation que tardivement, et avait omis d'introduire immédiatement une demande complémentaire après avoir obtenu une autorisation partielle, ne justifiait pas avoir fait son possible en temps utile et n'était dès lors pas exonéré par un embargo ultérieurement imposé (38). Et le débiteur doit, pour le moins, consacrer à l'exécution de son contrat les mêmes soins qu'il consacre à ses intérêts personnels : un arrêt américain a, ainsi, pu douter de la bonne foi contractuelle d'une banque qui se prétendait dans l'impossibilité d'obtenir des autorités philippines l'autorisation de rembourser, à partir des avoirs de sa succursale locale, le dépôt d'un client — mais qui avait réussi, pendant la même période, à se faire autoriser à rapatrier plus de vingt-cinq millions de dollars à titre de profits (39). Il faut, en somme, que l'attitude du débiteur reste crédible.

C. — LE FAIT DU PRINCE ÉTRANGER PROVOQUÉ PAR LE DÉBITEUR

211. La responsabilité du débiteur est établie de la manière la plus nette si c'est par le comportement fautif du débiteur lui-même que l'intervention des autorités étrangères a été provoquée. Lorsque la faute du débiteur est, ainsi, la cause du fait du prince, elle constitue également la cause réelle de l'inexécution de l'obligation : il ne saurait être question, par conséquent, pour le débiteur de s'exonérer en invoquant l'impossibilité d'exécution due à une cause étrangère.

(34) Pour des exemples, v. l'arrêt *Partabmull Rameshwar v. K.C. Sethia (1944) Ltd.*, précit. ; *Peter Cassidy Seed Co. Ltd. v. Osuusukkukauppa L.L.* [1957] 1 All E.R. 484 ; et en présence d'une clause contractuelle particulièrement explicite : *Atisa S.A. v. Aztec A.G.* [1983] 2 Lloyd's Rep. 579.

(35) V. les affaires *Czarnikow v. Rolimpex et Pagnan v. Tradax* citées *supra*, n° 206, notes 14 et 15.

(36) Comp., affirmant la responsabilité *extracontractuelle* du débiteur ayant omis de solliciter une licence de change étrangère et ayant donc causé l'inefficacité du contrat par application de l'art. VIII.2.b des statuts du F.M.I. ou la défaillance d'une condition suspensive expresse, Com. 7 mars 1972, R. 1974. 486, note Eck ; 22 mai 1979, Bull. civ. IV, n° 169 ; v. aussi Com. 30 janvier 1973, Bull. civ. IV, n° 55.

(37) Bruxelles 17 janvier 1970, Pas. b. 1970. II. 89 (à propos de la réglementation zairoise de la cession d'immeubles).

(38) *Agroexport State Enterprise for Foreign Trade v. Compagnie Européenne de Céréales* [1974] 1 Lloyd's Rep. 499.

(39) *Wells Fargo Asia Ltd. v. Citibank, N.A.*, 936 F.2d 723, 728 (2d Cir. 1991).

Il n'est pas nécessaire, pour que sa responsabilité soit engagée, que le débiteur ait agi dans le but précis de rendre impossible l'exécution de son obligation. Il peut avoir agi par négligence : c'est ainsi qu'a été jugé non exonératoire, pour un transporteur maritime, l'arrêt du navire dans un port étranger, lorsqu'il s'agissait d'un arrêt pour dettes contractées par le capitaine sans constitution de garanties adéquates (40), ou la « dératisation » forcée du navire par fumigation qui avait endommagé la cargaison, lorsqu'elle n'était que la conséquence nécessaire de l'insalubrité du navire (41). De même la faute du débiteur peut avoir été volontaire en elle-même, mais sans qu'il ait spécifiquement voulu l'intervention publique qui en a été le résultat : il a été jugé que l'inculpé libéré sous caution perd son droit à restitution de la caution lorsqu'il ne s'est pas présenté à son procès, alors même que son absence s'expliquerait par son emprisonnement dans un Etat tiers, pour un délit qu'il vient d'y commettre (42), ou que le dépositaire qui dénonce volontairement, en 1941, à la police l'identité juive des déposants ne peut invoquer la confiscation de leurs biens comme cas de force majeure libératoire (43).

212. L'hypothèse de l'action dolosive du débiteur, qui agit volontairement afin de se soustraire à ses obligations, présente cependant plus d'intérêt. Elle peut prendre deux formes. La première, qui est (si les circonstances le leur permettent) à la disposition de tous les débiteurs de mauvaise foi, consiste à déplacer volontairement à l'étranger — et dans un pays où est en vigueur une norme prohibitive — le lieu d'exécution de l'obligation. La situation, qui n'est pas sans analogie avec certains cas de fraude à la loi au sens du droit international privé (44), s'est présentée, en matière de *discovery* internationale, dans l'affaire du « cartel de l'uranium » qui a occupé les tribunaux américains à la fin des années 1970 et au début des années 1980. Les tribunaux ont estimé que certaines des sociétés défenderesses étaient déchues du droit d'invoquer l'impossibilité de soumettre au juge américain des documents ayant trait à leurs opérations aux Etats-Unis, puisqu'elles avaient consciemment poursuivi une politique de destruction de ces documents ou — ce qui revenait au même — une politique de localisation systématique de ces documents au Canada, où était en vigueur une loi de blocage :

« When a party places documents outside this country with the expectation that production of those documents will be frustrated in litigation here, the strong policy in favor of broad discovery dictates that that party bear the consequences of the dilemma created by the realization of its expectations » (45).

La deuxième forme d'action dolosive n'est ouverte qu'aux débiteurs qui entretiennent des relations privilégiées avec les autorités gouvernementales du pays

(40) Trib. com. Anvers 13 juillet 1921, J.P.A. 1922. 128.

(41) *Ciampa v. British India Steam Navigation Co. Ltd.* [1915] 2 K.B. 774.

(42) cf. *Taylor v. Taintor*, 16 Wall. (83 U.S.) 366 (1873).

(43) Paris 25 octobre 1948, Gaz. Pal. 1948. 2. 234.

(44) Comp. l'hypothèse de fraude à la loi discutée par Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, t. I, 8^e éd., 1993, n° 371, p. 595 (« un meuble sera transporté à l'étranger pour le soumettre à un régime prohibé par la loi française ») avec l'exemple jurisprudentiel qui suit au texte.

(45) *United Nuclear Corp. v. General Atomic Co.*, 629 P.2d 231, 309 (N.M. 1980) ; v. aussi *General Atomic Co. v. Exxon Nuclear Co., Inc.*, 90 F.R.D. 290 (S.D. Cal. 1981).

étranger. Elle consiste à provoquer l'édiction même de la norme prohibitive. L'affaire du « cartel de l'uranium » en a apparemment été un exemple. Les sociétés défenderesses faisaient valoir, entre autres, la *Foreign Sovereign Compulsion Defense* (46) : leur comportement anticoncurrentiel leur aurait été dicté par le gouvernement canadien. Une juridiction américaine a considéré cet argument comme d'autant moins pertinent qu'il existait des indices permettant de penser que ces sociétés, loin de subir passivement les commandements de ce gouvernement étranger, l'avaient au contraire clandestinement encouragé à durcir sa position (47).

Le fait du prince volontairement provoqué par le débiteur n'est pas seulement insusceptible d'exonérer celui-ci de sa responsabilité ; au contraire, le fait même de conspirer avec les autorités étrangères dans le but de nuire à un concurrent pourrait constituer une violation du droit de la concurrence : l'idée a été avancée en droit américain (48) et paraît avoir été retenue par la Commission des Communautés européennes dans l'affaire des *Comités armatoriaux franco-ouest-africains* (49). La Commission y reproche aux membres de ces comités d'avoir « déployé des efforts renouvelés en vue d'obtenir des autorités africaines par voie réglementaire ce que ces membres ont eux-mêmes appelé le "bouclage" du trafic » et d'avoir collaboré à l'application d'un système de sanctions à l'encontre des armateurs hors-comités. La Commission admet certes que « le fait pour une association d'entreprises de faire

(46) Sur cette notion du droit américain de la concurrence, v. *supra*, n° 75 et s.

(47) cf. *United Nuclear Corp. v. General Atomic Co.*, précit., p. 262-263.

(48) V. en ce sens K. Brewster, *Antitrust and American Business Abroad*, New York/Londres, 1958, p. 95, et en jurisprudence *United States v. Sisal Sales Corp.*, 274 U.S. 266 (1927). — Pendant longtemps, les tribunaux américains ont toutefois hésité à connaître des demandes, même dirigées à l'encontre de co-conspirateurs privés, dont l'objet incident était (selon les tribunaux) de remettre en cause la légitimité des actes d'un gouvernement étranger : v., appliquant la théorie de l'*Act of State*, *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909) ; *Hunt v. Mobil Oil Corp.*, 550 F.2d 68 (2d Cir. 1977) ; *Hunt v. Coastal States Gas Producing Co.*, 583 S.W.2d 322 (Tex. 1979) ; et dans une affaire dont l'examen aurait impliqué la détermination, par le juge américain ou anglais, de la légitimité d'un décret étendant les limites des eaux territoriales de l'Etat arabe intéressé — décret dont il était prétendu qu'il avait été antidaté par le chef d'Etat à l'instigation d'un concessionnaire pétrolier et au détriment d'un concurrent : *Occidental Petroleum Corp. v. Buttes Gas & Oil Co.*, 331 F. Supp. 92 (C.D. Cal. 1971), confirmé 461 F.2d 1261 (9th Cir. 1971) ; en Angleterre : *Buttes Gas and Oil Co. v. Hammer* [1982] A.C. 888. — V. cependant *W.S. Kirkpatrick & Co., Inc. v. Environmental Tectonics Corp., International*, 493 U.S. 400 (1990), cité *infra*, n° 281, qui inaugure sans doute une approche plus restrictive de la théorie de l'*Act of State* dans les litiges entre concurrents privés ; cet arrêt (p. 406-408) met en doute le bienfondé de la motivation de l'arrêt *American Banana* ; et cf. *Lamb v. Phillip Morris, Inc.*, 915 F.2d 1024 (6th Cir. 1990), qui décide que la théorie de l'*Act of State* ne s'oppose pas à la recevabilité d'une demande en dommages-intérêts fondée sur la violation des lois *antitrust* par la corruption de fonctionnaires étrangers ayant consenti au défendeur des avantages, d'ordre réglementaire, exorbitants. — Une autre limite à la possibilité, pour les tribunaux américains, de sanctionner le comportement d'entreprises provoquant l'édiction de normes défavorisant leurs concurrents est la doctrine *Noerr-Pennington* — formulée, dans le contexte fédéral américain, par les arrêts de principe *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961) et *United Mine Workers of America v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965) — qui réserve notamment l'exercice du droit de pétition ; v., en faveur de la transposition de cette doctrine aux situations internationales, U.S. Department of Justice, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, 1988, p. 102-105 (la question n'est pas définitivement tranchée en jurisprudence : *ibid.*, p. 104 et les références citées).

(49) Décision du 1^{er} avril 1992, J.O.C.E. du 18 mai 1992 ; cf. *supra*, n° 79.

valoir auprès d'autorités publiques des intérêts communs à ses membres ne constitue pas en lui-même une infraction aux règles de concurrence », mais critique le fait que ces interventions « ont eu pour seul objet d'obtenir l'adoption de mesures destinées à renforcer leur position dominante ». Elle ajoute — résumant parfaitement la situation du débiteur qui provoque lui-même le fait du prince — qu'« il est pour le moins paradoxal que des entreprises sollicitent d'autorités publiques la couverture de leurs pratiques restrictives pour ensuite soutenir que ces pratiques échappent à l'application de l'article 85 au motif qu'elles auraient été imposées par ces mêmes autorités publiques » (50).

§ 3. — La condition d'extériorité du fait du prince

213. L'une des raisons pour lesquelles le fait du prince est traditionnellement considéré comme cas de force majeure par excellence est, à côté de son irrésistibilité absolue, son extériorité certaine : comme le débiteur ne s'identifie pas à l'Etat auteur de la norme, l'obstacle ne lui est pas imputable. La règle admet-elle des exceptions ? Le débiteur peut-il, en d'autres termes, être parfois identifié à la puissance publique dont l'intervention perturbe l'exécution de son obligation ?

Il a été suggéré — mais il s'agit d'une opinion isolée — que chaque débiteur doit être réputé responsable des actes de « son » gouvernement, c'est-à-dire des actes de l'Etat dont il est le ressortissant. La doctrine allemande des années 1930 illustre bien ce point de vue idéologique. L'idée de solidarité nationale impliquerait que les décisions de l'Etat, qui sont supposées intervenir dans l'intérêt de la collectivité nationale, engagent chaque citoyen personnellement : ainsi, lorsque l'Etat introduit une réglementation restrictive des changes, le débiteur est « représenté, du point de vue du droit public, par son Etat » et ne peut s'exonérer en invoquant le fait du prince (51). L'idée se retrouve dans quelques décisions judiciaires anglaises, isolées elles aussi, des temps de guerre (52). Elle doit être récusée : la question de la force majeure est une question de droit privé, non de droit public ; la répartition des risques entre cocontractants privés n'est pas et ne doit pas être une question politique. Les tribunaux l'ont compris, puisqu'ils ne font pas

(50) p. 20. On peut se demander si cette décision — à supposer qu'elle représente l'état définitif du droit communautaire sur ce point — laisse ouverte la possibilité de l'adoption d'une doctrine *Noerr-Pennington* (cf. la note 48 *supra*) communautaire.

(51) K. Koepfel, *Die deutsche Devisengesetzgebung im internationalen Privatrecht*, Berlin, 1938, p. 148-150 ; v. aussi les références citées par M. Domke, « La législation allemande sur les devises en droit international privé », J.D.I. 1937. 226, 243.

(52) V., dans le contexte du conflit entre les ordres de *discovery* des juridictions anglaises des prises et la loi de blocage suédoise (*supra*, n° 90), *The Baron Stjernblad* [1918] A.C. 173, 180 (« a neutral cargo owner would appear to be quite as responsible for the actions of his own Government as he is for the action of the master or crew of the vessel on which the cargo is shipped ») ; comp. dans un contexte différent *Touteng v. Hubbard* (1802) 3 Bos. & Pul. 291, 302 ; 127 E.R. 161, 167 (« must not every subject of the Swedish state be answerable for what we must consider as an act of aggression on the part of his sovereign ? »).

dépendre la libération du débiteur de sa nationalité ; toute la jurisprudence que nous avons examinée jusqu'à présent est là pour en témoigner. Il est rare, en fait, que la question soit même posée ; mais lorsqu'elle l'est, il n'est pas douteux que la seule réponse acceptable est celle que donna le *Reichsgericht*, en 1918, pour admettre qu'un ressortissant français pouvait invoquer devant les tribunaux allemands l'impossibilité d'exécution résultant de la législation française sur le commerce avec l'ennemi : « Les actes de la puissance publique de l'Etat dont un contractant est le ressortissant ne sont pas des actes de ce contractant ; du point de vue du droit privé, il n'est pas responsable des actes de sa puissance publique » (53).

Il peut donc à première vue paraître surprenant que la clause-type de force majeure proposée par la Chambre de Commerce Internationale (54), après avoir appelé l'effet exonératoire des « actes de l'autorité, qu'ils soient licites ou illicites », en vienne à formuler dans son paragraphe 2 une exception selon laquelle :

« Sauf stipulation contraire dans le contrat, les empêchements ne comprennent pas l'absence d'autorisation, de licence, de visa d'entrée ou d'autorisation de séjour, ou d'approbations nécessaires à l'exécution du contrat et devant être délivrée par une autorité publique quelconque du pays de la partie qui demande l'exonération de sa responsabilité ».

La portée de l'exception est cependant éclairée par les « observations et commentaires » annexés : « On peut considérer comme raisonnable cette répartition du risque si l'obligé est une entreprise publique ou un Etat étranger dont les autorités doivent accorder les autorisations nécessaires. Si l'entreprise n'a aucun lien privilégié avec les autorités qui doivent délivrer l'autorisation, une demande de l'obligé en vue d'insérer une clause l'excluant des conséquences d'un refus ou d'un retrait peut sembler plus acceptable à l'autre partie. Les parties devront alors modifier la présente clause en conséquence » (55). La formulation proposée, inadéquate dans les rapports entre contractants privés, paraît donc être destinée essentiellement à servir de base de négociation avec un cocontractant étatique ou paraétatique. L'idée est habile. Avec le développement des activités commerciales étatiques, il est en effet devenu parfaitement possible que le débiteur susceptible d'invoquer les « actes de l'autorité » soit l'Etat étranger lui-même (A) ou un organisme étatique personnalisé (B). C'est dans ces hypothèses que la question de l'extériorité du fait du prince en vient à représenter un réel problème.

A. — LE DÉBITEUR EST L'ÉTAT ÉTRANGER LUI-MÊME

214. Lorsque l'Etat (agissant, par exemple, à travers un service public non personnalisé) est débiteur d'une obligation, une norme prohibitive émise par l'un de ses propres organes ne répond certainement pas à une conception orthodoxe de la force majeure. Admettre une véritable exonération de l'Etat par le fait du prince,

(53) RG 14 mai 1918, LZ 1918. 1145, 1146.

(54) *Force majeure et imprévision*, publication C.C.I. n° 421 (Paris, 1985).

(55) *ibid.*, p. 15-16.

c'est-à-dire par son propre fait, peut paraître incompatible avec la notion même d'obligation. L'idée d'unité de l'Etat interdit de distinguer, pour ce qui est de l'imputabilité des actes étatiques, entre l'Etat-débiteur et l'Etat-puissance publique — de même qu'elle devrait interdire de distinguer entre les différents services publics non personnalisés de l'Etat pour permettre au service public débiteur de s'exonérer par la preuve de l'intervention *jure imperii* d'un autre service public du même Etat. Ce sont là les conséquences logiques de l'appréciation du comportement de l'Etat par référence à des critères de droit privé tels la notion de force majeure.

En acceptant pour le moment la validité de cette référence à l'idée de force majeure, nous constaterons que dans les (rares) cas où l'on plaide devant eux l'exonération de l'Etat par le fait du prince, les tribunaux n'ont pas toujours adopté une attitude absolument cohérente. L'affaire du naufrage du *Lamoricière* en a été un exemple en droit interne français : la Cour de cassation y a admis que l'Etat français (service des Transports maritimes) pouvait se prévaloir à l'égard des parents des victimes non seulement de la survenance d'une tempête d'une exceptionnelle violence, mais encore du « fait du prince » : le charbon imposé aux Transports maritimes par le service de la Production industrielle avait été de mauvaise qualité. Il y avait là « une autre cause étrangère de nature à faire céder la présomption de responsabilité qui pesait sur eux » (56). Ce raisonnement n'est acceptable qu'à condition de faire abstraction de l'unité de l'Etat et de considérer la situation des personnes physiques chargées d'exécuter l'obligation pour le compte de l'Etat, sans s'arrêter au fait que l'Etat constitue un débiteur (ou, si l'on veut, une entreprise) unique. Mais tel fut également le raisonnement adopté par la juridiction américaine appelée à statuer, dans l'affaire de l'*Amoco Cadiz*, sur une demande de production de pièces formulée par les défenseurs américains à l'encontre de la République française, demanderesse. Il s'agissait de procès-verbaux des commissions d'enquête parlementaires créées à l'Assemblée Nationale et au Sénat après le naufrage. Le tribunal admit, dans un premier temps, que ces pièces — bien que déposées aux archives parlementaires — étaient bien sous le « contrôle » de la République française, partie au procès (57). Il ne rejeta pas pour autant complètement le moyen de défense que la France prétendait tirer de la loi de blocage française de 1980 (58) : certes, une « balance des intérêts en cause » justifiait certaines sanctions d'ordre procédural à l'encontre de la France, mais au même titre qu'à l'égard d'un plaideur privé. La sanction extrême du rejet pur et simple de la demande n'aurait été justifiée qu'en cas de refus délibéré d'obéir à l'ordre de production de pièces ; mais en l'espèce, la loi de blocage devait être prise en considération par le juge et pouvait être invoquée par l'Etat français lui-même :

« It is possible to reason that, since the law which bars France's compliance is a law enacted by France (and could be repealed by France), therefore, France cannot hide

(56) Com. 19 juin 1951, D. 1951. 717, 2^e arrêt, note Rodière, confirmant Aix 5 janvier 1949, D. 1949. 575 ; v. aussi Aix 4 décembre 1945, D. 1946. 195.

(57) *In re Oil Spill by the "Amoco Cadiz"* (N.D. Ill. 1^{er} avril 1980) ; le jugement pose la question de savoir « whether the Republic of France, in this litigation not as an agency, but as a nation and a party, has sufficient control over the documents to release them pursuant to a discovery request », et répond par l'affirmative (p. 4).

(58) Sur cette loi, cf. *supra*, n° 96.

behind its own legislative conduct as a justification for its inability to comply with the court's order. But this reasoning is an oversimplification of the matter. France is not a person, but a tripartite government. The Executive Branch, which is pursuing this litigation, can neither ignore legislation nor change it. It cannot be charged, therefore, with the degree of willfulness necessary to support the sanction of dismissal or adverse judgment » (59).

Si le résultat de ces réflexions peut paraître équitable, le raisonnement lui-même reste étrange : s'il fallait vraiment apprécier le comportement de la République française par référence à un critère de droit privé (en l'espèce la *willfulness* au sens du droit américain de la procédure civile), il fallait aller jusqu'au bout et considérer que la France, précisément, constitue une personne morale unique et qu'il ne saurait être question de distinguer, pour les besoins de l'imputabilité, entre ses organes exécutif et législatif.

Un raisonnement impeccable au regard de la notion orthodoxe de force majeure a en revanche été adopté par un arrêt de la Cour de Colmar statuant — dans un contexte procédural assez particulier — sur la responsabilité de l'Etat allemand, exploitant des chemins de fer rhénans, du fait de retards dans le transport dus à la grève poitlique de 1923 (60) :

« qu'il est certain et non contesté d'ailleurs par l'administration défenderesse que cette grève a été ordonnée dans un but politique par le gouvernement allemand, à l'effet d'entraver l'occupation de la Ruhr par les troupes françaises ; qu'en prenant cette mesure, et en en ordonnant l'exécution sur les réseaux rhénans, alors propriété de l'Etat allemand administrée par les Directions placées sous son autorité, l'Etat allemand a volontairement suspendu les transports sur ces réseaux ; qu'ayant ainsi lui-même paralysé ses propres organismes, il ne peut prétendre avoir été victime d'un obstacle irrésistible, imprévu et imprévisible qui l'eût mis dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations de transporteur ».

L'arrêt ne considère pas l'ordre du gouvernement allemand comme un acte *jure gestionis* accompli dans le cadre de l'exploitation commerciale des réseaux de chemin de fer — il le caractérise, au contraire, comme étant une « mesure administrative » (61) — ; mais il n'estime pas non plus pouvoir distinguer, à l'intérieur de l'Etat allemand, entre l'administration des chemins de fer d'une part et, d'autre part, le gouvernement ordonnant des grèves politiques. Du point de vue du droit des contrats, il faut l'approuver.

De même, dans l'affaire *Rolimpex*, qui concernait une action en responsabilité contractuelle pour inexécution d'un contrat de vente de sucre, les tribunaux anglais n'ont admis l'organisme polonais Rolimpex à invoquer l'interdiction d'exportation

(59) *In re Oil Spill by the "Amoco Cadiz"*, 93 F.R.D. 840, 842-843 (N.D. Ill. 1982).

(60) Colmar 7 juillet 1926, Rev. jur. Als. Lorr. 1928. 358, 361. Procéduralement, il s'agissait d'une action dirigée contre l'Administration des chemins de fer d'Alsace et de Lorraine : un transport international (de Strasbourg à Mayence) étant en cause, tous les « réseaux participant au transport international » étaient solidairement responsables conformément à la Convention de Berne applicable ; mais en fait, la seule question débattue était, dans les circonstances de l'espèce, celle de la responsabilité du réseau allemand.

(61) p. 361.

polonaise de 1974 (comme « intervention gouvernementale » au sens d'une clause de force majeure) qu'après avoir constaté que cet organisme ne s'identifiait pas à l'Etat polonais (62) ; ils ont souligné que s'il en était allé autrement — c'est-à-dire si Rolimpex avait été un simple « département gouvernemental » — l'Etat polonais n'aurait pu se prévaloir ainsi de sa propre intervention et la présenter comme cas de force majeure : la condition d'extériorité n'aurait pas été remplie (63).

215. Ce qui précède vaut du point de vue du droit privé, comme observation sur l'invocabilité *en tant que cas de force majeure* du fait du prince par l'Etat étranger lui-même. La conclusion, en bonne logique, doit être négative. Mais ce n'est pas à dire que l'Etat ne puisse jamais influencer, en exerçant son pouvoir normatif, sur ses propres obligations. Précisément, l'Etat n'est pas un débiteur comme les autres — ou du moins, même lorsqu'il s'engage comme simple commerçant et dans le cadre du droit privé, *pas seulement* un débiteur comme les autres. Il lui incombe aussi la charge de veiller à l'intérêt général : c'est là une considération — une considération de droit public cette fois-ci — qui peut sous certaines conditions justifier une intervention étatique, et lui faire perdre son caractère de violation illicite des obligations assumées par l'Etat, sans recours à l'idée de force majeure.

L'accent doit-il être mis sur les droits de l'Etat comme souverain, ou sur ses obligations comme contractant et sur le principe *pacta sunt servanda* ? On retrouve là une question qui a été discutée surtout à propos des accords de développement économique à longue durée, structurés comme « contrats d'Etat » et tendant à mettre l'Etat et son cocontractant privé sur un pied d'égalité (64) ; mais elle se pose aussi à propos d'accords moins ambitieux, simples contrats commerciaux de l'administration étrangère.

216. C'est, en réalité, un équilibre qu'il convient de rechercher. Le principe *pacta sunt servanda* est sans doute reconnu, sous une forme ou une autre, par tous les systèmes juridiques ; et c'est un principe qui a assurément une valeur fondamentale dans le commerce international (65). Mais une même importance peut être reconnue aux prérogatives de l'Etat cocontractant d'une personne privée.

Le droit français en est peut-être le meilleur exemple. L'administration peut certes conclure des contrats, mais elle ne peut pas pour autant renoncer contractuellement à exercer les compétences de droit public dont elle est titulaire : c'est l'idée qui justifie, dans le droit français des contrats administratifs, le pouvoir

(62) Sur cette question, cf. *infra*, n° 222.

(63) V. surtout *C. Czarnikow Ltd. v. Centrala Handlu Zagranicznego Rolimpex* [1978] Q.B. 176, 194, C.A., per Lord Denning M.R. (« It cannot rely on a self-induced "intervention" any more than it could rely on a self-induced frustration »).

(64) V. la présentation des termes du débat par P. Weil, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », R.C.A.D.I. 1969-III. 95, 208 et s.

(65) Il figure, aussi bien, en tête de la liste (pourtant empreinte d'un subtil scepticisme) des règles de la *lex mercatoria*, dressée par Lord Justice Mustill, « The New *Lex Mercatoria* : The First Twenty-five Years », *Liber Amicorum Lord Wilberforce*, Oxford, 1987, p. 149, 174.

de modification unilatérale du contrat par l'administration contractante (66). A côté de cette possibilité, réservée à l'administration, d'agir directement en vue de modifier le contrat, il existe une possibilité d'intervention indirecte, qui intéresse tout particulièrement la présente discussion ; il s'agit du principe selon lequel l'administration, ne pouvant se dépouiller contractuellement de son pouvoir normatif, peut toujours édicter les règlements ou prendre les décisions nécessaires, même s'ils doivent avoir pour effet de porter atteinte aux contrats conclus par cette même administration (67). L'appréciation de la licéité de cette intervention normative de l'administration se fait par rapport aux critères généraux de la légalité des actes administratifs : l'administration commettrait un détournement de pouvoir si elle exerçait ses prérogatives extrafinancières dans un but financier (68) ; l'exercice de ces pouvoirs ne peut donc avoir pour seul objet de décharger l'administration de ses obligations. Mais il est admis que si les pouvoirs publics sont en principe tenus au respect des contrats en cours, « dans certaines circonstances, ceux-ci peuvent être remis en cause par des dispositions nouvelles, ce qui vaut pour les contrats administratifs aussi bien que pour les contrats de droit commun » (69). L'ensemble de ces prérogatives de l'administration traduit « l'irruption des données d'intérêt général dans les mécanismes contractuels » et la nécessité de concilier les compétences statutaires des autorités publiques avec l'exécution des contrats en cours (70).

Dans la conception du droit français, cette conciliation passe dans une large mesure par le respect du droit du cocontractant privé à l'équilibre financier du contrat. L'administration peut modifier unilatéralement (ou résilier) le contrat administratif, mais elle doit indemniser son cocontractant. Et le droit à indemnité existe même dans certains cas d'atteinte indirecte au contrat par suite de l'exercice des prérogatives de puissance publique de l'administration contractante ; il s'agit de la théorie du « fait du prince » au sens du droit administratif français (71). Lorsque les conditions de l'indemnisation du cocontractant sont remplies, la responsabilité de l'administration n'est pas encourue en raison d'une faute qu'elle aurait commise en violant le contrat ; par hypothèse, l'administration agit légalement dans l'exercice

(66) A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. II, 1984, n° 1169, p. 390.

(67) *ibid.*, p. 392 et n° 1293, p. 517-518.

(68) cf. G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, 12^e éd., 1992, t. II, p. 337 et s.

(69) de Laubadère, Moderne et Delvolvé, *op. cit.*, n° 1295, qui soulignent que le législateur, pas plus que l'administration, ne peut *arbitrairement* porter atteinte aux contrats de l'Etat ; sur le problème général du conflit entre stabilité des situations contractuelles et application immédiate des mesures de l'administration, v. A. de Laubadère et P. Delvolvé, *Droit public économique*, 5^e éd., 1986, n° 202 et s.

(70) de Laubadère, Moderne et Delvolvé, *op. cit.*, n° 1169, p. 391.

(71) Pour l'origine de cette théorie, v. Hauriou, note sous C.E. 8 mars 1901, *Prévet et Cie*, S. 1902. 3. 73 ; et pour son régime (nuancé) ; v. de Laubadère, Moderne et Delvolvé, *op. cit.*, n° 1290 et s. : en principe, une certaine spécialité du préjudice subi par le cocontractant de l'Etat est requise pour ouvrir droit à indemnité ; cette condition n'est pas remplie en présence de mesures générales frappant le cocontractant au même titre que les autres administrés. L'indemnisation n'est due que si l'auteur de la mesure est l'autorité contractante elle-même ; mais il n'y a pas lieu, s'agissant de l'Etat, de distinguer entre ses différents services non personnalisés (n° 1302).

de ses prérogatives de puissance publique auxquelles le contrat n'a pu porter atteinte ; il s'agit d'une forme de responsabilité contractuelle sans faute directement fondée sur le principe de l'équilibre financier du contrat (72).

Le droit français n'est pas seul à limiter ainsi la portée du principe de l'effet obligatoire du contrat. La possibilité d'une modification unilatérale des contrats administratifs est reconnue par d'autres systèmes juridiques (73) ; surtout, l'idée selon laquelle les pouvoirs publics ne peuvent renoncer contractuellement à leurs pouvoirs de police et son corollaire — que l'exercice de ces pouvoirs ne peut constituer une violation illicite du contrat, à condition qu'il ait lieu dans un but d'intérêt général, non en vue de la simple répudiation du contrat — pourraient bien constituer des principes ayant une valeur générale (74). Ce en quoi le droit français se distingue peut-être d'autres systèmes juridiques. est plutôt la part relativement large faite à l'indemnisation du cocontractant privé ; la jurisprudence des tribunaux anglais et américains en particulier semble exclure l'indemnisation, en cas d'exercice des pouvoirs de police de l'Etat, d'une manière plus absolue que ne le fait la théorie française du « fait du prince » (75).

217. Comment le juge (ou l'arbitre) doit-il par conséquent apprécier la responsabilité de l'Etat contractant lorsque l'Etat-puissance publique intervient dans l'exécution du contrat ?

Il serait étonnant que le juge français, pour prendre son exemple, déclare l'Etat étranger absolument tenu au respect des stipulations d'un contrat, et qu'il considère

(72) de Laubadère, Moderne et Delvolvé, *op. cit.*, n° 1325, et la comparaison, p. 554, avec la responsabilité administrative *extracontractuelle* sans faute, fondée sur le principe de l'égalité devant les charges publiques.

(73) V. en droit belge M.-A. Flamme, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, t. II, Bruxelles, 1969, n° 671 et s., et du même auteur *Droit administratif*, t. II, Bruxelles, 1989, n° 321 ; en droit allemand, le § 60 VwVfG et le commentaire par P. Stelkens/H. Bonk/K. Leonhardt, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 3^e éd., Munich, 1990, § 60, n° 15 et s. (qui soulignent qu'en principe, la résiliation unilatérale du contrat administratif ne donne pas lieu à indemnisation : n° 22 ; sur ce point, la solution du droit allemand s'écarte fondamentalement de celle du droit français) ; comp., à propos des interventions législatives dans les contrats de l'Etat, J. Frowein, « Die Bindung des Gesetzgebers an Verträge », *Festschrift Werner Flume*, vol. I, Cologne, 1978, p. 301 et s. La question de l'adaptation unilatérale des marchés publics, et des moyens pour y parvenir, est discutée incidemment par C.J.C.E. 5 décembre 1989, *Commission/Italie*, aff. C-3/88, Rec., p. 4035, 4059-4060.

(74) V. not. *United States Trust Co. of New York v. State of New Jersey*, 431 U.S. 1, 23-24 (1977) (les pouvoirs de police de l'Etat ne peuvent être « bargained away » ou « contracted away ») ; *Nowak/Rotunda, Constitutional Law*, 4^e éd., St. Paul, 1991, p. 406-407 ; *adde*, en droit anglais, *Commissioners of Crown Lands v. Page* [1960] 2 Q.B. 274, 292-294, C.A. ; comp. la solution particulière (limitant, par référence à une disposition constitutionnelle expresse en ce sens, la possibilité pour les Etats-Unis d'influer par voie législative sur les obligations monétaires de l'Etat) de l'arrêt *Perry v. United States*, 294 U.S. 330 (1935).

(75) V. sur le droit anglais, P.P. Craig, *Administrative Law*, 2^e éd., Londres, 1989, p. 510 (comparaison avec le droit français) ; sur le droit américain J. Hyde, « Economic Development Agreements », R.C.A.D.I. 1962-I. 267, 298-299, 300 ; *adde Horowitz v. United States*, 267 U.S. 458 (1925). En revanche, le droit belge admet apparemment l'indemnisation du cocontractant dans des conditions moins restrictives (ou encore moins restrictives) que le droit français : cf. M.-A. Flamme, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, précit., n° 943 et s.

comme illicite l'atteinte portée au contrat par un exercice de prérogatives de puissance publique qui aurait été reconnu comme licite s'il avait émané d'une administration française contractante. Sur ce point, il n'existe pas, semble-t-il, de précédents en jurisprudence française — ou du moins pas de précédents récents (76) — ; mais en jurisprudence anglaise, l'affaire *Rolimpex* (77) constitue une illustration de cette démarche du juge. Les tribunaux anglais sont certes venus à la conclusion que l'entreprise polonaise contractante, Rolimpex, ne s'identifiait pas à l'Etat polonais et qu'elle pouvait donc invoquer l'embargo polonais sur le sucre comme cas de force majeure empêchant l'exécution de ses obligations de vendeur régies par le droit anglais. Mais au cours de son jugement, Lord Denning, président la *Court of Appeal*, envisagea également l'hypothèse inversée — celle où, l'organisme s'identifiant à l'Etat, l'Etat polonais lui-même serait apparu comme contractant. Dans cette hypothèse, les principes du droit anglais relatifs aux contrats de l'administration devraient, selon Lord Denning, être appliqués ; il conviendrait de distinguer, dès lors, entre deux catégories d'actes gouvernementaux :

« (i) those which a government does for the public good in the interests of the country as a whole ; and (ii) those which it does so as to avoid its own liabilities under a particular contract or contracts. So far as the first category is concerned, a government cannot fetter its duty to act for the public good. It cannot bind itself, by an implication in the contract, not to perform its public duties ... But, so far as the second category is concerned, it does appear that a government can bind itself to perform a contract with an implication that it will not do anything with or in connection with that particular contract so as to hinder or prevent the performance of its obligations thereunder » ;

et en l'espèce, estima-t-il, les actes du gouvernement polonais n'avaient pas été pris dans le seul souci de sauvegarder l'intérêt général et s'expliquaient plutôt par la volonté de se débarrasser d'un contrat devenu financièrement gênant : ils étaient motivés par une pénurie de sucre en Pologne, mais il aurait été possible d'exécuter les contrats à l'exportation, tout en s'approvisionnant — à un prix plus élevé — sur le marché mondial pour les besoins de la consommation interne. L'attitude du gouvernement polonais, portant préjudice à son cocontractant en dehors des strictes

(76) Mais v., au S. chron. 1809-1811. 2. 176, l'affaire *Petau c. Grimaldi Monaco*, opposant le prince de Monaco à un cocontractant français qui s'était vu accorder, puis retirer unilatéralement en 1773 un « bail à ferme générale des domaines, droits et revenus de la principauté de Monaco » : après certaines vicissitudes procédurales, un jugement (étonnamment moderne dans sa solution) du Tribunal de première instance de Paris du 29 vendémiaire an II en vint à reconnaître au prince étranger le droit de résilier pour des motifs d'intérêt général, mais moyennant indemnisation, le contrat (d'Etat ?) conclu : « 7^o Que, par l'événement, le prince ayant reconnu que ce bail portait un préjudice notable et réel au peuple, il a pu, par le droit inhérent à sa souveraineté, le casser et annuler, d'après les représentations qui lui ont été faites ; 8^o Attendu, néanmoins, qu'en même temps qu'il cassait et annulait le bail, il était de sa justice et en son pouvoir de prendre toutes les voies nécessaires pour indemniser ou faire indemniser Petau des déboursés qu'il avait été nécessité de faire, tant pour frais de voyage que perte de temps ». Le jugement condamne « ledit Grimaldi à payer à Petau la somme de 20.000 livres, à quoi le tribunal arbitre l'indemnité due à Petau pour l'inexécution du bail dont il s'agit ». Cette décision a été réformée (Paris, 2 janvier 1810, *ibid.*) pour méconnaissance de l'immunité de juridiction du souverain étranger.

(77) cf. *supra*, n^o 214.

nécessités de l'intérêt général, était donc fautive et n'aurait pu l'exonérer de sa responsabilité contractuelle — s'il avait été contractant (78).

L'appréciation du comportement du gouvernement polonais par référence à des critères tirés du droit anglais n'a pas fait l'unanimité, sur appel, dans la Chambre des Lords (79) ; elle nous paraît cependant défendable : lorsque l'Etat polonais accepte de conclure un contrat commercial soumis au droit anglais, il est tenu de l'exécuter, à moins de pouvoir invoquer une cause de libération reconnue par la loi anglaise ; par ailleurs, les critères proposés par Lord Denning ne sont pas si fortement imprégnés d'un quelconque particularisme constitutionnel britannique qu'ils ne pourraient raisonnablement servir à évaluer la légitimité, par rapport à des droits contractuels résultant de la loi anglaise, d'une intervention publique étrangère. La distinction entre mesures tendant à la protection de l'intérêt général et mesures tendant à la répudiation d'un contrat devenu financièrement désavantageux constitue, au contraire, un critère qui semble particulièrement adapté au commerce international impliquant des personnes publiques étrangères.

Un arbitre transnational, qui entendrait confronter l'attitude de l'Etat contractant aux « principes généraux du droit », ou même au droit international public, pourrait s'en inspirer ; il pourrait difficilement faire abstraction, dans la détermination du contenu des règles qu'il a à appliquer, des enseignements du droit comparé et faire prévaloir absolument le principe *pacta sunt servanda* sur toutes autres considérations, y compris le devoir de l'Etat d'exercer, au besoin, ses prérogatives de puissance publique dans la mesure où la sauvegarde de l'intérêt général l'exige (80). A supposer admise la licéité de l'intervention étatique dans l'exécution du contrat, se pose encore la question d'une indemnisation éventuelle du cocontractant de l'Etat. Elle doit être résolue par application de la loi du

(78) *C. Czarnikow Ltd. v. Centrala Handlu Zagranicznego Rolimpex* [1978] Q.B. 176, 194-195. Pour une appréciation moins sévère du comportement du gouvernement polonais, v. sur appel [1979] A.C. 351, 364, *per* Lord Wilberforce ; mais également en ce sens que l'embargo avait été imposé « only for the purpose of extricating the government from its obligations under the contracts of sale », p. 370, *per* Lord Salmon.

(79) V. en faveur de cette approche Lord Salmon, p. 370 ; *contra* : Lord Wilberforce, p. 364 (qui insiste sur la difficulté de connaître les motifs exacts des décisions d'un gouvernement étranger, et doute de la possibilité d'apprécier les actes d'un Etat socialiste conformément à des concepts tirés du droit public, voire constitutionnel anglais).

(80) V. en ce sens, par référence précisément au droit administratif comparé, D. Bettems, *Les contrats entre Etats et personnes privées étrangères*, Lausanne, 1988, spéc. p. 245-269 ; D.W. Bowett, « State Contracts with Aliens : Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach » (1988) 59 B.Y.B.I.L. 49, 55-59 ; F.A. Mann, « State Contracts and State Responsibility », 54 A.J.I.L. 572, 583-587 (1960) ; F. Rigaux, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale — Cours général de droit international privé », R.C.A.D.I. 1989-I. 9, 216 et note 23 ; W. Wengler, « Neue Aspekte in der Problematik der Verträge zwischen Staat und ausländischen Privatpersonen », *Mélanges Miaja de la Muela*, t. II, Madrid, 1979, p. 1013, 1015. *Adde*, sur la question, P. Mayer, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », J.D.I. 1986. 5 ; P.-Y. Tschanz, « Contrats d'Etat et mesures unilatérales de l'Etat devant l'arbitre international », R. 1985. 47.

contrat (81); mais à supposer que l'arbitre veuille se référer aux « principes généraux du droit » plutôt qu'à une loi interne déterminée, il rencontrera la difficulté que les conceptions des différents droits nationaux ne concordent pas parfaitement sur ce point (82).

En fait, les arbitres auront sans doute tendance à choisir en fonction de ce qu'ils considèrent comme étant les besoins spécifiques du droit des relations entre Etats et entreprises privées; certaines sentences permettent ainsi de penser qu'en ce qui concerne le problème particulier de la résiliation ou modification unilatérale des contrats d'Etat, la solution pourrait ressembler à celle admise en droit français pour les contrats administratifs — et ce sous le double aspect de la réserve des pouvoirs propres de l'Etat chargé de l'intérêt général et du droit du cocontractant à l'équilibre financier du contrat (83) —; mais ce point reste discuté (84). Ce n'est d'ailleurs pas lui qui intéresse directement notre discussion. Qu'en est-il de l'exercice, par l'Etat, de ses pouvoirs généraux de police? L'arbitre pourrait faire sien, dans l'appréciation des suites à donner à pareille intervention étatique, la distinction (proposée dans l'affaire *Rolimpex*) entre mesures prises dans l'intérêt général et

(81) cf. D.W. Bowett, *op. cit.*, p. 49-59; *adde* l'article 6 de la résolution de l'Institut de Droit International sur « La loi du contrat dans les accords entre un Etat et une personne privée étrangère », *Annuaire*, vol. 58-I (Session d'Athènes, 1979), Bâle, 1979, p. 194.

(82) cf. *supra*, n° 216.

(83) V., très clairement, la sentence *Aminoil* du 24 mars 1982, 21 I.L.M. 976, 1022 (1982); J.D.I. 1982. 869, 893-894, § 91; comp. dans l'affaire *Framatome* (C.C.I., n° 3896) la sentence du 30 avril 1982, J.D.I. 1984. 58, 76-77; dans l'affaire du *Plateau des Pyramides (EGOTH)*; C.C.I. n° 3493) la sentence du 16 février 1983, *Rev. arb.* 1986. 109, 116; Y.B.C.A. 9 (1984) 111, 118, § 53; et cf. dans la même affaire la sentence C.I.R.D.I. du 20 mai 1992, *S.P.P. (M.E.) c. République arabe d'Egypte*, 32 I.L.M. 933, 970-971 (1993) (les arbitres prennent en considération la théorie de la mutabilité des contrats administratifs, connue du droit égyptien, mais la considèrent comme inapplicable pour des raisons de fait; la sentence C.I.R.D.I. en vient toutefois, semble-t-il, à un résultat équivalent par une autre voie: elle assimile la décision des autorités égyptiennes de mettre fin au projet contractuellement prévu à une *expropriation* — légitime, mais devant donner lieu à indemnisation — de « droits contractuels »: p. 968-969, §§ 163-168). *Adde* la discussion par J. Verhoeven, « Arbitrage entre Etats et entreprises étrangères: des règles spécifiques? », *Rev. arb.* 1985. 609, 636-640; et v. déjà P. Weil, « Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français: le droit international des contrats », *E.D.C.E.* 1970. 13.

(84) V. les objections résumées par N. David, « Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers », J.D.I. 1986. 79, 85-86, et les références citées; *adde* la sentence C.I.R.D.I. du 20 novembre 1984, *Amco c. République d'Indonésie*, 89 I.L.R. 405, 460-461; J.D.I. 1987. 145, 149, obs. Gaillard (dont la motivation sur ce point n'a pas été invalidée par la décision d'annulation de cette sentence, rendue par un comité *ad hoc* le 16 mai 1986, 89 I.L.R. 514; J.D.I. 1987. 174, obs. Gaillard). — Il est vrai que la problématique est fortement influencée par un phénomène spécifique à certains « contrats d'Etat », inconcevable en droit interne: l'insertion dans le contrat de « clauses de stabilisation » par lesquelles l'Etat s'interdit d'exercer des pouvoirs auxquels il pourrait normalement avoir recours; cf., outre la contribution précitée, p. ex. P. Weil, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », *Mélanges Charles Rousseau*, 1974, p. 301 et s.; H. Merkt, *Investitionsschutz durch Stabilisierungsklauseln*, Heidelberg, 1990 (ouvrage qui contient, p. 256-325, une collection de 158 clauses de stabilisation conclues depuis les années 1920). Pour une prise de position nuancée (les « clauses de stabilisation » ne peuvent avoir pour effet d'interdire tout exercice des prérogatives de puissance publique de l'Etat, mais sont susceptibles d'avoir un effet sur l'indemnisation du cocontractant, ou sur l'appréciation de la légitimité des buts poursuivis par l'Etat), v. D. Bettens, *op. cit.*, spéc. p. 259 et 267.

mesures destinées à répudier indirectement un contrat devenu financièrement désavantageux; mais une mesure peut-elle donner lieu à indemnisation même lorsqu'elle constitue un exercice légitime des pouvoirs réservés à l'Etat? Il n'est pas certain que la théorie française du « fait du prince », relativement favorable à l'indemnisation, doive être considérée comme s'identifiant aux « principes généraux du droit » (85).

B. — LE DÉBITEUR EST UN ORGANISME ÉTATIQUE PERSONNALISÉ

218. Si — comme nous venons de le voir — une référence à des notions de pur droit privé comme la force majeure n'a guère de sens lorsque la puissance publique auteur de la norme prohibitive est elle-même le débiteur, il en va très différemment lorsque le débiteur est une entreprise étatique certes, mais une entreprise qui dispose d'une personnalité morale distincte de celle de l'Etat, qui se cantonne dans des activités commerciales de droit privé et qui n'exerce par conséquent elle-même pas de prérogatives de puissance publique. Puisque cette entreprise s'est engagée comme un débiteur commercial ordinaire, sa responsabilité doit être appréciée par application du droit privé des obligations; la possibilité de s'exonérer par la preuve d'un cas de force majeure en fait partie; et le fait du prince peut constituer un cas de force majeure, même pour un ressortissant de l'Etat en question (86). Comme, par ailleurs, un commandement étatique, même adressé à une entreprise contrôlée par l'Etat, reste un acte *jure imperii* par nature et ne se confond pas avec l'activité de droit privé de l'entreprise elle-même (87), la thèse de l'exonération d'une entreprise étatique par le fait de l'Etat dont elle relève échappe au reproche d'illogisme que devrait rencontrer l'Etat plaidant sa propre exonération par le fait du prince. Il reste à voir si, étant donné les liens entre l'entreprise et l'Etat, la condition d'extériorité du cas de force majeure est vraiment remplie.

219. La question s'est posée avec acuité pour la première fois en 1958, à propos d'un arbitrage, devant la Commission arbitrale du commerce extérieur de la Chambre de commerce soviétique, entre l'entreprise étatique soviétique Sojuzneftexport et une entreprise israélienne, Jordan Investments Ltd. L'affaire concernait un contrat d'exportation « FOB » de produits pétroliers soviétiques, conclu en juillet 1956, mais dont l'exécution avait été empêchée en novembre 1956

(85) L'indemnisation du cocontractant est préconisée (mais par référence à la seule solution du droit français) par P. Mayer, *op. cit.*, p. 50; mais v. en ce sens que l'absence d'une solution uniforme en droit comparé interdit dans cette hypothèse de considérer la responsabilité pécuniaire de l'Etat à l'égard de son cocontractant comme un principe général du droit: F.A. Mann, « Sovereign or Fisc? » (1960) 9 I.C.L.Q. 691. Rien n'empêcherait toutefois un arbitre de considérer — avec P. Weil, *op. cit.*, E.D.C.E. 1970, p. 25 — qu'« en raison de son caractère équilibré et réaliste, la théorie française du fait du prince est particulièrement adaptée — son nom même en porte déjà témoignage — à l'usage par l'Etat, envers son cocontractant, de ses prérogatives de souveraineté ».

(86) cf. *supra*, n° 213.

(87) V. sur ce point (pour les besoins de l'immunité de juridiction de l'Etat) Civ. 1^{re} 9 octobre 1990, R. 1991. 341, note Muir Watt.

par la décision du ministre soviétique compétent de refuser à Sojuzneftexport la licence d'exportation. Etant donné le contexte politique de l'affaire — le refus ministériel, intervenu en pleine crise de Suez, avait manifestement été prononcé à titre de sanction contre l'Etat d'Israël — le déroulement de la procédure devant la Commission arbitrale fut suivi, à l'époque, avec intérêt par les milieux économiques et juridiques des pays de l'Ouest ; cet arbitrage devait constituer une épreuve de l'impartialité de la Commission et de son indépendance à l'égard d'éventuelles pressions politiques. En fin de compte, la Commission débouta la partie israélienne de sa demande en dommages-intérêts pour inexécution du contrat ; elle jugea que par application de l'article 118 du Code civil russe et d'une clause contractuelle de force majeure, Sojuzneftexport s'était entièrement exonérée de sa responsabilité contractuelle, puisque le refus ministériel s'imposait « absolument » à elle ; elle rejeta en particulier l'argument tiré de ce qu'en réalité, Sojuzneftexport s'identifiait à l'Etat soviétique et ne pouvait donc invoquer le refus de licence : étant donné la personnalité morale séparée de l'entreprise exportatrice, ce moyen était « dépourvu de tout fondement » (88). La sentence, accueillie avec hostilité dans la presse économique de l'Ouest (89), n'a pas échappé à la critique doctrinale sur un certain nombre de points ; mais on notera que ses commentateurs contemporains s'accordaient à considérer la théorie de « l'identité prétendue du vendeur avec l'Etat soviétique » comme juridiquement erronée (90). Ceci nous paraît significatif ; il en résulte que l'invocabilité du fait du prince par les organismes étatiques n'a pas toujours été perçue comme contestable.

La reconnaissance inconditionnelle de la personnalité juridique séparée des organismes de commerce extérieur invoquant le fait du prince n'est toutefois pas la seule attitude possible, comme l'ont démontré la doctrine et la jurisprudence arbitrale des pays de l'Europe de l'Est eux-mêmes. Ce n'est pas que la sentence *Jordan Investments Ltd. c. Sojuzneftexport* n'ait pas été approuvée en doctrine (91) ou soit restée isolée en jurisprudence, même dans les rapports économiques entre Etats du COMECON (92). Mais un point de vue contraire est apparu au moins dès le

(88) Sentence du 19 juin 1958, *RabelsZ* 1959. 540 ; (1959) 8 I.C.L.Q. 416 ; 53 A.J.I.L. 800 (1959) ; *Rev. arb.* 1960. 92.

(89) cf. les articles cités par H. Berman, « Force Majeure and the Denial of an Export License under Soviet Law : A Comment on *Jordan Investments Ltd. v. Sojuzneftexport* », *RabelsZ* 1959. 449, notes 1 (p. 449) et 31 (p. 467).

(90) J. Robert, « Observations sur une sentence internationale », *Rev. arb.* 1960. 76, 85 ; *adde* H. Berman, *op. cit.*, p. 462 ; M. Domke, « The Israeli-Soviet Oil Arbitration », 53 A.J.I.L. 787, 796-797 (1959) ; I. Seidl-Hohenveldern, « Pour ou contre l'identification des entreprises d'Etat avec l'Etat dont elles émanent ? », *Rev. égypt. dr. int.* 1965. 121, 129 et « Besitzen Staatsbetriebe und ihr Staat gleiche oder verschiedene Rechtspersönlichkeiten ? », *ROW* 1966. 1, 4 ; comp. F. Riad, « L'entreprise publique ou semi-publique en droit international privé », *R.C.A.D.I.* 1963-I. 561, 652-653.

(91) V. not. L.A. Lunz, *Internationales Privatrecht*, vol. II, Berlin-Est, 1964, p. 44-45 (traduit du russe).

(92) V. la sentence de la Cour d'arbitrage de la chambre de commerce extérieur polonaise du 11 février 1958, *Y.B.C.A.* 6 (1981) 147, considérée comme caractéristique de la pratique polonaise par M. Sosniak, « Staatsakt und höhere Gewalt im internationalen Handelsverkehr der RGW-Länder », *RIW* 1984. 105, 106 ; *adde* la pratique bulgare, roumaine et soviétique citée par M. Kemper/H. Strohbach/H. Wagner, *Die Allgemeinen Lieferbedingungen des RGW 1968 in der Spruchpraxis sozialistischer Außen-*

début des années 1960 : une sentence du tribunal arbitral hongrois du 4 décembre 1961 fait état d'une jurisprudence bien établie du tribunal interdisant aux entreprises exportatrices de se prévaloir de « modifications unilatérales du plan » édictées par leurs autorités nationales ; et le point de vue exprimé par cette jurisprudence a été adopté par une résolution de la 3^e conférence des présidents des tribunaux arbitraux du COMECON qui a fortement influencé la pratique arbitrale, notamment en Allemagne de l'Est (93). La portée exacte de la solution a été discutée ; une partie de la doctrine est-allemande y a vu une sanction indirecte d'actes des autorités d'Etats membres du COMECON méconnaissant unilatéralement les obligations internationales assumées à l'égard de leurs partenaires économiques ; et il en a été déduit que cette jurisprudence ne valait que dans le contexte juridique très particulier du COMECON et ne pouvait être transposée aux rapports avec des entreprises du monde capitaliste — rapports dans lesquels le principe de l'invocabilité du fait du prince pouvait parfaitement être maintenu (94). Il ne semble pas, pourtant, que cette différenciation se soit vraiment imposée (95).

Nous retiendrons en tout cas de cette discussion que même dans l'optique des pays qui ont recouru le plus systématiquement à la création d'organismes personnalisés chargés du commerce extérieur (et donc peut-être *a fortiori* dans l'optique des pays tiers), la personnalité juridique distincte de ces organismes n'est pas toujours et nécessairement déterminante lorsqu'il s'agit d'apprécier leur responsabilité contractuelle en cas d'inexécution de leurs obligations sur ordre de l'Etat dont ils relèvent. Il resterait à trouver un critère permettant d'identifier, pour les besoins de la cause, les cas dans lesquels l'acte étatique ne doit plus être reconnu comme extérieur à l'organisme, même personnalisé.

220. La jurisprudence française avait apparemment, pendant un certain temps, cru avoir trouvé dans le contrôle exercé par l'Etat sur ses organismes un critère permettant d'une manière générale au juge d'attribuer à l'organisme les actes ou même les dettes de l'Etat, et *vice versa*. L'histoire de cette ligne jurisprudentielle, qui date des années 1970 et du début des années 1980, est aussi l'histoire d'un glissement sémantique : celui de la notion d'« émanation » de l'Etat. L'expression était traditionnellement utilisée pour désigner un service public non personnalisé,

handelschiedsgerichte, Berlin-Est, 1975, p. 277, et les sentences de la Cour arbitrale près la Chambre de commerce bulgare analysées par A. Kojouharoff, chronique de jurisprudence, *J.D.I.* 1967, p. 162-165, 176-180.

(93) V., sur l'ensemble de la question, Kemper/Strohbach/Wagner, *op. cit.*, p. 277-279 ; K.-H. Fink, *Sozialistisches Internationales Wirtschaftsrecht*, Berlin-Est, 1974, p. 155-157 ; D. Maskow/H. Wagner (éd.), *Kommentar zum Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge*, Berlin-Est, 1978, p. 406 ; comp. H.-J. Bartels/H. Motomura, « Haftungsprinzip, Haftungsbefreiung und Vertragsbeendigung beim internationalen Kauf », *RabelsZ* 1979. 649, 687-689.

(94) F. Enderlein, « Staatliche Akte — ein Fall höherer Gewalt ? », *StuR* 1985. 42 (« unterschiedliche rechtliche Regelung für intra- und intersystemare Beziehungen », p. 43), et du même auteur « Juristische Selbständigkeit sozialistischer Außenhandelsbetriebe contra "Durchgriff" », *StuR* 1984. 401 ; v. aussi Enderlein (éd.), *Der Außenhandelskaufvertrag*, Heidelberg, 1986, p. 267.

(95) cf. *infra*, n° 223, pour un rapprochement entre la position définitivement adoptée, en 1988, par le COMECON et les solutions admises dans la pratique arbitrale « intersystème ».

simple département administratif (96) ; les conséquences juridiques qui s'en déduisaient étaient évidentes, puisque l'émanation s'identifiait juridiquement à l'Etat. L'arrêt du 7 juillet 1926 dans lequel la Cour de Colmar a écarté l'exception de force majeure soulevée pour le compte des chemins de fer rhénans, qui avaient dû suivre la grève politique décrétée par le gouvernement allemand (97), en est un exemple ; pour pouvoir déclarer que le fait du prince était en réalité le fait du débiteur lui-même, la Cour a rejeté comme inexact en fait l'argument selon lequel l'administration du réseau était une « personne morale indépendante de l'Etat » : l'arrêt relève que « les administrations particulières à chaque réseau d'Etat, créées dans l'intérêt d'une bonne administration, ne constituent que des organes régionaux des services d'Etat et que, *émanation de l'Etat allemand*, elles s'identifient avec lui » (98).

La notion d'« émanation », métaphore (99) dont le sens exact n'a jamais été bien fixé (100), était cependant susceptible d'un certain développement. C'est à elle que la Cour de cassation a eu recours lorsqu'il s'agissait d'expliquer — dans le contexte des nationalisations algériennes — qu'il se justifiait parfois de faire abstraction de la personnalité juridique distincte des organismes étatiques étrangers. Imputable à l'Etat algérien, une nationalisation sans indemnité l'est aussi à ses « émanations » — même s'il s'agit d'organismes personnalisés. La Cour a ainsi pu reprocher à un arrêt d'appel d'avoir condamné les héritiers d'une victime de ces dépossessions à rembourser un prêt contracté, avant l'indépendance de l'Algérie, auprès de la Banque populaire, sans répondre au moyen tiré de ce que cette banque « était devenue une banque d'Etat algérienne, une émanation de l'Etat algérien qui a

(96) Pour cette acception, v. P. Bourel, « Immunités de juridiction et d'exécution », *Jurisl. Int.*, fasc. 581-50, n^{os} 49 et 55 ; et à propos de l'émanation d'une émanation de l'Etat étranger, Paris 5 juin 1959, J.D.I. 1960. 482, obs. Sialelli : « l'office commercial en cause n'a aucune personnalité juridique propre ; ... il ne constitue qu'une émanation de l'ambassade d'Espagne, dont il est seulement l'un des services ».

(97) Colmar 7 juillet 1926, Rev. jur. Als. Lorr. 1928. 358 (*supra*, n^o 214).

(98) p. 361 ; c'est nous qui soulignons. Effectivement, les chemins de fer étaient en 1923 exploités par l'Etat allemand en régie, avant la création, en 1924, de la *Deutsche Reichsbahn* : cf. H.-H. Wilhelm, « Staat und Staatseisenbahn — Die Entwicklung der Eisenbahnverfassung in Deutschland », Arch. f. Eisenbahnwesen 1963. 377, 413.

(99) cf., en jurisprudence anglaise : « ... I hope that no one will ever again in a court of law use so imprecise a metaphor as "emanation of the Crown" » : *British Broadcasting Corp. v. Johns* [1965] Q.B. 32, 81-82, *per* Diplock L.J.

(100) Comp. J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, 2^e éd., t. II, 1951, n^o 795, qui oppose d'un côté (p. 433, note 2) le cas d'un gouvernement étranger qui serait, conformément à la loi étrangère, un sujet de droit et disposerait de la personnalité morale au cas du gouvernement français, « simple émanation de l'Etat français » ; mais qui écrit aussi (p. 432) que les démembrements territoriaux et services publics *personnalisés* de l'Etat étranger « ne sont jamais qu'une émanation de lui-même » ... d'ailleurs pour en déduire que leur personnalité juridique doit être reconnue en France à la seule condition que l'Etat étranger lui-même soit reconnu par le gouvernement français ! — Ceci dit, pour connaître la *préhistoire* de la notion d'« émanation de l'Etat étranger », c'est vers le droit interne français des sociétés qu'il faut se tourner : cf. Req. 20 mai 1922, S. 1926. I. 305, note Rousseaux (selon cet arrêt, une société française, « véritable filiale » d'une société américaine, est « une émanation de la société de New-York » ; pour l'annotateur, il s'ensuit « une liaison si étroite entre les deux personnes morales, que les actes de l'une rejaillissent sur l'autre » : p. 306).

spolié leur auteur » (101), ou approuver un arrêt qui, dans un contexte similaire, avait rejeté une demande en paiement du Crédit populaire algérien : « La Cour d'appel n'a pas énoncé que le Crédit populaire algérien se confondait avec l'Etat algérien mais que cette banque en était une émanation de telle sorte que les actes de puissance publique accomplis par ledit Etat, et non par le Crédit populaire algérien lui-même, étaient opposables à ce dernier » (102). C'est également sur la notion d'« émanation » que se sont fondés des arrêts d'appel ayant permis à des créanciers de l'Etat étranger de saisir des biens — plus particulièrement des navires — appartenant à des organismes d'Etat pourtant dotés d'une personnalité morale distincte (103). Le critère retenu par ces arrêts — ou du moins par les arrêts d'appel, plus éloquents que ceux de la Cour de cassation — est simple : les liens organiques entre l'Etat et ses organismes (détention des parts sociales des sociétés nationalisées, nomination des dirigeants) sont un critère suffisant. L'émanation, à laquelle les actes de l'Etat sont « opposables », est un organisme contrôlé par l'Etat.

Le critère ainsi défini peut-il également être appliqué pour décider que le fait du prince est « opposable » à un organisme étatique, et ne peut donc être invoqué par lui pour s'exonérer ? Un arrêt de la Cour de cassation a décidé, en tout cas, de refuser de faire bénéficier la société nationale algérienne Sonatrach, locataire d'un immeuble exproprié en Algérie, de la jurisprudence (104) qui lui aurait permis de déduire, du loyer dû en France au propriétaire légitime, les sommes versées à l'Etat algérien (105) : or cette solution favorable aux locataires, si elle ne relève pas vraiment de la théorie du fait du prince étranger, repose comme elle sur la reconnaissance d'un certain effet de fait à des normes étrangères contraignantes. Que son bénéfice ait été refusé à l'émanation de l'Etat auteur des normes est donc révélateur. Surtout, la Cour de cassation a rendu en 1970, dans un contexte interne français, un arrêt qui a par la suite servi de référence dans la pratique arbitrale internationale : elle a jugé, à propos d'un litige opposant la compagnie Air France à

(101) Civ. 1^{re} 9 mars 1971, Bull. civ. I, n^o 75.

(102) Civ. 1^{re} 14 février 1978, R. 1980. 707, note Mayer. La portée exacte de la règle formulée par cet arrêt est d'autant plus difficile à connaître que tant son présupposé (présence d'une « émanation » de l'Etat étranger) que sa conséquence juridique (« opposabilité » de certains actes) font appel à des notions *a priori* mal définies.

(103) Aix 20 septembre 1984, R. 1985. 358, note Rémond-Gouilloud, cassé par Civ. 1^{re} 4 février 1986, R. 1986. 718, note Mayer ; Rouen 23 décembre 1985, D.M.F. 1986. 349 (« il est bien connu que l'un des traits caractéristiques de l'économie des pays socialistes est que l'Etat est propriétaire de tous les biens et moyens de production »), cassé par Civ. 1^{re} 6 juillet 1988, J.D.I. 1989. 376, note Kahn ; comp. les motifs d'Aix 25 novembre 1986, D.M.F. 1987. 453 et de Rouen 16 juin 1988, D.M.F. 1988. 604, note R.A. Sur l'« émanation maritime », v. aussi M. Rémond-Gouilloud, « "L'Emanation maritime" ou comment faire céder l'écran de la personnalité morale d'un armement d'Etat », D.M.F. 1986. 333 ; et du même auteur « L'émanation maritime : pour sortir de la clandestinité », D.M.F. 1992. 451 ; *adde*, pour l'état actuel de la jurisprudence des cours d'appel de Rouen et d'Aix, des arrêts dont la motivation paraît plus nuancée : Rouen 28 novembre 1991, D.M.F. 1992. 689 ; Aix 20 mars 1992, D.M.F. 1992. 693 ; Rouen 17 décembre 1992, D.M.F. 1993. 359, obs. Y.T.

(104) citée *supra*, n^o 194.

(105) Civ. 1^{re} 23 janvier 1979, J.C.P. 1979. II. 19086, concl. Gulphe. L'idée que l'émanation de l'Etat nationalisateur ne peut bénéficier du même traitement qu'un simple particulier apparaît clairement dans les conclusions de l'avocat général.

certaines de ses salariés, qu'une décision administrative de l'autorité de tutelle d'Air France ne pouvait « être opposée par le débiteur soumis à la tutelle comme le fait imprévisible et insurmontable d'un tiers qui lui serait étranger » (106). Dans ses conclusions, l'avocat général avait relevé, dans le statut d'Air France, les indices d'un contrôle étatique étroit ainsi que la détention, par l'Etat et d'autres personnes morales de droit public, de 85 % du capital de la compagnie — pour en faire la base de développements ayant une portée de principe : « Tout ceci résulte de textes institutionnels qui font de la Compagnie *Air France* une véritable émanation de la puissance publique. En réalité, *Air France*, c'est l'Etat. ... En réalité, à l'égard des tiers, l'entreprise à statut et l'Etat ne représentent qu'une seule entité juridique, et l'intervention de la puissance publique, qui est liée *organiquement* au fonctionnement normal de l'entreprise, ne constitue pas une cause étrangère opposable aux tiers et aux contractants » (107).

Ainsi formulée, la théorie de l'émanation est susceptible d'être appliquée à tous les organismes contrôlés par un Etat. Certaines sentences arbitrales l'ont entendu ainsi, en citant le précédent *Air France* pour mettre en doute la possibilité même qu'un organisme étatique puisse s'exonérer par la preuve d'une intervention des autorités (quelles qu'elles soient) de l'Etat dont il relève (108). Il faut se demander, cependant, si cette tendance à l'assimilation systématique de l'Etat et de ses organismes personnalisés — dont le refus de l'exonération par le fait du prince n'est qu'un élément — peut être approuvée.

Il est permis d'en douter. En droit interne français, la jurisprudence *Air France*, restée isolée, est à présent considérée comme dépassée (109). Et la jurisprudence qui s'était formée autour de la notion d'émanation de l'Etat étranger, entendue au sens purement organique, a fait l'objet d'une vigoureuse critique (110) ; elle doit sans doute être considérée comme abandonnée depuis que la Cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 21 juillet 1987, qu'« il ne peut être admis que le contrôle exercé par un Etat suffit à faire considérer les organismes qui en dépendent comme des émanations de cet Etat », responsables de ses dettes (111). Il convient de

(106) Soc. 15 avril 1970, D. 1971. 107, concl. Mellottée ; Rev. trim. dr. civ. 1971. 664, obs. approbatives Durry.

(107) p. 109.

(108) V. les sentences C.C.I. rendues en l'affaire n° 3093/3100 en 1979, J.D.I. 1980. 951, 952-953 ; Y.B.C.A. 7 (1982) 87, 90-91 et en l'affaire n° 3493 en 1983, Rev. arb. 1986. 109, 125.

(109) V. en ce sens P. Jourdain, « Droit à réparation — Lien de causalité — Cause étrangère », *Jurisl. civil, Responsabilité civile*, fasc. 161, n° 78 ; F. Chabas, note sous Ch. mixte 4 février 1983, Gaz. Pal. 1983. I. *Pan. jur.* 163, et la jurisprudence citée par ces auteurs ; *adde* Paris 11 juillet 1991, J.C.P. 1991. IV. 422 (EDF n'est pas responsable du fait du gouvernement français) ; comp. Civ. 1^{re} 6 octobre 1993, J.C.P. 1993. II. 22154, note Waquet. V. aussi, dans la jurisprudence antérieure à l'affaire *Air France*, des arrêts admettant l'effet libératoire des actes de l'autorité de tutelle : T.C. 12 décembre 1955, *Thomasson c. R.A.T.P.*, Rec., p. 626 ; C.E. 2 mars 1956, *E.D.F.*, Rec., p. 98 ; Soc. 29 juin 1960, Bull. civ. IV, n° 702 ; 13 février 1963, Bull. civ. IV, n° 150.

(110) P. Lagarde, « Une notion ambivalente : l'"émanation" de l'Etat nationalisant », *Mélanges Claude-Albert Colliard*, 1984, p. 539 et s. ; v. aussi Lagarde, note critique sous Com. 19 mars 1979, R. 1981. 524, 530-531.

(111) Civ. 1^{re} 21 juillet 1987, J.D.I. 1988. 108, note Kahn ; R. 1988. 347, note Rémond-Gouilloud. *Adde* Civ. 1^{re} 6 juillet 1988, précit. (*supra*, note 103).

reconnaître, cependant, que si la Cour de cassation a ainsi condamné le recours au seul critère du contrôle, elle n'a pas pour autant énoncé une autre définition de la notion d'émanation — tout en laissant entendre, dans un arrêt rendu en matière d'immunité de juridiction, qu'un organisme étatique peut toujours être qualifié d'« émanation », même s'il est doté de la personnalité morale et de l'indépendance budgétaire (112). Il existe par conséquent toujours, en droit français, une notion d'émanation de l'Etat — notion qui correspond à une qualification juridique que la Cour de cassation paraît contrôler (113), mais qu'elle ne définit pas. En l'état actuel de la jurisprudence, l'« émanation » est donc, au mieux, une *notion fonctionnelle* : une notion dont le contenu « ne peut être épuisé par une définition », l'une de ces « notions très souples dont la véritable unité sera empruntée à une inspiration de caractère *politique* au sens noble du mot, c'est-à-dire à la *fonction* qui leur est assignée » (114). Cette fonction, c'est en l'espèce l'assimilation — ponctuelle — des organismes étatiques étrangers à l'Etat étranger lui-même.

Avec l'abandon du critère du contrôle, la notion d'émanation a perdu, en réalité, son pouvoir explicatif propre.

221. A défaut d'un critère simple, des axes de réflexion peuvent être proposés. Ils s'orientent autour de ce qui constitue le noeud du problème : la personnalité morale distincte de l'organisme étatique. Il est certainement inexact de dire — comme le formulent les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Air France* — qu'à l'égard des tiers l'entreprise publique et l'Etat « ne représentent qu'une seule entité *juridique* » : du moment qu'elle est dotée de la personnalité morale, l'entreprise étatique est une entité juridique distincte et ne se confond juridiquement pas avec l'Etat — l'arrêt de la Cour de cassation relatif au Crédit populaire algérien (pourtant considéré comme émanation de l'Etat étranger) le confirme d'ailleurs expressément. Il s'agit de savoir, simplement, si les tiers ne doivent pas être en droit de faire prévaloir, sur la forme juridique choisie pour ses activités par l'Etat commerçant, ce qui est une réalité *économique* incontestable : le contrôle exercé par l'Etat sur ses organismes. C'est sous l'angle économique, non sous l'angle juridique formel, que les organismes étatiques apparaissent comme de simples émanations de

(112) Civ. 1^{re} 12 juin 1990, R. 1991. 140, 2^e esp., note Bourel.

(113) V. les arrêts précités ; mais cf. la solution apparemment contraire de Civ. 1^{re} 6 juin 1990, Bull. civ. I, n° 141, arrêt selon lequel les juges du fond avaient « relevé *souverainement* », à propos de l'Organisation de l'énergie atomique de l'Iran (OAEI) pourtant « dotée d'une personnalité distincte » de l'Etat iranien, « que l'OAEI avait agi en l'espèce comme simple instrument de l'Etat iranien avec lequel elle présentait une identité fonctionnelle ». Un arrêt rendu dans le contexte du même contentieux franco-iranien (Civ. 1^{re} 20 mars 1989, Rev. arb. 1989. 653, note Fouchard) a confirmé un autre arrêt d'appel ayant affirmé l'obligation de l'Etat iranien aux dettes de l'OAEI, mais au motif que « dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation », la Cour d'appel avait qualifié cet organisme de simple « département d'un ministère de la République d'Iran » (donc dépourvu d'une personnalité juridique séparée : cf. Ph. Fouchard, note, p. 661). Dans cette dernière hypothèse seule, la référence au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond se justifie : contrairement à la notion d'« émanation », il s'agit en effet d'une question relevant du droit étranger applicable au fonctionnement de l'organisme.

(114) cf. la définition donnée par G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », J.C.P. 1950. I. 851, n° 4 ; comp. déjà, du même auteur, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, thèse Toulouse, 1934, p. 493-495.

l'Etat (115). Il ne faut pas en conclure que les rapports entre l'Etat et ses émanations sont juridiquement dépourvus de pertinence et relèvent nécessairement, à l'égard des tiers, du non-droit. La substance d'une situation juridique peut en effet parfois être prise en considération indépendamment de son analyse purement formelle (116). Facteur de souplesse, ce type de raisonnement peut, sans quitter le domaine du juridique, permettre la prise en compte des réalités économiques là où une analyse trop formelle ne serait plus une réaction adéquate aux faits.

Le cas de la personnalité morale est une illustration. Technique juridique hautement formelle, mais aussi « élément fondamental de tout système juridique » (117), elle peut dégénérer en fiction paralysante lorsque le juge refuse absolument et dans tous les cas de tenir compte de cette réalité économique que peut être le contrôle exercé sur une entité juridique par une autre personne. Il existe effectivement des émanations de l'Etat. Mais il existe aussi des émanations privées, qui posent un problème similaire de conflit entre la substance et la forme : si la législation de l'Etat est créatrice d'émanations, il en va de même de la volonté individuelle. De même qu'un Etat peut créer un organisme et lui déléguer une partie de son activité commerciale, un particulier peut créer une société et une société peut créer une filiale. Le problème de l'émanation de l'Etat étranger est un aspect (un aspect très particulier, mais un aspect néanmoins) d'un problème plus général, celui de la transparence de la personnalité morale : il s'agit de savoir dans quelles circonstances il est possible de « lever le voile », de viser, à travers les entités juridiques, ceux qui les contrôlent (118) ou de mettre l'accent — dans un groupe de

(115) Le fait que l'Etat est le seul propriétaire économique des entreprises étatiques, responsable de leur gestion, peut être reconnu indépendamment des positions idéologiques de chacun : v. K.-H. Fink, *Sozialistisches Internationales Wirtschaftsrecht*, Berlin-Est, 1974, p. 156 (« ... der Staat, der zwar rechtlich unabhängig von dem Unternehmen, wirtschaftlich aber der alleinige Eigentümer und verantwortliche Manager ist ... ») et F.A. Mann, « State Corporations in International Relations », *Liber Amicorum Lord Wilberforce*, Oxford, 1987, p. 131, 147-148 ou « Staatsunternehmen in internationalen Handelsbeziehungen », RIW 1987, 186, 192-193.

(116) Sur l'opposition entre « analyse juridique formelle » et « analyse juridique substantielle », v. le point de vue de G. Farjat, *Droit économique*, 2^e éd., 1982, p. 729 et s. ; et pour une comparaison, sous ce rapport, du droit anglais et du droit américain, v. l'ouvrage fondamental de P.S. Atiyah/R.S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, 1987.

(117) G. Farjat, *op. cit.*, p. 738.

(118) V., sous l'angle comparatif, R. David (rapporteur général) et al., *La personnalité morale et ses limites : Etudes de droit comparé et de droit international public, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris*, t. XVIII, 1960 ; J. Dobson, « "Lifting the Veil" in Four Countries : The Law of Argentina, England, France and the United States » (1986) 35 I.C.L.Q. 839 ; A. Domanski, « Piercing the Corporate Veil : A New Direction ? » (1986) 103 S.A.L.J. 224 ; S. Ottolenghi, « From Peeping Behind the Veil to Ignoring it Completely » (1990) 53 M.L.R. 338 ; en droit fiscal comparé : *La non-reconnaissance des personnes juridiques en matière fiscale*, C.D.F.L., vol. LXXIVa (actes du congrès de l'International Fiscal Association de Rio de Janeiro, 1989) ; *adde*, en droit français, Cozian et Viandier, *Droit des sociétés*, 6^e éd., 1993, n^{os} 244 et s. ; B. Goldman et Ph. Francescakis (éd.), *L'entreprise multinationale face au droit*, 1977, p. 208 et s., 320 et s. ; en droit américain : I.M. Wormser, « Piercing the Veil of Corporate Entity », 12 Colum. L. Rev. 496 (1912) ; N. Lattin, *The Law of Corporations*, 2^e éd., Mineola, N.Y., 1971, p. 65 et s. ; H. Henn/J. Alexander, *Laws of Corporations and Other Business Enterprises*, 3^e éd., St. Paul, 1983, p. 344 et s. ; D. Barber, « Piercing the Corporate Veil », 17 Williamette L. Rev. 371 (1981) ; en droit allemand (théorie du *Durchgriff*) : R. Serick, *Rechtsform und*

sociétés ou à propos d'un Etat et de ses émanations — sur l'unité économique plutôt que sur la diversité des personnalités juridiques (119).

222. Une solution de compromis s'impose. Le critère pur du *contrôle* (qui a influencé pendant un certain temps la jurisprudence française) sera presque toujours inadéquat : il revient en pratique à réputer inexistante la personnalité juridique séparée des organismes étatiques — position dont il resterait à démontrer qu'elle correspond aux intérêts bien compris du commerce international — et à faire prévaloir, d'une manière absolue, une analyse purement économique sur les aspects juridiques de la situation.

Une attitude exactement inverse (et sans doute elle aussi excessive) a été adoptée par les tribunaux anglais : ils considèrent qu'en principe une entreprise étatique ne peut se voir imputer les actes de l'Etat que si elle doit être considérée comme *emanation*, *department* ou *alter ego* de l'Etat — ces expressions étant considérées comme synonymes et comme signifiant simplement l'absence de personnalité juridique propre de l'entreprise selon la loi étrangère régissant son fonctionnement (120). Ils réservent certes le cas où l'organisme n'aurait contracté que comme mandataire de l'Etat (121) et celui où il n'aurait pas agi comme agent économique indépendant et où ses dirigeants auraient en réalité participé à la décision d'interdire l'exécution du contrat (122) ; mais ces exceptions, de faible portée, ne remettent pas en cause l'orientation fondamentale de cette jurisprudence :

« State-controlled enterprises, with legal personality, ability to trade and to enter into contracts of private law, though wholly subject to the control of their state, are a well-known feature of the modern commercial scene. The distinction between them, and their

Realität juristischer Personen, Berlin/Tübingen, 1955 ; F. Kübler, *Gesellschaftsrecht*, 3^e éd., Heidelberg, 1990, p. 318 et s. ; pour la position très réservée du droit anglais et canadien, v. R.R. Pennington, *Company Law*, 6^e éd., Londres/Dublin/Edimbourg, 1990, p. 32 et s. ; M. Woods, « Lifting the Corporate Veil in Canada » (1957) 35 Can. Bar Rev. 1176. — V. en ce sens que « la levée du voile, procédé exceptionnel admis par le droit interne à l'égard d'une institution qu'il a lui-même créée, joue un rôle analogue en droit international » : C.I.J. 5 février 1970, *affaire de la « Barcelona Traction »*, Rec., p. 3, 40 (et v. la référence à la « réalité économique », dont le droit doit tenir compte, *ibid.*, n^o 56).

(119) V. notamment C.J.C.E. 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries*, aff. 48/69, Rec., p. 619, 666 ; 6 mars 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano*, aff. 6 et 7/73, Rec. p. 223 (cf. les conclusions de l'avocat général Warner, spéc. p. 267) ; *adde* O. Mach, *L'entreprise et les groupes de sociétés en droit européen de la concurrence*, Genève, 1974. — Pour une discussion approfondie de la question de savoir si la théorie de l'« unité économique » est transposable en matière de conflits de juridictions, v. *Adams v. Cape Industries Plc.* [1990] Ch. 433, 532-539, C.A. ; et cf. la sentence C.C.I. rendue en 1982 dans l'affaire n^o 4131, J.D.I. 1983, 899, 904.

(120) *C. Czarnikow Ltd. v. Centrala Handlu Zagranicznego Rolimpex* [1979] A.C. 351 (comp. le commentaire critique de K.P.E. Lasok, « Government Intervention and State Trading » (1981) 44 M.L.R. 249) ; *Toprak Mahsulleri Ofisi v. Finagrain Compagnie Commerciale Agricole et Financière S.A.* [1979] 2 Lloyd's Rep. 98, 112, *per* Lord Denning M.R. ; *Empresa Exportadora de Azucar v. Industria Azucarera Nacional S.A. (The "Playa Larga")*, [1983] 2 Lloyd's Rep. 171, C.A.

(121) *The "Playa Larga"*, précit., p. 191-192.

(122) *Czarnikow v. Rolimpex* [1978] Q.B. 176, 195, *per* Lord Denning M.R. ; p. 200, *per* Geoffrey Lane L.J.

governing state, may appear artificial : but it is an accepted distinction in the law of England and other states » (123).

L'accent très fort ainsi mis sur les aspects formels de la situation (la distinction entre les différentes entités juridiques, qui « peut paraître artificielle » mais s'impose néanmoins au juge) correspond bien à l'attitude générale des tribunaux anglais à l'égard de la personnalité morale des sociétés, attitude qu'ils étendent volontiers aux entités contrôlées par un Etat étranger (124). Il n'est pas nécessairement satisfaisant. Prenons l'affaire *Rolimpex* (125). L'important jugement de Lord Denning, que nous avons déjà cité, analyse d'une manière détaillée et subtile la nature et la motivation des actes du gouvernement polonais interdisant à l'organisme vendeur Rolimpex l'exécution de son contrat ; il en vient à la conclusion que ces actes — pris dans le seul but de dégager la partie polonaise d'un contrat désavantageux sans avoir à indemniser le cocontractant anglais — étaient illégitimes, si bien qu'ils n'auraient pu justifier l'inexécution du contrat si l'Etat polonais lui-même y avait été partie. Et pourtant, *puisque* Rolimpex avait été créée comme entité juridique indépendante, elle pouvait invoquer ces actes pour s'exonérer. Le contrôle exercé sur elle par l'Etat polonais, dans l'intérêt financier duquel avait été d'abord autorisée, puis interdite l'exportation du sucre ; le fait qu'elle était un instrument de la planification économique (en l'espèce malheureuse) du gouvernement polonais — ces circonstances, qui correspondaient pourtant à la *substance* de la situation, n'étaient pas prises en considération. Tout en jugeant illégitimes les initiatives du gouvernement polonais, on leur permit d'atteindre pleinement leur but.

223. La solution de compromis qui est aujourd'hui largement acceptée — sous une forme ou une autre — en doctrine, et qui paraît donner des résultats satisfaisants dans la pratique arbitrale, est l'approche « fonctionnelle » qui trouve son origine dans les travaux de M. Böckstiegel (126). L'idée de base en est que les entreprises

(123) *I Congreso del Partido* [1983] 1 A.C. 244, 258, per Lord Wilberforce (le passage est cité dans *The "Playa Larga"*, p. 192).

(124) Pour un exemple, v., dans l'affaire *Rumasa, Williams and Humbert Ltd. v. W.&H. Trade Marks (Jersey) Ltd.* [1986] 1 A.C. 368, 429, per Lord Templeman (qui traite sommairement d'« argumentation hérétique » l'idée que la nationalisation des actions d'une société étrangère peut valoir nationalisation indirecte de l'actif social situé sur le territoire britannique) ; *adde* les commentaires critiques de I. Seidl-Hohenveldern, « The Rumasa Decision of the House of Lords and the Doctrine of Severance of Corporations », *Essays in honour of Georg Schwarzenberger*, Londres, 1988, p. 262 et s., et de F.A. Mann, « The Effect in England of the Compulsory Acquisition of the Shares in a Foreign Company », *Further Studies in International Law*, Oxford, 1990, p. 389 et s. — Pour une comparaison entre l'attitude des tribunaux anglais et l'attitude (beaucoup moins restrictive) des tribunaux américains, v. Note, « Piercing the Veil Between Foreign Governments and State Enterprises : A Comparison of Judicial Resolutions in Great Britain and the United States », 25 Va. J. Int'l L. 451 (1985) ; *adde*, là encore dans l'affaire *Rumasa, Williams & Humbert Ltd. v. W.&H. Trade Marks (Jersey) Ltd.*, 840 F.2d 72 (D.C. Cir. 1988).

(125) *Supra*, n° 217.

(126) V. not. K.-H. Böckstiegel, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Francfort, 1971, p. 23 et s. ; « Besondere Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit zwischen Privatunternehmen und ausländischen Staaten oder Staatsunternehmen », NJW 1975. 1577, 1580-1582 ; « Der Durchgriff auf den Staat bei Verträgen im internationalen Wirtschaftsverkehr », *Festschrift Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, 1988, p. 17 et s.

d'Etat, en tant qu'acteurs du commerce international, ne doivent pas bénéficier d'un traitement juridique plus favorable que celui des entreprises privées, mais ne doivent pas non plus faire l'objet d'un traitement discriminatoire uniquement en raison de leurs liens avec l'Etat. Il s'ensuit qu'il doit en principe leur être permis d'invoquer, au même titre qu'une entreprise privée qui se trouverait dans la même situation, le cas de force majeure résultant d'une norme prohibitive des autorités de l'Etat dont elles relèvent. C'est là la solution de principe. Il en va cependant différemment lorsque les autorités étatiques ont en réalité agi dans le but de dégager l'émanation de l'Etat de ses obligations contractuelles — par exemple, dans les Etats socialistes, suite à une modification du plan : l'affaire *Rolimpex* fournit un exemple de pareil comportement critiquable de l'Etat, tentant de faire supporter au cocontractant de son émanation la charge des conséquences des erreurs de gestion commises (127). La seule sanction possible de ce comportement est l'inopposabilité de l'exception de force majeure au cocontractant. Le juge du contrat — en général il s'agira d'un tribunal arbitral — ne doit pas hésiter à y avoir recours (128).

Le moyen technique permettant au juge de faire prévaloir dans pareil cas la substance sur la forme variera selon les préférences de chacun : il peut s'agir de l'affirmation directe de l'existence d'un « principe de droit transnational, qui prend la forme d'une règle de droit international privé matériel » spécifiquement destinée à régir cette situation (129) ; de la transposition dans l'ordre international des conceptions admises en droit interne à propos de la transparence de la personnalité juridique des sociétés (130) ; ou encore — solution qui nous paraît la plus élégante, et qui peut servir de complément à l'analogie tirée du droit interne des sociétés — du recours à un principe général du droit, celui de la bonne foi et de l'inefficacité juridique de l'abus de droit (131) : il faut éviter que l'unité économique que

(127) Comp. K.-H. Böckstiegel, « Beurteilung von Exportverboten nach den Vertrags- und Schiedsregeln der Refined Sugar Association, London », *Festschrift Martin Luther*, Munich, 1976, p. 21, 28-29.

(128) V. en ce sens, outre les travaux précités de M. Böckstiegel, B. v. Hoffmann, « Staatsunternehmen im internationalen Privatrecht », *BerGesVR* 25 (1984) 35, 60-65 ; B. Khadjavi-Gontard/R. Hausmann, « Zurechenbarkeit von Hoheitsakten und subsidiäre Staatshaftung bei Verträgen mit ausländischen Staatsunternehmen », *RIW* 1980. 533 ; P. Mayer, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etats », *J.D.I.* 1986. 5, 74-76 ; E. Nolting, « Hoheitliche Eingriffe als Force Majeure bei internationalen Wirtschaftsverträgen mit Staatsunternehmen ? », *RIW* 1988. 511 ; J.-Q. De Cuyper, « Le fait du prince libère-t-il une entreprise publique de ses obligations contractuelles ? », *R.D.A.I.* 1993. 959 ; *contra* : F. Enderlein, « Juristische Selbständigkeit sozialistischer Außenhandelsbetriebe contra "Durchgriff" », *StuR* 1984. 401.

(129) P. Mayer, *op. cit.*, p. 76. La formulation technique est parfaite, mais elle a l'inconvénient de ne pas préciser le fondement de la règle matérielle proposée.

(130) L'analogie du droit interne a été le point du départ des réflexions de M. Böckstiegel : v. not. *Der Staat als Vertragspartner ...*, *op. cit.*, p. 30 et s. — V. aussi le raisonnement de la Cour Suprême des Etats-Unis dans *First National City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611, 628-630 (1983) (application, à l'égard d'une émanation de l'Etat cubain, d'un principe général commun au droit américain des sociétés et au droit international tel que défini dans l'arrêt *Barcelona Traction* de la C.I.J. — comp. *supra*, note 118 *in fine*).

(131) C'est la formulation proposée par P. Lalive, « Sur la bonne foi dans l'exécution des contrats d'Etat », *Mélanges Raymond Vander Elst*, t. I, Bruxelles, 1986, p. 425, 439-451 ; v. aussi les sentences

constituent l'Etat et ses émanations puisse tirer un avantage juridique indu de la possibilité, réservée à l'Etat, d'intervenir *jure imperii* dans l'exécution des contrats de ses émanations.

La comparaison de deux sentences arbitrales, qui appliquent toutes les deux le critère proposé, permet de constater les résultats pratiques de cette approche nuancée. La première a été rendue en 1986 par le Tribunal des différends irano-américains. Elle a estimé qu'une entreprise étatique iranienne, l'Iran Housing Company, pouvait se prévaloir (comme cas de force majeure dans le cadre de l'exécution d'un contrat de construction) d'un système de rationnement du ciment édicté par le gouvernement iranien : le Tribunal avait constaté en effet que cette mesure étatique ne faisait que répondre à une pénurie générale de ciment en Iran et affectait la défenderesse au même titre qu'un certain nombre d'autres entreprises (132). L'autre sentence, d'ailleurs particulièrement bien motivée, est une sentence rendue le 9 septembre 1983 par un tribunal arbitral *ad hoc* dans un litige opposant une entreprise d'ingénierie allemande à un organisme étatique polonais pour le compte duquel elle devait construire une usine en Pologne. L'organisme ne pouvait, selon les arbitres, se retirer du contrat, sans indemniser son cocontractant, en invoquant un décret gouvernemental qui avait interdit l'exécution de vingt-quatre projets spécialement énumérés : le seul but poursuivi par les auteurs de ce décret avait été de redresser des erreurs de planification commises et de mettre fin unilatéralement à certains projets d'investissement trop ambitieux. L'organisme polonais ne pouvait légitimement en mettre les conséquences à la charge de son cocontractant : l'exception de force majeure n'avait dès lors pas été soulevée de bonne foi et devait être rejetée (133).

L'objectivité du critère tiré de la nature et du but de l'acte étatique invoqué peut être constatée, nous semble-t-il, à la lecture du texte de la dernière révision, adoptée en 1988, des conditions générales de livraison entre organismes des Etats membres du COMECON : mettant un terme à la controverse doctrinale et jurisprudentielle que nous avons signalée (134), l'article 82, alinéa 4 des conditions générales prévoit la restriction suivante à l'invocabilité de la force majeure :

« Les partenaires contractuels ne sont pas libérés de leur responsabilité pour inexécution totale ou partielle de leurs obligations contractuelles lorsque cette inexécution a été la suite d'actes unilatéraux d'un organe étatique compétent (en particulier d'actes dans le domaine de la planification et de la direction économiques) et que ces actes n'avaient pas le caractère d'une interdiction générale d'exportation ou d'importation et ne

arbitrales *ad hoc* de 1983 et de 1990, citées *infra*, texte et note 133 ; et comp. Paris 29 mars 1991, Rev. arb. 1991. 478, note Idot, cité *infra*, note 143.

(132) *Blount Brothers Corp. v. Iran* (Case No. 52) (1986) 10 Iran-U.S. C.T.R. 56, 74-75 (chambre présidée par M. Böckstiegel).

(133) Y.B.C.A. 12 (1987) 63, par application du droit suisse (cf., p. 72, la référence à l'article 2 du Code civil suisse). — *Adde*, pour l'application des mêmes critères, mais dans un *obiter dictum*, la sentence arbitrale *ad hoc* rendue à Genève en 1990, Bulletin ASA 1991. 205, 235 (« la défenderesse a manifestement agi, dans la présente espèce, comme un simple *instrument* de l'Etat utopien avec lequel elle présente une "identité fonctionnelle" de nature à interdire à la défenderesse de se réclamer, sans abus de droit, d'une intervention législative comme un obstacle "extérieur" constitutif de force majeure »).

(134) *Supra*, n° 219.

relevaient pas du domaine de la quarantaine ni du domaine sanitaire ou vétérinaire » (135).

Ce consensus est évidemment significatif ; il traduit l'émergence d'un principe fondamental, presque généralement admis, du droit du commerce international (136). Il fait apparaître comme de plus en plus isolée la position, plus favorable aux organismes étatiques que ne l'était celle du COMECON, des tribunaux anglais. Le critère de l'exonération des émanations de l'Etat correspond également, dans une large mesure, à la distinction qu'il convient d'admettre, en matière de contrats commerciaux conclus par l'Etat lui-même, entre les interventions *jure imperii* motivées par l'intérêt général (qui peuvent rester légitimes malgré la conclusion du contrat) et celles qui tendent à débarrasser l'Etat d'une obligation devenue financièrement gênante — et qui ne sauraient être utilement invoquées ni par l'Etat contractant lui-même, ni par ses émanations (137).

Ceci étant admis, il subsistera dans certains cas une difficulté : celle de la preuve de la motivation réelle de l'intervention étatique invoquée par l'émanation de l'Etat. M. Böckstiegel lui-même a proposé de faciliter au cocontractant privé l'administration de cette preuve en créant un système de présomptions : alors qu'un acte législatif (ou du moins un acte législatif à portée générale) serait présumé, sauf preuve contraire, avoir été promulgué dans un but légitime d'intérêt général, il en irait différemment d'un acte du pouvoir exécutif ; comme il faudrait supposer que l'administration n'agit pas au détriment des organismes qu'elle contrôle, l'acte administratif serait présumé avoir été édicté dans l'intérêt propre de l'organisme qui en est le destinataire ; il appartiendrait dès lors à celui-ci, s'il entend s'exonérer, d'établir au moins *prima facie* le but d'intérêt général poursuivi par

(135) « Die Partner werden nicht von der Verantwortlichkeit für eine teilweise oder vollständige Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtungen befreit, wenn diese Nichterfüllung eine Folge einseitiger Akte eines kompetenten Staatsorgans (insbesondere Akte auf dem Gebiet der Planung und Leitung) war und diese Akte nicht den Charakter eines allgemeinen Verbots in bezug auf Export- oder Importoperationen tragen sowie keine Quarantäne-, Sanitär- und Veterinärverbote sind » : texte in AW 10 (8 mars 1989), RiA n° 108.

(136) Ce principe doit-il se voir reconnaître un caractère impératif, insusceptible de dérogations conventionnelles ? Des sentences arbitrales ont, il est vrai, envisagé d'appliquer des clauses contractuelles de force majeure prévoyant l'éventualité d'une exonération d'un organisme étatique par le fait du prince — et ceci tout en déclarant qu'en l'absence de stipulation expresse, l'exonération aurait été refusée à l'« instrument » de l'Etat (sentence *ad hoc* rendue à Genève en 1990, Bulletin ASA 1991. 205, 235 ; v. aussi la sentence C.C.I. rendue en 1979 en l'affaire n° 3093/3100, J.D.I. 1980. 951, 953 ; Y.B.C.A. 7 (1982) 87, 91). Mais le principe de la bonne foi, ou de l'interdiction de l'abus de droit, ne touche-t-il pas à des considérations d'ordre public (comp. le passage, cité *infra*, note 143, de l'arrêt de la Cour de Paris du 29 mars 1991) ?

(137) cf. *supra*, n° 217. Une différence essentielle est qu'en présence d'une intervention étatique légitime, la libération des émanations de l'Etat se fondera, contrairement à celle de l'Etat lui-même, sur le droit commun de la force majeure. Une indemnisation du cocontractant n'est envisageable, en présence d'un cas de force majeure dûment constaté, que si l'organisme étatique s'est chargé contractuellement du risque : comp. la longue discussion de la portée des clauses contractuelles dans l'affaire *Czarnikow v. Rolimpex*, précit.

l'administration (138). La présomption ainsi formulée à l'encontre de l'effet libératoire des actes administratifs, qui s'apparente à une présomption d'exercice fautif de ses pouvoirs par l'administration, a été critiquée (139), et il n'est pas certain qu'elle s'impose vraiment. Le fait du prince est *a priori* libératoire ; pour pouvoir l'imputer au débiteur, il faut établir qu'eu égard aux circonstances, l'exception de force majeure n'est pas soulevée de bonne foi — et ceci ne se présume pas. Il est certes exact que la recherche de la motivation réelle d'un acte étatique étranger, apparemment pris dans un but d'intérêt général, peut se heurter à des difficultés (140) ; mais la situation ne se présente pas nécessairement ainsi ; l'affaire *Rolimpe* et la sentence arbitrale, précitée, du 9 septembre 1983 montrent que dans les deux cas, la nature exacte des actes du gouvernement polonais pouvait se déduire des circonstances, raisonnablement appréciées : *res ipsa loquitur*.

224. Le champ d'application de cette solution de compromis ne doit pas nécessairement se limiter au domaine contractuel ; elle peut être transposée à d'autres cas dans lesquels un organisme étatique impliqué dans le commerce international entend se prévaloir d'un acte de la puissance publique dont il relève et se libérer ainsi de ses obligations. Les tribunaux américains ont tenu compte, en matière de droit de la concurrence, des liens pouvant exister entre une entreprise et l'Etat dont les autorités lui avaient prescrit une violation de la réglementation américaine et en ont déduit l'absence d'une cause de justification (141) ; et ils ont fait observer qu'en matière de *discovery* extraterritoriale, l'invocation de lois de blocage étrangères par des émanations de l'Etat étranger, elles-mêmes parties au litige et intéressées à éviter toute divulgation des documents demandés, était particulièrement peu crédible (142).

Ceci dit, l'approche à adopter à l'égard des organismes étatiques étrangers reste une approche fonctionnelle : il n'existe pas de critère unique justifiant la « levée du voile », valable dans chaque situation-type. Le critère tiré du manquement au principe de la bonne foi, et de l'illégitimité des actes étatiques destinés à soustraire l'entreprise d'Etat à ses obligations, peut certes trouver application également à

(138) V. not. *Der Staat als Vertragspartner ...*, op. cit., p. 74-75 ; « Besondere Probleme ... », op. cit., p. 1581-1582.

(139) cf. E. Nolting, op. cit., p. 519-521.

(140) Comp. *Settebello Ltd. v. Banco Totta & Acores* [1985] 1 W.L.R. 1050, C.A. (refus du juge anglais de faire procéder à l'audition de témoins devant établir que l'édition d'un décret-loi portugais, d'une portée en apparence générale, était en réalité spécifiquement destinée à décharger de ses obligations contractuelles une entreprise nationalisée portugaise : selon la *Court of Appeal*, l'audition des témoins aurait été contraire à la courtoisie internationale).

(141) *Civil Aeronautics Board v. British Airways Board*, 433 F. Supp. 1379, 1387 (S.D.N.Y. 1977) : « ... *British Airways is, in fact, a creature of the British government. In these circumstances, the C.A.A. directive may be regarded as a communication from the British government to itself. The effect, vaguely schizophrenic, is that of looking at oneself in the mirror and sternly telling oneself what to do* ».

(142) *Laker Airways Ltd. v. Pan American World Airways*, 103 F.R.D. 42, 47 (D.D.C. 1984) ; *Compagnie Française d'Assurance pour le Commerce Extérieur v. Phillips Petroleum Co.*, 105 F.R.D. 16, 31 (S.D.N.Y. 1984) ; *In re Société Nationale Industrielle Aérospatiale*, 782 F.2d 120, 127 (8th Cir. 1986) et *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court*, 482 U.S. 522, 544, note 29 (1987).

quelques hypothèses étrangères au problème de la force majeure (143) ; mais des considérations différentes pourront parfaitement s'imposer à propos d'autres situations faisant intervenir les liens qui existent entre l'Etat et ses émanations (144).

*

225. La prévisibilité du fait du prince, la faute du débiteur et les liens parfois trop étroits entre le débiteur et l'Etat : voilà les cas dans lesquels le principe de l'exonération du débiteur par le fait du prince peut se trouver écarté par l'effet de règles légales particulières. Mais les parties peuvent également, en matière contractuelle, décider d'apporter des aménagements *conventionnels*, plus ou moins radicaux, aux règles légales existantes.

(143) On pensera notamment au cas où l'Etat étranger tente de soustraire à ses dettes (ou à un arbitrage en cours) son émanation en décidant le transfert du patrimoine de celle-ci à l'Etat ou à d'autres entités non liées par un compromis d'arbitrage ; l'arbitre peut vouloir réagir en étendant sa compétence aux attributaires du patrimoine du débiteur : réaction désapprouvée par TF 5 mai 1976, ATF 102 Ia 574 ; ASDI 1978. 387, obs. critiques Lalive, mais approuvée par Paris 29 mars 1991, Rev. arb. 1991. 478, note Idot (« l'arbitre international, dont la mission consiste aussi à assurer le respect de l'ordre public international, a le pouvoir de sanctionner les comportements contraires à la bonne foi qui doit présider aux relations entre partenaires du commerce international »).

(144) cf. K.-H. Böckstiegel, op. cit., *Festschrift Ignaz Seidl-Hohenveldern*, p. 19. — Des problèmes de *funktionelle Staatlichkeit* existent, de même, en droit communautaire : cf. M. Hecquard-Theron, « La notion d'Etat en droit communautaire », Rev. trim. dr. eur. 1990. 693, et v. en particulier la discussion de la notion d'émanation (personnalisée) de l'Etat, à laquelle sont opposables, au même titre qu'à l'Etat lui-même, les directives communautaires non transposées dans le délai prescrit, par C.J.C.E. 12 juillet 1990, *Foster/British Gas plc*, aff. C-188/89, Rec., p. I-3313 ; et aussi, en jurisprudence anglaise, *Rolls-Royce Plc. v. Doughty* [1987] I.C.R. 932, E.A.T. ; [1992] I.C.R. 538, C.A.

SECTION II

LES AMÉNAGEMENTS CONVENTIONNELS
AUX RÈGLES RELATIVES AUX INTERVENTIONS ÉTATIQUES

226. Il convient de distinguer ici entre les stipulations contractuelles qui sont en principe licites — celles relatives à la répartition des risques (§ 1) —, et celles qui sont en principe illicites — la conclusion d'un contrat tendant à la violation de la loi étrangère (§ 2).

§ 1. — La répartition conventionnelle des risques

227. La répartition des risques peut d'abord avoir lieu, au moyen de stipulations contractuelles expresses, entre les parties mêmes au contrat : c'est le cas des clauses de force majeure et stipulations apparentées (qui mettent le risque à la charge du créancier) et des clauses de garantie (qui le mettent à la charge du débiteur). Mais elle peut également faire l'objet d'un contrat — d'assurance — distinct. Nous examinerons, pour chacune de ces hypothèses, la particularité du risque que représente l'intervention de la puissance publique étrangère.

A. — LES CLAUSES DE FORCE MAJEURE ET STIPULATIONS APPARENTÉES

228. L'insertion dans le contrat d'une clause de force majeure n'est indispensable (dans l'intérêt du débiteur) que lorsque la loi du contrat ne reconnaît pas l'effet libératoire de la force majeure en dehors d'une stipulation contractuelle expresse. Tel a été le cas, comme nous le savons (1), du droit anglais jusqu'à la fin du XIX^e siècle ; et en matière maritime du moins, certaines clauses-types auxquelles la pratique contractuelle continue de se référer proviennent, avec peu de modifications, de cette époque. Mais les clauses de force majeure ne servent plus aujourd'hui à fonder la libération du débiteur ; celle-ci résulte du droit commun et est indépendante de la présence ou de l'absence d'une clause de force majeure dans

(1) cf. *supra*, n° 33.

le contrat (2). A quoi peuvent servir, dès lors, les clauses de force majeure ? D'abord à rappeler aux parties la portée de leurs obligations face à une situation imprévue, surgissant en cours d'exécution du contrat. Le texte contractuel (surtout s'il a fait l'objet d'une longue négociation) est parfois considéré par les parties comme une véritable charte de leurs droits et devoirs, qu'il est supposé énoncer de manière détaillée et exhaustive : la référence au droit commun — avec les incertitudes et discussions qu'elle est censée impliquer — doit devenir, dans la mesure du possible, superflue. L'incorporation d'un ensemble de clauses-types, adopté par tous les membres d'une organisation professionnelle, peut avoir le même effet, psychologique plutôt que purement juridique. Dans les deux cas, le fait du prince fera traditionnellement partie des cas fortuits expressément énumérés dans la clause, à côté de la définition générale de la force majeure qu'elle pourra proposer (3). En cas de litige, l'interprétation de ces clauses est d'ailleurs susceptible de soulever des difficultés au moins aussi considérables que la détermination des règles de droit commun qui seraient applicables en l'absence de clause de force majeure (4).

L'insertion d'une clause de force majeure revêt une utilité réelle lorsque la clause va au-delà du droit commun, par exemple lorsqu'elle organise une procédure particulière de notification du cas de force majeure au créancier (5), prévoit la

(2) V. en ce sens la sentence *Anaconda-Iran, Inc. v. Iran* du Tribunal des différends irano-américains, citée *supra*, n° 53.

(3) V. le paragraphe 2 (e) de la clause-type de force majeure de la C.C.I. (Publication n° 421, 1985, p. 9) ; v. aussi dans un contrat d'Etat, au profit du cocontractant privé, l'art. XXII.B du contrat de concession pétrolière entre l'Etat syrien et le groupe Shell, reproduit in 26 I.L.M. 1186, 1212 (1986) ; adde Ph. Kahn, *La vente commerciale internationale*, 1961, p. 346 et s., et du même auteur « "Lex mercatoria" et pratique des contrats internationaux : l'expérience française » in *Le contrat économique international — Stabilité et évolution*, Bruxelles/Paris, 1975, p. 171, 201, et encore « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », J.D.I. 1975. 467, 470-471 ; P. Van Ommeslaghe, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux », Rev. dr. int. dr. comp. 1980. 7, 44-46 ; J. Virole, « Incidence des mesures d'embargo sur les contrats internationaux », D.P.C.I. 1981. 311, 319 et s. ; M. Fontaine, *Droit des contrats internationaux : Analyse et rédaction de clauses*, 1989, p. 211 et s. ; J. Delacollette, *Les contrats de commerce internationaux*, 2^e éd., Bruxelles, 1991, p. 133 et s. ; D. Le Roy, *La force majeure dans le commerce international*, thèse Paris-I, 1991, p. 221 et s. ; J.-M. Jacquet, *Le contrat international*, 1992, p. 112 et s. ; C. Forwick, *Extraterritoriale US-amerikanische Exportkontrollen : Folgen für die Vertragsgestaltung*, Heidelberg, 1993, p. 161 et s. ; comp. déjà, à propos des « clauses de guerre », G. Kegel/H. Rupp/K. Zweigert, *Die Einwirkung des Krieges auf Verträge*, Berlin, 1941, *passim*.

(4) Pour s'en convaincre, v. en jurisprudence maritime anglaise et à propos de différents actes d'autorités portuaires étrangères, p. ex. *Marc Rich & Co. Ltd. v. Tourloti Compania Naviera S.A.* [1988] 2 Lloyd's Rep. 101, C.A. ; *C.A. Venezolana de Navegacion v. Bank Line Ltd.* [1988] 2 Lloyd's Rep. 337, C.A. ; *K/S Arnt J. Moerland v. Kuwait Petroleum Corp.* [1988] 2 All E.R. 714 ; *Ellis Shipping Corp. v. Voest Alpine Intertrading* [1992] 2 Lloyd's Rep. 109, C.A.

(5) V. les stipulations (d'ailleurs peu précises) des paragraphes 4 et 5 de la clause-type C.C.I., précit. ; pour la sanction du défaut de notification, cf. *Johnson Matthey Bankers Ltd. v. State Trading Corp. of India Ltd.* [1984] 1 Lloyd's Rep. 427 et la sentence arbitrale C.C.I. rendue en 1974 dans l'affaire n° 2478, J.D.I. 1975. 925, 926 ; Y.B.C.A. 3 (1978) 222, 223 (déchéance du droit d'invoquer la force majeure) ; v. aussi la sentence arbitrale *ad hoc* rendue à Genève en 1990, Bulletin ASA 1991. 205, 210-217, 238 (le tribunal déduit du défaut de notification l'irrégularité formelle de l'invocation de « faits

concertation des parties en vue d'une détermination équitable d'éventuelles modalités alternatives d'exécution du contrat ou réglemente, outre les cas de force majeure proprement dits, des cas d'imprévision (ou *hardship*) que ne prendrait pas en considération la loi du contrat. Des mécanismes de renégociation du contrat de conciliation ou même d'adaptation du contrat par un tiers pourront être mis en place (6). Mais précisément, la clause cesse dans ce cas d'être une simple clause de force majeure.

229. Dans ce contexte, les parties pourront également songer à stipuler des cas précis de libération du débiteur tenant à des difficultés d'exécution qui sont dues à des interventions étatiques, mais qui ne sont pas reconnues comme libératoires par le droit commun. Elles pourront déroger par exemple à certaines conséquences, particulièrement sévères, du principe de l'« indestructibilité » des obligations monétaires, qui n'admet pas que le débiteur puisse être déchargé de son obligation de paiement en invoquant un cas de force majeure affectant son patrimoine (7). C'est ainsi que les conditions générales uniformes des banques allemandes et autrichiennes prévoient que les titulaires de comptes en devises supportent, au prorata de l'importance de leur dépôt par rapport aux avoirs globaux détenus par la banque dans la devise en question, le risque de tous cas de force majeure, et notamment celui du fait du prince (8). Il s'ensuit concrètement — et contrairement au droit commun (9) — qu'une expropriation, subie par la banque dans le pays étranger où elle a été amenée à redéposer les avoirs qui lui ont été confiés par ses clients, fait obstacle à l'obligation absolue de restitution qui pèse normalement sur le banquier. La doctrine allemande s'est interrogée sur la compatibilité de cette clause avec la législation protectrice des consommateurs, mais ne l'a en définitive pas considérée comme clause abusive (10). Encore faut-il que l'intervention des autorités étrangères ne puisse être imputée au débiteur : le tribunal fédéral suisse, statuant sur l'interprétation d'une clause attribuant au client le risque d'interventions étatiques étrangères, a estimé qu'en tout cas elle ne pouvait servir à exonérer le

de force majeure » — notamment celle d'une loi prohibitive : p. 238 —, tout en hésitant à fonder sa décision sur ce seul élément formel sans examen du fond : p. 218).

(6) cf. à cet égard les quatre propositions de rédaction de « dispositions relatives à l'imprévision », publication C.C.I. n° 421 précit., p. 19-21 ; adde M. Fontaine, *op. cit.*, p. 249 et s. ; B. Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de "hardship" » J.D.I. 1974. 794. — On notera, sans nécessairement s'y rallier, l'opinion de B. Goldman, « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », J.D.I. 1979. 465, 488-491, qui entend déduire de la répétition des clauses d'adaptation, de renégociation et de *hardship* l'émergence de règles *objectives* faisant partie d'un « système juridique lui-même nouveau et transnational » ; en ce sens, v. aussi F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, 1992, p. 166-168.

(7) cf. *supra*, n° 190.

(8) « *Verfügungen von hoher Hand des In- oder Auslandes* » : cf. B. Kleiner, *Internationales Devisen-Schuldrecht*, Zurich, 1985, p. 113, note 74 ; comp. aussi les modèles de clauses *ibid.* p. 271-279.

(9) cf. *supra*, n° 192.

(10) V. en ce sens C.-W. Canaris, *Bankvertragsrecht* (in Staub, *Handelsgesetzbuch — Großkommentar*, vol. III, 3^e partie), 3^e éd., Berlin/New York, 1981, n° 2561 ; F. Graf von Westphalen, « Die Banken-AGB in Rechtprechung und Literatur — eine Übersicht », WM 1984. 2, 4.

banquier des conséquences de sa propre faute lorsque c'était le banquier qui, par son imprudence, avait provoqué la saisie des sommes qui lui avaient été remises (11).

Egalement dans le domaine financier, les contrats de crédit internationaux prennent systématiquement soin de prévoir l'incidence possible d'une réglementation des changes visant l'un ou l'autre des contractants. La situation de l'emprunteur sera d'ailleurs normalement différente de celle du prêteur (ou des membres du syndicat de prêteurs) : dans la pratique contractuelle, l'emprunteur garantira qu'il a obtenu les autorisations administratives nécessaires en vue de l'exécution de ses obligations, et leur retrait n'entraînera pas sa libération, mais au contraire l'accélération de son obligation de remboursement ; les membres du *pool* bancaire, quant à eux, pourront se retirer du contrat si leur participation à l'opération vient à leur être interdite (12). La différence s'explique — même abstraction faite de la position de négociation parfois plus ou moins forte des uns et des autres — par l'importance centrale de l'obligation de remboursement de l'emprunteur, bénéficiaire des paiements des prêteurs.

230. Une catégorie particulière de stipulations relatives aux interventions étatiques est celle des « clauses de soumission » (*submission clauses*) par lesquelles les parties s'engagent à respecter, dans l'exécution du contrat, les lois de police ou la politique gouvernementale d'un Etat déterminé. Le jeu de pareille clause ne suppose pas la preuve d'un cas de force majeure par le débiteur. Le phénomène reflète le plus souvent les contraintes que peut impliquer le commerce de matériel ou de matières premières considérés comme stratégiques par l'Etat de leur provenance.

Une simple politique gouvernementale, qui n'a pas force de loi et qui n'est donc pas juridiquement sanctionnée, ne saurait constituer un cas de force majeure libératoire (13). Le vendeur peut néanmoins, pour des raisons économiques et commerciales, vouloir la suivre. Du point de vue juridique, la difficulté principale d'une clause de soumission à une politique gouvernementale est que l'invocation de la clause risque d'être jugée illicite si la politique en question apparaît comme illégitime : dans une affaire soumise, après arbitrage, aux tribunaux anglais, puis à la Cour de justice des Communautés européennes, une clause de ce type, insérée dans un contrat de vente de pétrole britannique, a ainsi pu donner lieu à de délicates discussions sur le point de savoir si la politique gouvernementale britannique en la matière ne constituait pas, malgré son caractère non contraignant, une mesure ayant un effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'exportation (14).

(11) TF 7 juin 1984, ATF 110 II 283, rendu dans une affaire où la banque suisse avait, par imprudence, révélé à son correspondant bancaire italien que le compte suisse sur lequel devait être transféré un certain montant en monnaie italienne était un compte « anonyme » — ce qui avait provoqué la confiscation du montant en question par les autorités italiennes chargées du contrôle des changes.

(12) cf. Ph. Wood, *Law and Practice of International Finance*, Londres, 1980, p. 141 et s. ; comp. G. Delaume, « Change of Circumstances and Force Majeure Clauses in Transnational Loans », D.P.C.I. 1981. 333. Sur l'incidence de l'art. VIII.2.b des Statuts du F.M.I., cf. *infra*, n° 319 et s.

(13) cf. *supra*, n° 145.

(14) *Bulk Oil (Zug) A.G. v. Sun International Ltd.* [1984] 1 All E.R. 386, C.A. ; C.J.C.E. 18 février 1986, *Bulk Oil (Zug) A.G./Sun International Ltd.*, aff. 174/84, Rec., p. 559. L'affaire concernait la compatibilité d'une clause « *Destination free but always in line with exporting country's government*

Une difficulté analogue a été soulevée — en doctrine, dans le contexte de l'affaire du « gazoduc euro-sibérien » — à propos des clauses contractuelles insérées dans des contrats de vente de matériel américain, soumettant expressément la réexportation du matériel par l'acheteur européen au respect de la réglementation américaine, qui prétendait régir également certains cas de réexportation. L'extraterritorialité de la réglementation américaine a, comme on le sait, été sévèrement critiquée ; et il est discutable si dans les relations entre un réexportateur européen et un acquéreur soviétique, l'embargo aurait pu constituer un fait du prince effectif (15). Faut-il estimer, pour autant, qu'une « clause de soumission » est contraire à l'ordre public du seul fait qu'elle se réfère à une réglementation considérée comme indûment extraterritoriale, et lui permet d'atteindre son but ? (16) Ce n'est pas certain. Le but poursuivi par le vendeur (organisme privé non étatique) qui insiste sur l'insertion de la clause ne sera normalement pas de favoriser l'efficacité extraterritoriale des règlements de son pays, mais d'éviter de subir lui-même les désagréments peut-être considérables qu'implique leur méconnaissance. Ce but n'est pas illicite. Par ailleurs, la clause a certes pour effet de donner un effet extraterritorial à la réglementation américaine : cependant, cet effet n'est pas dû à la contrainte, mais à la volonté des parties. En droit international privé des contrats, ceci n'a rien d'intrinsèquement illicite ; et il est très douteux que l'ordre public s'oppose vraiment, pour cette seule raison, à la reconnaissance des « clauses de

policy » avec l'ordre public tel que défini par le droit communautaire — plus précisément, puisque le pays de destination de la marchandise était Israël, par un accord CEE/Israël du 11 mai 1975. La Cour de justice a estimé que la politique britannique relative à l'exportation de pétrole vers Israël constituait une mesure ayant un effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'exportation (même si elle n'était, en l'espèce, pas illicite au regard de l'accord CEE/Israël) : « Une telle "politique" ou pratique n'échappe pas aux interdictions prévues par le droit communautaire du seul fait qu'elle n'est pas concrétisée par des décisions ayant un effet obligatoire pour les entreprises. En effet, même des actes d'un gouvernement dépourvus de force contraignante peuvent être de nature à influencer sur le comportement des entreprises sur le territoire de cet État et avoir ainsi pour effet de mettre en échec les finalités de la Communauté (voir en ce sens l'arrêt du 24 novembre 1982, Commission/Irlande, 249/81, Rec. p. 4005) » (p. 581). — La même affaire a également été portée devant les tribunaux américains : v. *Bulk Oil (Zug) A.G. v. Sun Co., Inc.*, 583 F. Supp. 1134 (S.D.N.Y. 1983), décidant que « [Sun International]'s refusal to deliver the oil ... was a lawful exercise of its rights under the law of contract, not a violation of the antitrust laws » (p. 1136).

(15) cf. *supra*, n° 185.

(16) V. effectivement en ce sens A.V. Lowe, « Public International Law and the Conflict of Laws : The European Response to the United States Export Administration Regulations » (1984) 33 I.C.L.Q. 515, 519 et s., et du même auteur « International Law Issues Arising in the "Pipeline" Dispute : the British Position », G.Y.I.L. 27 (1984) 54, 65-66 ; B. Stern, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », A.F.D.I. 1986. 7, 28-29 ; A. Klein-Beber, « Rechtfertigen Hoheitsakte von U.S.-Behörden Liefer sperren auf deutschem/europäischem Markt ? », RIW 1990. 189, 192 ; comp. O. Remien, « Außenwirtschaftsrecht in kollisionsrechtlicher Sicht », *RabelsZ* 1990. 431, 473-475. — Les « commentaires » des Communautés européennes du 12 août 1982, relatifs à l'affaire du « gazoduc », ont qualifié de « répréhensible » l'encouragement, par le gouvernement américain, de l'insertion de clauses de ce type dans les contrats d'exportation : 21 I.L.M. 891 (1982), n° 11.

soumission » (17). Ces clauses tendent, en fait, à faire supporter par le créancier, outre les risques d'une inexécution due à la force majeure proprement dite, ceux qui sont inhérents aux simples difficultés d'exécution ou dangers commerciaux dus à des facteurs d'ordre politique. C'est là un souci qui, en lui-même, ne saurait être réputé contraire à l'ordre public.

B. — LES CLAUSES DE GARANTIE

231. Contrairement aux clauses de force majeure proprement dites, les clauses de garantie — par lesquelles le débiteur accepte d'assumer les risques d'un cas de force majeure empêchant l'exécution de son obligation — dérogent profondément au droit commun des obligations. Une dérogation de ce type, si elle doit rendre le débiteur garant du fait du prince, ne se présume pas ; il faut que la volonté des parties soit clairement établie (18).

En insérant une clause de garantie dans leur contrat, les parties ne méconnaissent pas le fait que son exécution peut réellement devenir impossible suite à l'édiction d'une norme prohibitive ou au refus d'une autorisation administrative ; le débiteur ne s'engage pas à tenter d'exécuter le contrat malgré les prohibitions légales en vigueur : son obligation ne consiste qu'à assumer la charge pécuniaire des risques afférents. L'exemple des *Incoterms* publiés par la Chambre de commerce internationale (19) le montre parfaitement. Prenons le cas des obligations du vendeur. Celui-ci ne s'engage pas à exporter les marchandises vendues qu'une licence lui soit accordée ou non. Simplement, selon la nature particulière du type de contrat de vente envisagé, il assume des obligations plus ou moins étendues dans l'obtention des autorisations administratives — dont le caractère indispensable est implicitement reconnu par les *Incoterms*. Les termes EXW (« A l'Usine ») et FAS (« Franco le long du navire ») obligent le vendeur seulement à mettre la

(17) cf., en faveur de la reconnaissance de la validité de ces clauses, W. Wengler, « Wege zur rechtlichen Steuerung des Verhaltens von Ausländern im Ausland und das internationale Privatrecht », IPRax 1983. 145, 146-147, 153 ; F.A. Mann, « The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years », R.C.A.D.I. 1984-III. 9, 62-63 ; J. Basedow, « Private Law Effects of Foreign Export Controls », G.Y.I.L. 27 (1984) 109, 138-139 ; adde T. Abicht, *Die Parteiautonomie im Schatten der Unterwerfungsklauseln*, Francfort/Berne/New York/Paris, 1991, § XI. Du point de vue de la technique du droit international privé, la promesse contractuelle de respecter une loi de police déterminée d'un État tiers ne vaut d'ailleurs pas « dépeçage » du contrat, mais simplement référence conventionnelle, au niveau du droit matériel, à cette loi (*materiellrechtliche Verweisung* : sur cette notion, cf. G. Kegel, *Internationales Privatrecht*, 6^e éd., Munich, 1987, p. 422-423 ; comp. Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, 7^e éd., t. II, n° 593, p. 308).

(18) « Clearly such a warranty, involving the promisor in an obligation to pay damages if performance is rendered unlawful by the law of the place where performance is to take place, creates potentially a very onerous obligation. Clear words will be required to support its existence » : *Empresa Exportadora de Azucar v. Industria Azucarera Nacional S.A. (The "Playa Larga")* [1983] 2 Lloyd's Rep. 171, 191, C.A.

(19) *Incoterms 1990* : publication C.C.I. n° 460. Rappelons que « le but des *Incoterms* est d'arrêter une série de règles internationales pour l'interprétation des termes commerciaux les plus utilisés dans le commerce extérieur » (p. 102).

marchandise à la disposition de l'acheteur dans le pays d'exportation, avant dédouanement ; ses obligations en matière de licence d'exportation se résument dès lors à

« A2 : Prêter à l'acheteur, à la demande de ce dernier et à ses risques et frais, tout son concours pour obtenir toute licence d'exportation ou autre autorisation officielle nécessaire à l'exportation de la marchandise ».

Dans ces cas, c'est l'acheteur qui apparaît comme le véritable exportateur. La situation est différente lorsque ce sont les termes FOB (« Franco bord »), CIF (« Coût, assurance et fret »), ou des termes analogues, qui s'appliquent : le vendeur, obligé de procéder au dédouanement des marchandises, est responsable de l'obtention des licences ; il doit

« A2 : Obtenir à ses propres risques et frais toute licence d'exportation ou autre autorisation officielle et accomplir toutes les formalités douanières nécessaires à l'exportation de la marchandise » (20).

Dans le système des *Incoterms*, l'obligation du vendeur d'obtenir les licences nécessaires n'est pas une simple obligation de moyens ; c'est une obligation de garantie, le vendeur agissant « à ses propres risques » : il ne peut invoquer la force majeure lorsqu'une licence lui est refusée malgré ses diligences (21).

232. En somme, lorsque les parties ont précisé dans leur contrat que les « risques et périls » d'une partie de son exécution incombent exclusivement à l'une d'entre elles, il devient — comme la Cour de cassation l'a jugé à propos d'une saisie douanière de marchandises lors de leur importation au Maroc — sans intérêt de rechercher si « cet obstacle constituait ou non le "fait du Prince" invoqué » : la volonté des parties l'emporte complètement sur les règles de droit commun d'attribution des risques (22).

C. — LES CONTRATS D'ASSURANCE

233. Dans le langage des assureurs des opérations du commerce international, le fait du prince relève du « risque politique » — celui qui est lié, d'une manière ou une autre, aux « faits politiques » empêchant l'exécution normale des contrats, par opposition au risque commercial que constitue la défaillance financière d'un

(20) Les parties peuvent d'ailleurs, même tacitement, convenir d'une solution différente : « on ne saurait exiger du vendeur qu'il procure cette licence lorsqu'il ignore la destination de la marchandise » (F. Eisemann, *La pratique des Incoterms*, 3^e éd., par Y. Derains, 1988, p. 85). L'obligation d'obtenir la licence d'importation, quant à elle, incombe le plus souvent à l'acheteur ; il en va différemment lorsque s'applique le terme DDP (« Rendu droits acquittés »), le vendeur étant chargé dans ce cas du dédouanement à l'importation. V. aussi le terme DEQ (« Rendu à quai droits acquittés »).

(21) F. Eisemann, *op. cit.*, p. 86. Dans l'affaire *Rolimpex* (qui n'impliquait pas, il est vrai, les *Incoterms* de la C.C.I.) il a été jugé qu'une clause contractuelle qui met à la charge du vendeur les risques de l'obtention d'une autorisation d'exportation n'empêche pas pour autant — en l'absence d'une stipulation expresse sur ce point — son exonération en cas de retrait de l'autorisation une fois accordée : cf. *C. Czarnikow, Ltd. v. Centrala Handlu Zagranicznego Rolimpex* [1979] A.C. 351.

(22) Com. 7 juin 1971, Bull. civ. IV, n° 162.

cocontractant privé (23). En matière d'assurance des crédits à l'exportation, il s'agit, semble-t-il, du « risque majeur » couru par le vendeur (24). La couverture de ce risque particulier d'assurance-crédit fera souvent intervenir, directement ou indirectement, des organismes publics de l'Etat du vendeur (en France, la Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur : COFACE) afin de rétablir, comme on a pu l'exprimer, « entre le vendeur et l'acheteur — souvent une autorité étatique ou para-étatique — une égalité de statut juridique sans laquelle le fournisseur serait exposé à des relations léonines » (25). Plus récemment, un organisme international — l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements, créée en 1985 sous l'égide de la Banque Mondiale — s'est d'ailleurs vu confier un rôle analogue en matière de garantie des investissements internationaux contre les risques « non commerciaux » : risques de non-transfert, d'expropriation, de rupture du contrat par le gouvernement d'accueil, de conflits armés et de troubles civils (26).

C'est là un cas particulier. En matière maritime — et le droit maritime est à l'origine du droit moderne des assurances — des assureurs ont de tout temps accepté de couvrir les conséquences du fait du prince comme les autres « fortunes de mer » (27). Des exemples forts anciens de polices d'assurance y font référence (28). Dans la législation française actuelle, ce risque n'est cependant couvert que moyennant convention spéciale, dérogeant au principe qui exclut la couverture des risques « de

(23) G. Barral, *L'assurance des crédits à l'exportation*, 1987, p. 11 ; et v. la définition générale, p. 318 : « Le risque politique, au sens strict, résulte d'un fait politique tel qu'une guerre, une révolution ou une émeute, ou encore, d'une décision gouvernementale faisant obstacle à l'exécution du contrat. L'expression "risque politique" recouvre le risque politique proprement dit, le risque catastrophique, le risque de non-transfert et, par extension, le risque de carence de l'acheteur public ».

(24) H. Baquiast, préface à l'ouvrage de G. Barral, *op. cit.*, p. 4 ; comp. p. 5 (« lourds déficits enregistrés en risque politique par tous les assureurs-crédit publics ces dernières années »). — Selon M^{me} Burdeau (« Les conséquences de la crise du Golfe sur les relations économiques privées » in *Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe*, Cahiers du CEDIN, n° 6, 1991, p. 415, 464-465) et MM. Grelon et Gudim (« Contrats et crise du Golfe », J.D.I. 1991, 633, 634), le « coût » pour la COFACE de la crise subséquente à l'annexion du Koweït par l'Iraq en 1990 aura été de l'ordre de 15 milliards de francs au moins.

(25) H. Baquiast, *op. cit.*, p. 4. L'activité de la COFACE est décrite en détail dans l'ouvrage précité de M^{me} Barral.

(26) cf. J. Touscoz, « Les opérations de garantie de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (A.M.G.I.) », J.D.I. 1987, 901 ; S.K. Chatterjee, « The Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency » (1987) 36 I.C.L.Q. 76 ; I. Shihata, *MIGA and Foreign Investment*, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1988 ; C. Ebenroth/J. Karl, *Die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur*, Heidelberg, 1989, et des mêmes auteurs « Neuere Entwicklungen bei der Multilateralen Investitions-Garantie-Agentur (MIGA) », RIW 1990, supplément n° 11 ; Th. Stern, *Die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur*, Cologne, 1990 ; C.I. Claramunt, *L'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (A.M.G.I.)*, thèse Strasbourg, 1990.

(27) cf. l'art. 26 du Titre des Assurances de l'ordonnance de 1681, cité *supra*, n° 19 ; comp. l'intéressante discussion historique par Trib. com. Nantes 12 décembre 1966, D.M.F. 1967, 431.

(28) cf. la police italienne de 1397 citée *supra*, n° 13 ; en Angleterre, la première trace d'un contrat d'assurance se trouve dans une affaire *Emerson v. Sallanova* jugée en 1545 par une juridiction maritime ; le contrat était destiné à couvrir, spécifiquement, le risque du retrait d'un sauf-conduit par le Roi de France : cf. W.R. Vance, « Early History of Insurance Law », *Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. III, Boston, 1909, p. 98, 110.

capture, prise ou détention par tous gouvernements ou autorités quelconques » au même titre que celle des risques de guerre ou de piraterie ou encore des risques nucléaires (29). L'opinion que l'assureur peut se faire du risque dépend bien entendu de la nature des activités poursuivies au moyen du navire assuré : on comprendra, dès lors, qu'un arrêt de la Cour de cassation ait approuvé l'annulation pour réticence d'une police d'assurance dont le titulaire avait caché à ses assureurs qu'il entendait se livrer, au bord du navire, à la contrebande d'objets d'art aux Echelles du Levant (30).

234. Ceci — de même d'ailleurs que le problème des clauses de garantie insérées dans un contrat devant être exécuté à l'étranger — nous amène à la question suivante : les parties peuvent-elles aller au-delà des stipulations que nous avons envisagées jusqu'à présent ? Peuvent-elles stipuler que l'une d'entre elles commettra effectivement, en vue de l'exécution du contrat, un acte illégal au regard de la loi du lieu d'exécution ? Un assureur français peut-il accepter de couvrir les risques d'une opération de contrebande aux Echelles du Levant ? Une société peut-elle valablement avoir pour objet ce type très particulier d'opérations commerciales ?

§ 2. — Le contrat tendant à la violation de la loi étrangère

235. Nous avons vu, en examinant les fondements possibles de l'effet libératoire du fait du prince étranger, qu'il en était un qu'il fallait certainement écarter : la théorie de l'impossibilité matérielle de l'acte interdit à l'étranger. L'exécution du contrat, même illégale au regard de la loi locale, n'est presque jamais *matériellement* impossible (31) ; un débiteur, s'il est prêt à assumer des risques anormaux, peut l'entreprendre — et même la réussir. Si les parties savent pertinemment que le contrat ne pourra être exécuté sans violer les lois d'un Etat tiers, il n'est plus à proprement parler question de protection du débiteur. Le débiteur s'engage en connaissance de cause et en assume les risques. Il faut se demander, dans ce cas, si la validité du contrat peut être reconnue par le juge du for.

C'est d'abord une optique qu'il convient de choisir : s'agit-il essentiellement d'un problème de conflits de lois, et la sanction civile du comportement des contractants doit-elle être recherchée dans la loi de police étrangère violée elle-même ? Ou s'agit-il plutôt d'appliquer, tout en prenant en considération la prohibition édictée par la loi étrangère, les dispositions du droit matériel normalement compétent pour déterminer la validité de l'objet du contrat, et les sanctions de son invalidité ? Nous choisirons ici la seconde approche — conforme, comme nous le verrons, à celle qu'ont traditionnellement adoptée les tribunaux — tout en réservant à une discussion ultérieure le problème de méthode et le choix

(29) Art. L.172-16 du Code des assurances ; cf. R. Rodière, *Traité général de droit maritime : Assurances et ventes maritimes*, 1983, n° 352.

(30) Com. 17 octobre 1972, D.M.F. 1973. 153.

(31) *Supra*, n° 129 et s.

entre prise en considération et application proprement dite des lois de police étrangères (32).

C'est donc de la validité de l'objet du contrat que nous discutons. Si le contrat est nul, ce n'est pas parce que son objet — que le débiteur ne peut réaliser sans encourir les sanctions prévues par la loi étrangère — est réputé impossible (33). Les parties se sont volontairement placées en dehors de cette logique protectrice du débiteur. Si leur contrat est nul, c'est que son objet est illicite : sous l'angle du droit matériel, la question de la validité de ces contrats (dont les contrats de contrebande ne sont qu'un exemple) se résume par conséquent à la question de la licéité de leur objet (34). Il s'agit, en substance, du volet civil d'un phénomène de criminalité économique — même s'il se déroule à l'étranger (35). La réponse de principe à la question ne devrait donc pas être douteuse.

236. Elle a cependant toujours donné lieu, en droit français, à des hésitations considérables.

Le point de départ de la discussion a été, au XVIII^e siècle, l'affaire de la tartane *St. Joseph*, arrêtée près d'Alicante par une brigade de garde espagnole avec sa

(32) cf. *infra*, n° 310 et s. Ce qui est certain, en revanche, est qu'une question comme celle de la validité des contrats de contrebande ne saurait relever de la théorie de la « fraude à la loi étrangère » au sens du droit international privé : les parties ne manipulent, juridiquement, aucun élément de rattachement pour se soustraire à l'application de la loi qui aurait normalement été déclarée compétente par la règle de conflit du for. S'il y a « fraude », c'est au sens commun, non technique, du mot (Littre : « 1. Acte de mauvaise foi et de tromperie. — 2. Action de soustraire des marchandises aux droits de douane et d'octroi »). Comp. J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, 1957, p. 89, note 2 ; mais pour une analyse en termes de fraude à la loi, v. H. Batiffol, « Fraude à la loi », *Jurisc. Int.*, fasc. 535, n° 44 ; et v., plus exactement, en ce sens que le problème des contrats de contrebande permet de mieux comprendre celui de la fraude à la loi étrangère (à travers la question, générale, de l'« impérativité de la loi étrangère ») : B. Audit, *La fraude à la loi*, 1974, n° 219 et s.

(33) Sur cette hypothèse de nullité du contrat, comp. *supra*, n° 25 et note 41.

(34) V., en droit comparé, P. Messinesi, *La contrebande en droit international privé*, 1932 ; M. Erne, *Vertragsgültigkeit und drittstaatliche Eingriffsnormen*, Zurich, 1985. — Dans un souci de précision terminologique, H. Batiffol (v. not. *Les conflits de lois en matière de contrats*, 1938, n° 410 et 412) a proposé de parler de « cause immorale » plutôt que d'« objet illicite » : le recours à la notion de « cause » plutôt que d'« objet » devait souligner que la violation de la loi étrangère n'a souvent qu'une incidence indirecte sur le rapport contractuel (on objectera que, si tel peut effectivement être le cas — v. les exemples cités *infra*, n° 238, notes 73 et 74 —, c'est loin d'être une règle générale, comme le montreront d'autres exemples discutés *infra*). La référence à l'« immoralité » et aux bonnes moeurs plutôt qu'à l'« illicéité » et à l'ordre public s'expliquait, quant à elle, par la considération que « par hypothèse, la loi violée n'est pas applicable » conformément à la règle de conflit du for (v. dans le même sens V. Heuzé, « La morale, l'arbitre et le juge », *Rev. arb.* 1993. 179, 185-187) ; mais sur ce dernier point, il nous semble que la notion d'ordre public au sens de l'art. 6 C. civ. est suffisamment large pour englober le respect dû aux règles de conduite étrangères : cf. *infra*, n° 238. — La référence à l'« immoralité » des contrats tendant à la violation d'une loi étrangère est, à la vérité, usuelle en jurisprudence allemande et suisse (cf. M. Erne, *op. cit.*, p. 17-20 et 26-31) ; nous ne l'adopterons pas ici.

(35) Comp. le *dictum* de Lord Justice Scrutton dans l'arrêt de principe anglais, *Foster v. Driscoll* [1929] 1 K.B. 470, 498 (à propos de la contrariété à l'ordre public anglais d'un contrat de contrebande d'alcool aux Etats-Unis) : « *Public policy is a dangerous horse to ride. It must be clearly established, and persons charged with illegality in contravening it must, like other criminals, be given the benefit of any doubt* ».

cargaison de soie espagnole exportée en contrebande. La soie est confisquée. Les commanditaires de l'opération réclament à leurs assureurs le paiement des sommes assurées ; ceux-ci opposent « qu'ils ne doivent pas répondre de la Contrebande » ; une sentence de l'amirauté de Marseille du 31 juillet 1758 les condamne néanmoins au paiement. Ils relèvent appel. En vue de l'instruction du procès devant le Parlement d'Aix, Emerigon, à l'époque conseiller au siège de l'amirauté, « rédige les motifs » de la sentence. Une distinction lui paraît essentielle : la contrebande en France, prohibée par les édits et ordonnances du Roi de France, est illicite ; l'assurance de pareille opération est nulle. « Il n'en est pas de même des marchandises dont la contrebande n'est que vis-à-vis des peuples Etrangers, & non vis-à-vis de la France. ... Ainsi l'exportation de certaines choses sera défendue en Espagne tant qu'on voudra ; mais les loix du Roi Catholique, ne sont pas des règles de conduite pour les François. Il leur est permis & très-permis en France d'y apporter d'Espagne, des Piastres, des Pistoles, des Quadruples et des Soyés, pour alimenter nos Hôtels de Monnoye, nos Manufactures, & notre Commerce. — Pareilles marchandises font un objet légitime de notre négoce, & rien n'empêche qu'elles ne forment parmi nous la matière des assurances ». C'est là le raisonnement qu'approuvera, par son arrêt du 30 juin 1759, le Parlement d'Aix (36).

Pothier, dans son *Traité du contrat d'assurance*, s'étonne de cette argumentation : n'est-ce pas négliger la souveraineté du Roi d'Espagne ? « Ceux qui commercent dans un pays sont, par le Droit des gens & par la Loi naturelle, obligés de se conformer, pour ce commerce, aux Loix du pays où ils le font. Chaque Souverain a empire & juridiction sur tout ce qui se fait dans le pays où il a le droit de commander ; il a par conséquent le droit de faire, pour le commerce qui se fait dans ses Etats, des Loix qui obligent tous ceux qui le font, les étrangers aussi-bien que les sujets » (37). La conclusion qu'il en tire, tant en ce qui concerne la contrebande elle-même qu'en ce qui concerne son assurance, est nette : « Ce commerce est donc illicite & contraire à la bonne foi » ; le contrat d'assurance est nul (38).

(36) V. le texte de la consultation d'Emerigon (du 15 janvier 1759) in Valin, *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance de la Marine*, La Rochelle, 1760, t. I, p. 119. Comp. d'ailleurs, pour le même raisonnement mercantiliste dans la jurisprudence anglaise de l'époque, *Boucher v. Lawson* (1734) Cas. t. Hard. 85 ; 95 E.R. 53 et (1735) Cas. t. Hard. 194 ; 95 E.R. 125 : « *I think the unlawfulness of the trade makes no difference, for it is not material to us what the law of Portugal is, but what the law of England is, and here in England it is not only a lawful trade, but very much encouraged* » (per Lord Hardwicke, C.J. : Cas. t. Hard., p. 198).

(37) R.-J. Pothier, *Traité du contrat d'assurance*, in *Traité des contrats aléatoires, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Nouvelle édition, Paris/Orléans, 1777, n° 58, p. 57. La même conception est exprimée (mais dans une optique de pur droit public) dans les écrits, contemporains, de Vattel : v. *Le Droit des gens, ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite des affaires des nations et des souverains*, Nouvelle édition, Neuchâtel, 1777, n° 101 (I^{re} partie, p. 184).

(38) *op. cit.*, p. 58. — Emerigon, faisant lui-même oeuvre doctrinale (*Traité des assurances et des contrats à la grosse*, Marseille, 1783, t. I, p. 210 et s.), a répondu, mais par une pirouette, aux objections de Pothier : il n'y conteste pas (ou plus) qu'en principe « quiconque traite dans les Terres d'un autre Etat, est tenu, comme *Sujet à tems de cet Etat*, de se soumettre aux Loix du Pays » (p. 211, citant Grotius, Wolff, Burlamaqui et Vattel). Mais, dit-il, ce principe connaît une exception en matière de contrebande : peut-être que Pothier « auroit été moins rigide, s'il eût considéré que l'interlope est un vice

Les lois douanières étrangères sont-elles des « règles de conduite » pour les Français, dont les tribunaux civils français doivent tenir compte dans l'appréciation de la licéité d'un contrat ? C'est effectivement ainsi que se pose le problème des contrats de contrebande. L'attitude des tribunaux français à son égard est longtemps restée vacillante. La doctrine d'Emerigon, avec son réalisme outrancier, a fortement inspiré un arrêt de la Cour d'Aix du 30 août 1833 (39) et aussi — mais avec une nuance intéressante — un arrêt de la Cour de Pau du 11 juillet 1834, confirmé par la Cour de cassation : selon cet arrêt, la violation par simple ruse et adresse des lois douanières étrangères est licite, car celles-ci « n'obligent que les sujets du prince qui les a établies », mais la corruption des préposés des douanes étrangers ne l'est pas, puisque dans ce cas « on blesse les principes de la morale, qui ont partout et à l'égard de tous une égale autorité, et que dans aucun pays civilisé on ne peut réclamer les secours de la justice pour forcer l'exécution d'engagemens où ils ont été méconnus » (40). Une distinction de ce type — que l'on a parfois tenté de justifier en opposant au *malum in se*, prohibé par la morale naturelle ou par un ordre public universel, le simple *malum prohibitum* ou *malum quia prohibitum* dont la source, toute contingente, n'est que le droit économique d'un Etat (41) — ne sert évidemment qu'à mieux souligner le peu de poids que ses auteurs attachent aux prohibitions de la loi étrangère en tant que telles et en tant qu'expression de la souveraineté de l'Etat étranger sur son territoire.

En 1928 encore, la Cour de cassation a déclaré valable le contrat d'assurance d'un navire impliqué dans l'importation, aux Etats-Unis prohibitionnistes, de certains « liquides dont le commerce est absolument libre en France » (42) ; et en 1958, un arrêt (rédigé, il est vrai, avec beaucoup de circonspection) a approuvé les juges du fond d'avoir estimé que des ventes « au marché noir » en Uruguay ne relevaient pas de la prohibition formulée par l'article 6 du Code civil et « n'étaient éventuellement justiciables que des lois territoriales uruguayennes » sur le contrôle des changes (43). Le Conseil d'Etat avait cependant décidé, dès 1938, que des mesures réglementaires empêchant l'exportation d'alcool des îles de Saint-Pierre-et-Miquelon aux Etats-Unis ne faisaient que « supprimer des pratiques frauduleuses

commun à toutes les Nations commerçantes. Les Espagnols & les Anglois en tems de paix la pratiquent chez nous. Il nous est donc permis, par une espece de représaille, de la pratiquer chez eux » (p. 215).

(39) S. 1834. 2. 161 (« un vice commun à toutes les nations » ; « une sorte de guerre constante que les nations se livrent, même dans les tems de paix réelle » ; « cette position détermine alors un droit de représailles que l'on exerce réciproquement », etc.).

(40) Reproduit sous l'arrêt de rejet : Req. 25 août 1835, S. 1835. 1. 673, qui souligne qu'il s'agit d'une « convention passée entre particuliers pour régler leurs intérêts réciproques et à laquelle les gouvernemens n'ont pris aucune part ni directement ni indirectement ».

(41) cf. Messinesi, *op. cit.*, p. 122 et s. — L'appel à l'« ordre public international », « révélé » par un certain nombre de traités multilatéraux, se retrouve p. ex. — à propos de l'illicéité d'un trafic d'armes de guerre — dans Paris 9 février 1966, R. 1966. 264, note Louis-Lucas. V. aussi *infra*, n° 237.

(42) Req. 28 mars 1928, S. 1928. 1. 305, note critique Niboyet.

(43) Civ. 1^{re} 17 novembre 1958, Bull. civ. I, n° 492 : on notera que dans la terminologie qui restait admise en 1958, les lois étrangères de droit public étaient dites « territoriales » s'il s'agissait de justifier la décision du juge français de ne pas en tenir compte.

s'exerçant au détriment d'un pays étranger » (44) ; et la jurisprudence de la Cour de cassation en son dernier état n'est plus favorable à la validité des contrats tendant à la violation des lois du lieu de leur exécution (45) — hostilité qui est partagée par la plupart des décisions des juges du fond (46), mais pas par toutes (47). L'impression qui se dégage, globalement, de l'ensemble de ces décisions est que la jurisprudence se dirige lentement et prudemment dans la direction que l'on souhaiterait la voir adopter à l'égard de pratiques qui ne sont assurément pas recommandables.

237. La question de la validité de ce type de contrat n'a pas occupé les seuls tribunaux français ; elle apparaît aussi dans la jurisprudence d'autres pays. La comparaison des solutions admises en jurisprudence permet de constater qu'il existe un réel consensus sur l'illicéité de certains contrats destinés à violer les lois d'un Etat étranger — contrats impliquant la corruption de fonctionnaires étrangers, ou le trafic d'influence (48), ou encore contrats conclus en vue du financement (privé) de

(44) C.E., Ass., 14 janvier 1938, *Comp. gén. de la Grande Pêche*, S. 1938. 3. 25, 2^e esp., note P.L. L'arrêt en déduit que l'Etat ne pouvait être tenu d'indemniser ceux qui, jusqu'à l'entrée en vigueur des mesures réglementaires, s'étaient livrés à ces pratiques.

(45) cf. Com. 7 mars 1961, Bull. civ. III, n° 125 (mais il s'agit d'un cas de corruption de fonctionnaires étrangers, qui n'a jamais été considérée avec faveur par la jurisprudence française : cf. déjà Pau 11 juillet 1834, précit. et Req. 15 mars 1911, D.P. 1911. 1. 382) ; Civ. 1^{re} 18 juin 1969, J.C.P. 1969. II. 16131, note P.L. ; R. 1970. 464, note Drakidis (mais la motivation de l'arrêt, qui concerne le transfert illicite en France de dinars algériens, ne choisit pas clairement entre les deux causes de nullité du contrat relevées par les juges du fond : référence aux art. 1131 et 1133 C. civ. certes, mais aussi à l'art. VIII.2.b des statuts du F.M.I.).

(46) Trib. com. Dunkerque 27 novembre 1906 et Douai 11 novembre 1907, J.D.I. 1908. 138 ; Alger 20 février 1925, J.D.I. 1926. 701 ; Trib. com. Marseille 9 décembre 1946 et Aix 20 mai 1947, R. 1948. 294, note Carabiber ; Trib. civ. Seine 4 janvier 1956, R. 1956. 679, note H.B. ; comp. Paris 9 février 1966, précit. — V. déjà un arrêt (manifestement inspiré de Pothier) de la Cour de Rennes du 1^{er} décembre 1826, S. chron. 1825-1827. 2. 293 (« Considérant que l'acte d'affrètement qui a pour objet un commerce frauduleux dans les Etats d'une puissance étrangère, est contraire aux principes du droit naturel, et par là même fondé sur une cause illicite »).

(47) Colmar 24 juin 1932, S. 1934. 2. 73, 1^{re} esp., note critique Niboyet ; Reims 25 octobre 1976, J.D.I. 1978. 99, note critique Mayer (selon l'arrêt, « il n'appartient pas aux juridictions françaises de sanctionner la fraude à la loi étrangère, surtout dans le domaine de l'ordre public économique »).

(48) V. en jurisprudence française Com. 7 mars 1961, précit. et déjà Pau 11 juillet 1834 et Req. 15 mars 1911, précit. (v. cep. Req. 2 août 1827, S. chron. 1825-1827. 1. 657, qui estime pouvoir justifier, dans les circonstances exceptionnelles de l'espèce, la corruption de juges péruviens par le capitaine d'un navire français, pratiquée pour qu'ils annulent la détention, sous le « prétexte » de violation de blocus, du navire ; et comp. l'étrange motivation de Paris 29 janvier 1991, J.D.I. 1991. 691, 2^e esp., note critique Oppetit ; R. 1991. 731, note critique Heuzé : « l'appelante ne fait pas la preuve que les intimes se soient livrés à des activités répréhensibles de trafic d'influence [en Chine], étant observé au surplus que seules les autorités gouvernementales chinoises, au demeurant informées de ce procès, seraient en droit de protester et d'agir à l'encontre de leurs ressortissants ». — V. en jurisprudence anglaise *Lemenda Trading Co. Ltd. v. African Middle East Co. Ltd.* [1988] Q.B. 448 ; en jurisprudence allemande BGH 8 mai 1985, BGHZ 94. 268 ; IPRax 1987. 110 ; OLG Hambourg 8 février 1991, NJW 1992. 635 ; RIW 1993. 327 (et comp. *supra*, n° 147) ; adde, en législation américaine, le *Foreign Corrupt Practices Act*, 15 U.S.C. § 78dd1-78dd2, qui interdit (et sanctionne pénalement) la corruption de fonctionnaires étrangers par les entreprises américaines ; et, en doctrine, B. Oppetit, « Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international », J.D.I. 1987. 5 (phénomène « tout à la fois unanimement réprouvé et universellement répandu ») ; H. Pichl, *Bestechungsgelder im internationalen*

mouvements insurrectionnels ou de coups d'Etat à l'étranger (49). Mais il s'agit peut-être là de comportements que le juge a tendance à réprimer — comme « *mala in se* » — même indépendamment de leur prohibition par le législateur étranger ; la réaction d'un arbitre international, saisi d'une demande en paiement de commissions formée par un intermédiaire chargé de corrompre des membres du gouvernement argentin, pourrait à cet égard être typique : il s'agirait d'un « mal international ... contraire aux bonnes moeurs et à un ordre public international commun à la communauté des nations » (50).

Pour ce qui est des contrats dont l'objet n'est pas universellement réprouvé, mais néanmoins interdit par les lois (par exemple douanières) de l'Etat étranger concerné, la situation est moins nette. On rencontre, en jurisprudence suisse, des hésitations assez semblables à l'attitude changeante des tribunaux français (51) ; ou alors, en jurisprudence allemande, une subtile casuistique qui prétend vérifier, avant de se prononcer sur la validité du contrat, la concordance des intérêts étatiques exprimés par la loi prohibitive étrangère avec les intérêts de l'Etat du for (52). Mais

Wirtschaftsverkehr, Heidelberg, 1991 ; *Les commissions illicites*, Publication C.C.I. n° 480/2, 1992 ; M. Dahan, *La pratique française du droit du commerce international*, t. I, 1992, n° 265 et s.

(49) *De Wutz v. Hendricks* (1824) 2 Bing. 314 ; 130 E.R. 326 (rendu dans le contexte du financement de la guerre d'indépendance grecque) ; Trib. arr. Luxembourg 8 mars 1930, J.D.I. 1931. 229 (mouvement séparatiste rhénan) ; Trib. civ. Seine 2 juillet 1932, J.D.I. 1933. 73 ; R. 1934. 770, note Niboyet ; S. 1934. 2. 73, 2^e esp., note Niboyet (coup d'Etat au Venezuela) ; v. d'ailleurs plus récemment, en Suisse, l'avis de droit du Département fédéral des affaires étrangères du 12 juillet 1985, ASDI 1986. 90 : il existe à la charge de la Suisse une obligation internationale de faire cesser des émissions radiophoniques comportant des appels de fonds en faveur des insurgés du Salvador.

(50) Sentence C.C.I. rendue par le président Lagergren en 1963 dans l'affaire n° 1110, rapportée par J.D.M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards*, Dobbs Ferry, 1978, p. 553-555. L'arbitre en a (d'office) déduit son incompétence pour trancher le litige. — V. aussi Paris 30 septembre 1993, D. 1993 I.R. 226 (le trafic d'influence est « contraire à l'ordre public international français ainsi qu'à l'éthique des affaires internationales telle que conçue par la plus grande partie des Etats de la communauté internationale ») ; et cf. la sentence C.C.I. rendue en 1982 dans l'affaire n° 3916, J.D.I. 1984. 930, obs. Jarvin ; comp. les sentences rendues en 1981 dans l'affaire n° 3913, J.D.I. 1984. 920, obs. Derains, en 1984 dans l'affaire n° 4145, J.D.I. 1985. 985, obs. Derains, et en 1988 dans l'affaire n° 5622, Rev. arb. 1993. 327 (annulée par Cour de Justice de Genève 17 novembre 1989, *ibid.*, p. 316 ; sur recours : TF 17 avril 1990, *ibid.*, p. 322). Adde P. Lalive, « Ordre public transnational (ou réelment international) et arbitrage international », Rev. arb. 1986. 329, 335-342 ; P. Mayer, « La règle morale dans l'arbitrage international », *Mélanges Pierre Bellet*, 1991, p. 379 et s. ; V. Heuzé, *op. cit.*, Rev. arb. 1993. 179.

(51) cf. TF 28 février 1950, ATF 76 II 33 ; 30 mars 1954, ATF 80 II 49 ; 7 septembre 1984, ATF 110 Ib 213, arrêts qui refusent de considérer comme illicite la violation de la réglementation des changes d'un Etat étranger ; v. de même, à propos de la réglementation algérienne prohibant certains contrats d'intermédiaires, TF 17 avril 1990, précit. ; mais v., pour la nullité d'un contrat de contrebande, Handelsgericht Zurich 9 mai 1968, SJZ 1968. 354 et comp. (mais il s'agit d'un code de conduite privé) les articles 7 et 8 de la *Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB)*, version du 1^{er} juillet 1992 (Bâle, Association suisse des banquiers) : interdiction de l'« assistance active » en matière de fuite de capitaux et de fraude fiscale.

(52) V. les arrêts de principe : BGH 21 décembre 1960, BGHZ 34. 169 ; 24 mai 1962, NJW 1962. 1436 ; 22 juin 1972, BGHZ 59. 83. Le résultat pratique de cette approche paraît être que la violation du droit public économique étranger n'est pas nécessairement considérée comme illicite, les intérêts étatiques concernés étant propres au seul Etat étranger : cf. BGH 8 avril 1976, VersR 1976. 678 et déjà

les tribunaux d'autres Etats se sont clairement prononcés en faveur de l'annulation des contrats de contrebande (au sens large), et ils ont fondé l'illicéité de ces contrats, non pas sur leur contrariété à la morale universelle, mais bien sur la violation délibérée des lois de police étrangères par les contractants (53). C'est également en ce sens que se prononce la grande majorité des auteurs (54).

En tenant dès lors pour acquis — du moins à titre d'hypothèse de travail — le principe de l'illicéité des contrats tendant à la violation des lois étrangères, il reste à formuler une restriction : toutes les lois prohibitives étrangères ne sont pas nécessairement visées par la règle de principe ainsi dégagée. En premier lieu, il n'est pas certain qu'un contrat puisse être considéré comme illicite s'il méconnaît, au su des contractants, une loi étrangère qui n'est pas celle de lieu d'exécution, même si le législateur étranger a entendu donner une portée extraterritoriale à ses prohibitions en s'attachant par exemple au critère de la nationalité ou de la résidence des contractants ; c'est même le contraire qui a été jugé en Angleterre dans un procès pour contrefaçon de l'ouvrage *Août 14* d'Alexandre Soljenitsyne : à l'argumentation du défendeur — qui contestait la validité de la cession du droit de reproduction à la société demanderesse britannique *via* un mandataire suisse de l'auteur, en faisant valoir que « l'exportation du texte du roman de Russie en Suisse était contraire au droit russe » — il a été répondu que tant l'édition de l'ouvrage que le paiement des droits d'auteur se faisaient en dehors du territoire soviétique et que les lois prohibitives soviétiques n'avaient dès lors pas à être prises en considération (55).

RG 24 juin 1927, JW 1927. 2288 (la contrebande de cocaïne en Inde est illicite si ce produit y est interdit pour des raisons de santé publique, non de politique économique).

(53) V. en Angleterre *Foster v. Driscoll* [1929] 1 K.B. 470, C.A. (*supra*, note 35) ; *Regazzoni v. K.C. Sethia (1944) Ltd.* [1958] A.C. 301 ; aux Etats-Unis *In re Sik's Estate*, 129 N.Y.S.2d 134, 138 (Sur. Ct. 1954) ; *International Aircraft Sales, Inc. v. Betancourt*, 582 S.W.2d 632 (Tex. Civ. App. 1979) ; en Belgique Trib. com. Bruxelles 19 avril 1968, Pas. b. 1969. III. 22 (jugement très fortement motivé ; références à la jurisprudence belge antérieure) ; au Luxembourg Cass. 2 février 1956, Pas. lux. 16. 425 (qui entend cependant faire une exception en ce qui concerne la violation des lois fiscales étrangères, « essentiellement territoriales » ; il s'agit d'une restriction dont le bienfondé n'est pas évident — pourquoi la fraude fiscale à l'étranger serait-elle licite ? —, et qui a été abandonnée par la jurisprudence anglaise : v. p. ex. *Re Emery's Investments' Trusts* [1959] Ch. 410 ; *Euro-Diam Ltd v. Bathurst* [1990] 1 Q.B. 1, 40, *per* Kerr L.J.). — *Adde*, dans la pratique arbitrale, la sentence C.C.I. rendue en 1982 dans l'affaire n° 2730, J.D.I. 1984. 914, obs. Derains ; Y.B.C.A. 9 (1984) 105.

(54) J. Story, *Commentaries on the Conflict of Laws*, 5^e éd., Boston, 1857, p. 382 et s. ; F. Laurent, *Droit civil international*, t. VIII, 1881, n°s 144 et s. ; A. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. IV, 1912, p. 383 ; J.-P. Niboyet, notes précitées ; H. Batiffol, *op. cit.* (*supra*, note 34) ; Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, 7^e éd., t. II, 1983, n° 598 ; R. Rodière, *Traité général de droit maritime. Affrètements et transports*, t. I, 1967, n° 69 ; F. Rigaux, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, 1977, p. 190 et s. ; F.A. Mann, « Conflict of Laws and Public Law », R.C.A.D.I. 1971-I 107, 196, et du même auteur « Eingriffsgesetze und internationale Privatrecht », *Festschrift Eduard Wahl*, Heidelberg, 1973, p. 139, 150 ; A. Heini, « Ausländische Staatsinteressen und internationale Privatrecht », *Rev. dr. suisse* 100 I (1981) 65, 79-82. — Pour l'opinion doctrinale qui estime préférable de prononcer l'illicéité de ces contrats en faisant application des sanctions civiles prévues par la loi étrangère violée, v. *infra*, n°s 310 et s.

(55) *The Bodley Head Ltd. v. Flegon* [1972] 1 W.L.R. 680, 688 : « It is fundamental ... that the contract requires an act to be done within the frontiers of a foreign friendly state which is illegal by the law of that state ». En Allemagne, le moyen de nullité de la cession du droit de reproduction par

D'autres décisions se sont, au moins incidemment, prononcées dans le même sens (56).

Ensuite — et la restriction est suggérée par l'affaire *Soljenitsyne*, même si le jugement anglais n'y fait pas référence — il n'est pas interdit au juge du for de faire porter un jugement de valeur sur les lois étrangères invoquées ; il peut en venir à la conclusion que ces textes apparaissent comme des instruments d'oppression, et qu'en convenant de leur violation, les parties ont légitimement voulu s'affranchir de leur emprise ; rien ne l'empêche dans ce cas (qui est, malgré tout, exceptionnel) d'affirmer la validité du contrat : la violation de pareilles lois ne peut être considérée comme contraire à l'ordre public (57). C'est ce qui a été jugé en France, à la fin des années 1930, à propos des lois allemandes empêchant l'exportation de capitaux par des réfugiés politiques (58) et plus récemment, en Allemagne et en Autriche, à propos de lois par lesquelles certains Etats prétendaient interdire l'émigration de leurs ressortissants (59). On admettra également qu'en temps de guerre, la violation des embargos dirigés contre l'Etat du for ne sera pas jugée contraire à l'ordre public (60).

238. Le cas des lois étrangères dont le contenu est choquant au point de faire apparaître leur violation comme licite permet par ailleurs de mieux dégager le fondement de la règle de principe — celle de l'invalidité des contrats tendant à la violation des lois étrangères. Il a certes parfois été proposé de considérer la contrebande à l'étranger comme illicite parce qu'elle aurait un effet « démoralisateur » sur la population du for — explication particulièrement autoritaire, avancée par un arrêt du *Reichsgericht* de 1898 (61) —, ou alors — explication plus moderne, mais néanmoins foncièrement indifférente aux intérêts de l'Etat étranger — parce qu'elle constituerait un acte de concurrence déloyale à l'égard de commerçants respectueux des lois en vigueur sur les marchés étrangers

Soljenitsyne a été rejeté, dans un procès concernant le même roman, par référence au principe de la « territorialité » du droit public étranger : BGH 29 septembre 1977, BGHZ 69. 295.

(56) *Lemenda Ltd. v. African Middle East Petroleum Co. Ltd.* [1988] Q.B. 448, 454-455, 461 ; comp. en jurisprudence canadienne *Royal Trustco Ltd. v. Campeau Corp.* (1980) 118 D.L.R.(3d) 207, 241.

(57) On peut même aller plus loin : « I can imagine a foreign law involving persecution of such a character that we would regard an agreement to break it as meritorious » : *Regazzoni v. K.C. Sethia (1944) Ltd.* [1958] A.C. 301, 325, *per* Lord Reid.

(58) Colmar 16 février 1937, R. 1937. 685, note Batiffol ; D.P. 1939. 2. 25, note Silz.

(59) V. les décisions citées *supra*, n° 182, note 103 (« contrats d'aide à la fuite » de la R.D.A.) ; *adde*, à propos d'une fuite du Vietnam, AG Lahnstein 13 juillet 1987, IPRax 1988. 39.

(60) cf. RG 22 décembre 1916, Gruchot 61 (1917) 460 (affirmant la licéité de la violation d'une loi suédoise qui était « wider die deutschen Interessen gerichtet ») ; comp. RG 15 février 1930, IPRspr. 1930, n° 13 (mesures de l'occupant français) ; la réserve de l'état de guerre a également été formulée en jurisprudence anglaise : v. p. ex. *Regazzoni v. K.C. Sethia (1944) Ltd.* [1958] A.C. 301, 318, *per* Viscount Simonds : l'Etat étranger doit être « a foreign and friendly country ».

(61) RG 5 novembre 1898, RGZ. 42. 295, 297 (« im höchsten Grade demoralisierende Wirkungen »).

(62). Mais c'est plutôt à la légitimité de l'exercice de ses pouvoirs de police par l'Etat étranger sur son territoire qu'il convient de s'attacher : les lois étrangères sont bien des « règles de conduite » dont le caractère obligatoire doit — sauf exceptions — être reconnu par le juge du for. Et, comme l'a souligné dans ce contexte H. Batiffol (63), c'est bien la légitimité de l'exercice de leurs pouvoirs par les autorités étrangères qu'il convient de présumer ; la présomption n'est certes pas irréfutable, mais elle peut servir de base à la règle de principe proposée.

Cette règle a des affinités profondes avec le principe de l'effet libératoire du fait du prince étranger. Des affinités techniques d'abord : prise en considération jurisprudentielle d'une norme contraignante étrangère à travers une notion juridique suffisamment « ouverte » pour laisser au juge un pouvoir d'appréciation guidé par des valeurs de référence — notion de force majeure dans un cas (64), notion d'ordre public dans l'autre. Des affinités dans leur fondement ensuite : la présomption d'un exercice à la fois effectif et légitime de ses pouvoirs par le souverain étranger joue son rôle dans les deux cas. Mais c'est là que se situe également la différence entre les deux règles : la libération du débiteur par le fait du prince repose ou peut reposer, outre sur des intérêts étatiques, sur les intérêts individuels des contractants. Le débiteur est toujours dispensé d'exécuter effectivement un acte interdit à l'étranger ; mais en matière contractuelle du moins, il n'est pas toujours dispensé de réparer le préjudice subi par le créancier. Lorsqu'il s'agit de l'exonération complète du débiteur, des facteurs subjectifs entrent en ligne de compte (65). Et en particulier, le débiteur peut renoncer à son exonération ; il peut assumer volontairement une obligation de garantie et accepter de payer des dommages-intérêts si le fait du prince l'empêche d'exécuter ses obligations. Ce qu'il ne peut pas, c'est renoncer au respect de la souveraineté étrangère. C'est ainsi que s'explique le fait que contrairement à la règle de l'exonération du débiteur contractuel, la règle de l'invalidité des contrats tendant à la violation des lois étrangères relève de l'ordre public (66).

Ces orientations de principe ont leurs applications pratiques. Un sommaire tableau comparatif des solutions à admettre à propos de l'exonération du débiteur d'une part, et de la licéité de l'objet du contrat de l'autre, peut être dressé ; son détail dépendra dans une certaine mesure des conceptions que la loi applicable a en

(62) cf. les conclusions Hayoit de Termicourt sur Bruxelles 13 mai 1936, B.J. 1937. 4, 11 ; comp. B. Kratz, *Ausländische Eingriffsnorm und inländischer Privatrechtsvertrag*, Francfort, 1986, p. 123 et s., et spécifiquement à propos de la corruption de fonctionnaires étrangers C. McManis, « Questionable Corporate Payments Abroad : An Antitrust Approach », 86 Yale L.J. 215 (1976).

(63) *op. cit.* (*supra*, note 54).

(64) cf. *supra*, n° 135.

(65) cf. *supra*, n° 202 et s.

(66) Il ne faudrait pas pour autant aller jusqu'à considérer que le droit international lui-même impose aux tribunaux de considérer comme illicite la violation des lois étrangères : conception qui serait excessive lorsqu'il ne s'agit pas de contraindre le débiteur à exécuter à l'étranger un acte illégal, mais uniquement de régler les comptes entre parties à la fraude : la souveraineté étrangère, bafouée par les parties, ne serait pas mise en péril par des juges qui refuseraient d'annuler après coup leur contrat ; cf. A. Bleckmann, « Sittenwidrigkeit wegen Verstoßes gegen den ordre public international », ZaöRV 1974. 112, 130.

matière de force majeure et de nullité des contrats, mais les solutions suivantes nous semblent pouvoir être admises, du moins lorsque c'est le droit français qui est appliqué (67) :

1° La licéité du contrat contraire à une loi contraignante étrangère est reconnue, mais le débiteur peut s'exonérer en invoquant le fait du prince étranger :

a) si la loi de police n'existait pas au moment de la conclusion du contrat : la licéité du contrat s'apprécie au moment de sa conclusion (68), alors que l'existence d'un cas de force majeure dépend des circonstances existant au moment de son exécution — sous réserve d'une vérification éventuelle de l'imprévisibilité, au moment de la conclusion du contrat, de l'événement invoqué comme cas de force majeure (69) ;

b) s'il n'est pas établi que toutes les parties au contrat ont *consciemment* participé à une entreprise illégale au regard de la loi étrangère (70) ;

c) si la loi étrangère est contraire à l'ordre public du for ou au droit international : le contrat qui tend à sa violation est valable, mais le débiteur n'assume évidemment que l'obligation d'employer des moyens raisonnables à cette fin ; ces moyens peuvent se révéler insuffisants, et le débiteur est libéré (71).

2° Le contrat est illicite, mais son exécution n'est pas réellement empêchée par le fait du prince :

a) s'il existe des modes alternatifs (et légaux) d'exécution du contrat, mais que le débiteur se soit engagé à tenter d'abord et prioritairement son exécution en violation d'une loi étrangère (72) ;

b) si le contrat, qui n'est pas exécuté lui-même sur le territoire de l'Etat étranger concerné, est néanmoins connexe ou préparatoire à une opération portant atteinte à la loi étrangère : les exemples classiques en sont l'assurance couvrant les

(67) Comme le montreront les références citées, ces solutions, qui nous paraissent conformes au droit civil français, trouvent également appui dans la jurisprudence d'autres pays.

(68) cf. *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust* [1989] Q.B. 728, 745 (Staughton J.), qui cite l'arrêt de principe en matière de nullité des contrats tendant à violer une loi étrangère (*Foster v. Driscoll*, précit.) et ajoute : « *Even if that principle can be applied to supervening illegality as opposed to illegality ab initio (a point which I would regard as open to question) ...* ».

(69) cf. *supra*, n° 204 et s.

(70) cf. Liège 5 mars 1874, B.J. 1875. 1592 ; comp. *Fielding and Platt, Ltd. v. Najjar* [1969] 2 All E.R. 150, C.A. : ces arrêts décident que le but illicite secrètement poursuivi par un seul des contractants ne justifie pas l'annulation du contrat. — Ceci dit, même si dans pareil cas le contrat n'est pas nul pour objet illicite, il pourra le cas échéant être nul pour objet impossible : cf. *supra*, n° 25 et note 41.

(71) cf. RG 22 décembre 1916, précit. (note 60) ; comp. KG 19 septembre 1975, NJW 1976. 197, cité *supra*, n° 182, note 103.

(72) cf. *Foster v. Driscoll* [1929] 1 K.B. 470, 521-522, per Sankey L.J. : « *An English contract should and will be held invalid on account of illegality if the real object and intention of the parties necessitates them joining in an endeavour to perform in a foreign and friendly country some act which is illegal by the law of such country notwithstanding the fact that there may be, in a certain event, alternative modes or places of performing which permit the contract to be performed legally* » (nullité d'un contrat tendant à l'importation illégale d'alcool aux Etats-Unis si possible, sinon à la vente — légale, mais beaucoup moins profitable — au Canada).

risques d'une opération illégale, ou le financement de pareille opération (73). Le problème juridique majeur sera, dans ce cas, l'identification d'un lien minimal entre les opérations, permettant de faire rejaillir sur l'une l'illicéité de l'autre (74).

*

239. L'ensemble de ces solutions montre qu'il est possible de construire, par référence à des conceptions de droit matériel, un système de prise en considération des normes contraignantes étrangères. La construction de ce système a été l'oeuvre des tribunaux. Reposant sur le droit matériel, il s'écarte dans une certaine mesure des préoccupations traditionnelles de la technique des conflits de lois ; qu'une loi de police étrangère contraire à l'ordre public du for puisse faire obstacle à l'exécution d'une obligation, valable au regard de la loi qui la régit, en est sans doute l'illustration la plus nette.

La technique du droit international privé reste néanmoins présente dans cette approche du problème du fait du prince étranger. La question des rapports entre la théorie du fait du prince et les conflits de lois présente, comme le montrera la prochaine étape de notre discussion, un intérêt à la fois théorique et pratique que l'on ne saurait négliger.

(73) Assurance d'une opération de contrebande : LG Berlin 2 novembre 1928, IPRspr. 1929, n° 13 ; BGH 24 mai 1962 et 22 juin 1972, précit. (note 52) ; financement de menées insurrectionnelles : v. les décisions citées *supra*, note 49 ; financement d'opérations de contrebande : RG 10 mars 1927, JW 1927. 2287 ; livraison d'alcool en haute mer, mais en vue de son importation en contrebande : RG 26 octobre 1928, IPRspr. 1928, n° 20.

(74) En droit français, il conviendrait de faire appel à la subtile théorie de la cause illicite ou immorale des contrats ; pour un exemple d'application de cette théorie, v. en jurisprudence belge Bruxelles 13 mai 1936, B.J. 1937. 4, 19 (validité de l'assurance d'un colis de diamants exportés en contrebande d'Afrique du Sud au Mozambique, si elle ne couvre que les risques d'un transport — postérieur — du Mozambique à Anvers ; l'illicéité n'entre pas dans le champ contractuel) ; comp. en jurisprudence anglaise (maxime « *Ex turpi causa non oritur actio* ») *Euro-Diam Ltd. v. Bathurst* [1990] 1 Q.B. 1, C.A. ; *Howard v. Shirlstar Ltd.* [1990] 1 W.L.R. 1292.

SECONDE PARTIE

FAIT DU PRINCE ÉTRANGER ET CONFLITS DE LOIS

240. La pratique judiciaire qui a été le principal objet de notre discussion repose sur un certain nombre de prémisses qui, tout en étant le plus souvent tacites et inexprimées, lui donnent sa cohérence et sans doute aussi sa vigueur. La première est l'idée que le fait du prince étranger peut constituer, dans un litige, une réalité si indéniable que le juge ne peut pas refuser de la prendre en considération dans son appréciation du comportement des parties, et que l'impossibilité d'exécution résultant de l'intervention étatique apparaît comme évidente. A certains égards, cette évidence peut même tenir lieu, dans le raisonnement des tribunaux, de justification de l'éviction d'un certain nombre de techniques de base du droit international privé — la réserve de l'ordre public dans certains cas ou même, plus fondamentalement, la vérification de l'*applicabilité* (aux termes de la règle de conflit du for) de la norme étrangère invoquée par le défendeur. On ne fera pas sérieusement grief aux magistrats de faire l'économie de justifications théoriques lorsque la solution juste, et juridiquement exacte, du litige s'impose avec évidence ; mais on observera qu'en réalité, l'éviction des techniques du droit international privé n'est pas complète. Le juge a beau souligner — comme l'a fait le *Reichsgericht* en 1918 pour justifier l'exonération de contractants anglais qui invoquaient devant lui le *Trading with the Enemy Act* — que lorsqu'un tribunal prend en considération l'existence de la loi étrangère constitutive du fait du prince, « il ne s'agit nullement de l'application de cette loi » (1) ; mais ce faisant, il applique toujours une technique de droit international privé : celle, précisément, de la prise en considération des normes étrangères. Jusqu'à présent, nous avons supposé ou présupposé qu'il y avait là une technique valable, résistant à un examen technique ; il s'agira maintenant de le démontrer.

D'un autre côté — seconde prémisse tacite de la pratique judiciaire — les tribunaux partent manifestement de l'idée que l'effet libératoire du fait du prince étranger doit être apprécié par application de la loi régissant l'obligation : en matière contractuelle, la loi du contrat — qui coïncide, en fait, le plus souvent avec la loi du for. La prémisse est évidemment exacte dans une très large mesure. La recherche de ses limites éventuelles n'en devient que plus intéressante.

La technique de la prise en considération du fait du prince étranger (Titre I) et la loi applicable à sa prise en considération (Titre II) feront par conséquent l'objet de la suite de notre discussion.

(1) RG 28 juin 1918, RGZ 93. 182 : cf. *supra*, n° 182.

TITRE I

**LA TECHNIQUE DE LA PRISE EN CONSIDÉRATION
DU FAIT DU PRINCE ÉTRANGER**

241. La technique de la prise en considération n'apparaît pas seulement comme une technique originale, mais encore comme une technique adéquate, du moins à l'égard des *normes contraignantes étrangères* — celles qui sont l'expression directe de la contrainte étatique susceptible de rendre impossible l'exécution d'une obligation.

Technique originale, puisqu'elle ne se confond ni avec l'application des lois étrangères, ni avec la reconnaissance des effets de droit des décisions étrangères (Chapitre I). Technique adéquate aussi : c'est ce qu'il conviendra de vérifier en comparant ses résultats avec ceux auxquels peuvent aboutir d'autres techniques (Chapitre II).

CHAPITRE I

LA PRISE EN CONSIDÉRATION, TECHNIQUE ORIGINALE

242. La prise en considération des normes étrangères est d'abord, au même titre que leur application ou reconnaissance, une technique générale du droit international privé, et c'est en tant que telle que nous l'analyserons en premier lieu (Sect. I). C'est ensuite l'application de cette technique de prise en considération à une catégorie particulière de normes étrangères que nous discuterons d'une manière plus détaillée : nous verrons que ce n'est pas par hasard que la reconnaissance de l'effet libératoire du fait du prince étranger constitue un cas-type de prise en considération de normes étrangères ; mais nous verrons aussi que ce n'est pas seulement en tant que cas de force majeure que les normes contraignantes, par lesquelles s'exprime l'intervention de la puissance publique dans une situation, sont susceptibles d'être prises en considération (Sect. II).

SECTION I

L'ANALYSE DE LA TECHNIQUE DE PRISE EN CONSIDÉRATION
DES NORMES ÉTRANGÈRES

243. Il y aura lieu, d'abord, de définir le mécanisme même de la prise en considération — en particulier par rapport à des mécanismes voisins de droit international privé — (§ 1), puis de dégager l'utilité du recours occasionnel des tribunaux à ce mécanisme (§ 2).

§ 1. — Le mécanisme de la prise en considération

244. Il ne manque pas, en doctrine française, de définitions de la prise en considération des normes étrangères, par opposition à l'application de ces normes. Une définition particulièrement synthétique, formulée par M. Mayer, peut servir de point de départ : « Formellement, la prise en considération se distingue de l'application en ce que la règle appliquée fournit elle-même la solution substantielle de la question posée, tandis que la règle prise en considération est intégrée dans le présupposé de la règle qui se réfère à elle, et dont l'effet juridique détermine seul la substance de la relation juridique » (1). Pour illustrer la mise en oeuvre de la distinction, il suffit de songer à une loi étrangère qui vient interdire l'exportation de certaines marchandises et qui ajoute aux sanctions pénales prévues en cas de contravention une disposition d'ordre civil : elle annule les contrats d'exportation conclus. Si le juge français applique cette loi étrangère au litige dont il est saisi (2), il prononcera la nullité du contrat, la règle étrangère fournissant la solution substantielle au litige ; si le juge décide d'appliquer le seul droit français au contrat, tout en prenant en considération la prohibition édictée à l'étranger, il constatera l'exonération du débiteur par le fait du prince étranger : cas de force majeure au sens du droit français des obligations, mais constitué par la norme étrangère qui vient

(1) P. Mayer, « Le rôle du droit public en droit international privé », *Rev. int. dr. comp.* 1986, 467, 484 ; comp. P. Mayer, *Droit international privé*, 4^e éd., 1991, n° 140 ; P. Gothot, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *R.* 1971, p. 224 ; Holleaux, Foyer et de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, 1987, n° 316.

(2) Soit parce que le contrat est soumis au droit étranger dont fait partie cette loi, soit — même en présence d'un contrat soumis au droit français — parce que le juge croirait devoir procéder par rattachement spécial de la loi de police étrangère : cf. *infra*, n°s 289 et s.

d'être édictée. La distinction entre prise en considération et application de la loi étrangère paraît donc parfaitement claire.

Par ailleurs, même si la terminologie employée est relativement récente, la prise en considération de règles étrangères a depuis toujours été ressentie comme une nécessité par les tribunaux ; le cas du fait du prince étranger est là, précisément, pour le démontrer. Ce n'est pas à propos des règles étrangères, mais à propos des décisions étrangères — plus précisément à propos des jugements non revêtus de l'exequatur — que la doctrine française a d'abord pris conscience du phénomène, à travers la distinction entre effet de droit et effet de fait des jugements étrangers. Bartin, qui y avait fait allusion en 1922 dans une note de sa réédition d'Aubry et Rau (3) et qui avait publié en 1924 une étude sous le titre expressif « Le jugement étranger considéré comme un fait » (4), a revendiqué — sans doute à juste titre — la paternité de la distinction au niveau doctrinal (5) ; analysant quelques espèces jurisprudentielles, il formula la définition suivante, qui correspond à la définition actuellement admise de la prise en considération des normes étrangères : « Le jugement étranger nous apparaît alors comme un fait. Les effets proprement dits, qui y sont attachés dans le pays où il a été rendu, prennent en France la physionomie et la valeur de faits dont le juge français ne peut pas ne pas tenir compte dans la décision qu'il rend en France, sur le fondement de la loi française, ou sur le fondement de la loi étrangère dont l'application lui est prescrite par les règles de conflit qui résultent de la loi française » (6). Il est reconnu, depuis lors, qu'un jugement étranger peut dans certains cas déployer des effets de fait, indépendants de l'exequatur (7) ou même, pour ce qui est des jugements relevant du champ d'application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, des effets indépendants du système de reconnaissance automatique institué par l'article 26 de cette convention (8).

(3) t. XII, 5^e éd., § 769 *ter*, note 2.

(4) J.D.I. 1924, 857.

(5) *Principes de droit international privé*, t. I, 1930, § 194, note 1 (« Je ne crois pas que cette question ait été aperçue, jusqu'à cette date, par les spécialistes du droit international privé »).

(6) J.D.I. 1924, p. 860. On a fait observer (v. not. D. Alexandre, *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, 1970, n°s 138 et 139) que les exemples jurisprudentiels choisis par Bartin à l'appui de sa théorie manquent de pertinence, dans la mesure où ils prennent en considération l'exécution effective du jugement étranger (donc un fait matériel) au moins autant que le jugement étranger lui-même. Que Bartin n'ait pas toujours fait le bon choix pour illustrer sa théorie ne remet cependant pas vraiment en cause, nous semble-t-il, la valeur doctrinale de sa contribution.

(7) cf. p. ex. D. Alexandre, « Les effets des jugements étrangers indépendants de l'exequatur », *Trav. Com. fr.* 1975-1977, 51, 55-56 ; Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, 7^e éd., t. II, 1983, n° 740 ; Ph. Francescakis et H.-J. Lucas, *Rép. Dalloz Droit international*, v° *Jugement étranger (matières civile et commerciale)*, n°s 23 et s. ; C. Pamboukis, *L'acte public étranger en droit international privé*, 1993, n° 219 ; F. Rigaux, *Droit international privé*, t. I, 2^e éd., Bruxelles, 1987, n° 213 ; W. Wengler, *Internationales Privatrecht*, vol. I, Berlin/New York, 1981, p. 391.

(8) cf. H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 1993, n° 327 ; P. Gothot et D. Holleaux, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, 1985, n° 253 ; J. Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 4^e éd., Heidelberg, 1993, vor Art. 26, n° 17 ; comp. A. Huet, *Rép. Dalloz Droit communautaire*, v° *Convention de Bruxelles — Reconnaissance et exécution des décisions*,

L'effet de fait des jugements n'est qu'une hypothèse particulière de prise en considération des normes étrangères ; et d'ailleurs une loi étrangère qui est contraire à l'ordre public, mais qui empêche l'exécution normale d'un contrat est bien, elle aussi, une norme à laquelle « aucun effet de droit » ne saurait être reconnu, mais qui peut créer une « situation de fait » dont le juge français peut tenir compte : la Cour de cassation l'a rappelé, en ces termes, dans le contexte des nationalisations algériennes (9). On peut aller plus loin ; la prise en considération des normes étrangères, et la reconnaissance de leurs effets de fait, ne constituent peut-être qu'un aspect d'un mécanisme plus général. Indépendamment de ses effets de droit proprement dits, l'édiction d'une norme peut créer une situation de fait que le juge doit prendre en compte, et à laquelle il doit attacher des conséquences juridiques propres. Ainsi, malgré le principe de la relativité de la chose jugée, le prononcé d'un jugement est un fait que les tiers ne pourront ignorer et qui sera parfois susceptible de produire des effets à leur encontre (10). Il en va de même des actes juridiques : un contrat n'a d'effet obligatoire qu'à l'égard des parties contractantes ; pourtant, sa conclusion est un fait opposable aux tiers (11). La prise en considération des normes étrangères inapplicables relève de la même logique — qui est, en somme, un corollaire de la mission essentielle du juge : dire le droit en tenant compte de la situation concrète dont il est saisi.

245. La norme étrangère prise en considération l'est-elle en tant qu'élément de fait ou de droit du litige ? La question a été posée notamment à propos de la prise en considération du droit public étranger, et toutes les réponses possibles ont été suggérées : élément de droit, élément de fait, « droit-fait » (12). En réalité, une distinction nous paraît utile : la norme étrangère est toujours prise en considération en tant que telle, c'est-à-dire comme norme juridique. Les conséquences qui lui sont attachées par la règle matérielle applicable, elles, ressembleront selon les cas plus ou moins aux conséquences d'un pur état de fait. Prenons le cas du fait du prince étranger : on peut certes estimer que les commandements de la puissance publique sont exonérateurs pour le débiteur parce qu'ils obligent à soumission, « comme le

n° 5. La même observation vaut évidemment à propos de l'article 26 de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988.

(9) cf. *supra*, n° 194.

(10) cf. Gulphe, concl. sur Civ. 1^{re} 23 janvier 1979, J.C.P. 1979. II. 19086, qui utilise cette analogie pour expliquer l'opposabilité, au propriétaire d'un immeuble nationalisé en Algérie, des paiements faits par le locataire entre les mains de l'Etat algérien.

(11) cf. A. Weill, *La relativité des conventions en droit privé français*, 1939, n° 99 et s. ; M. Fontaine/J. Ghestin (éd.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, 1992, *passim* ; et pour le rapprochement avec l'effet de fait des jugements étrangers, v. D. Alexandre, *op. cit.*, Trav. Com. fr. 1975-1977, p. 54 ; Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, p. 613.

(12) cf. P. Lalive, « L'application du droit public étranger — Rapport préliminaire », *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 56 (session de Wiesbaden), Bâle, 1975, p. 171, 174 ; v. aussi W. Riphagen, « The Relationship between Public Law and the Rules of Conflict of Laws », R.C.A.D.I. 1961-I. 215, spéc. p. 284, qui distingue cinq types différents de prise en considération du droit public étranger ; *adde*, d'une manière plus générale, la doctrine italienne citée par C. David, *La loi étrangère devant le juge du fond*, 1965, n° 84 et s.

fait de la nature » (13) ; et on peut en déduire que leur effet libératoire n'est pas affecté par la contrariété de ces commandements à l'ordre public du for ou au droit international ; il n'en reste pas moins que la raison pour laquelle ils sont réputés irrésistibles est qu'ils sont des normes sanctionnées par la contrainte étatique (14). Ces normes prennent en France « la physionomie et la valeur de faits », soit ; mais elles restent des normes : des normes pouvant produire des effets de fait.

Appliquée ou prise en considération, la norme étrangère ne change donc pas de nature. Dans les deux cas, la loi étrangère est essentiellement une règle de droit (15). Certes, l'attitude du juge du for à l'égard du droit étranger ne peut être rigoureusement identique à celle qu'il adopte à l'égard de sa propre loi ; le droit étranger est pour lui une réalité dont il s'agit de constater le contenu, entièrement soustrait à son influence ; de ce point de vue, la comparaison entre lois étrangères et faits comporte « une part de vérité » (16). Mais, comme a pu l'observer le doyen Batiffol, « il s'agit d'une question de point de vue, et plus précisément de relativité ». La loi étrangère est un fait pour le juge statuant au nom de la loi locale. Elle est du droit pour les juges de l'Etat qui l'a édictée. Mais aucun juge ne doute que la loi étrangère ne soit du droit sur le territoire de l'Etat qui l'édicte » (17). Il n'en doute ni lorsqu'il applique cette loi et recherche en elle la solution substantielle du litige, ni lorsqu'il la prend en considération et en tire les conséquences prévues par la règle matérielle applicable.

Peut-on alors affirmer, au moins, que les conséquences attachées à la norme prise en considération relèveront toujours de l'assimilation à un élément de pur fait, et feront toujours abstraction de la régularité internationale de cette norme ? L'affirmative est courante, à propos de l'effet de fait des jugements étrangers (18). Même dans ce domaine, il n'est pas certain qu'elle corresponde à une règle absolue (19). Et pour ce qui est de la prise en considération des lois de police étrangères, nous avons dès à présent pu discuter deux règles différentes : l'effet libératoire du fait du prince étranger, qui ne dépend en principe pas de la légitimité de la norme prohibitive étrangère, et la nullité pour objet illicite des contrats tendant à la

(13) Req. 4 mai 1842, S. 1842. 1. 618, cité *supra*, n° 131.

(14) cf. *supra*, n° 133.

(15) cf. les motifs de Civ. 1^{re} 13 janvier 1993, Bull. civ. I, n° 14 (« la loi étrangère, malgré l'absence de contrôle par la Cour de Cassation, est une règle de droit qui ne relève pas des prescriptions de l'article 7 du nouveau Code de procédure civile »).

(16) F. Rigaux, « La notion de fait en science juridique », *Ann. Louvain* 1988. 3, 5-10.

(17) H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, n° 55, p. 120-121.

(18) V. déjà E. Bartin, *op. cit.*, J.D.I. 1924, p. 872 : « Ces solutions resteraient les mêmes, même à supposer que ce jugement étranger fût, au regard du droit français, affecté des vices les plus graves » ; D. Alexandre, *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, *op. cit.*, n° 138, note 5 et Trav. Com. fr. 1975-1977, p. 56 ; H. Muir Watt, « Effets en France des décisions étrangères — Contenu de l'efficacité internationale », *Jurisl. Int.*, fasc. 584-6, n° 6 ; Holleaux, Foyer et de Geouffre de La Pradelle, *op. cit.*, n° 900.

(19) cf. *infra*, n° 265, le cas des jugements étrangers d'éviction donnant lieu à garantie par le vendeur d'un immeuble sis à l'étranger : il est douteux, comme nous le verrons, que l'éviction puisse donner lieu à garantie en France lorsqu'elle est le résultat d'un jugement qui est, au regard du droit français, « affecté des vices les plus graves ».

violation d'une loi étrangère — qui, elle, ne sera pas prononcée si cette loi n'est pas compatible avec la conception que le juge du for se fait de l'exercice légitime de ses pouvoirs par un Etat (20). Si la prise en considération doit rester une technique suffisamment souple, elle devra s'accommoder de ces différences.

Il peut être tentant d'en conclure que l'étude du mécanisme de prise en considération doit, par la force des choses, rester entièrement abstraite et se borner à une définition technique du mécanisme : « La nature des conséquences attachées à [la norme étrangère] n'est susceptible d'aucune systématisation puisque tout dépend de la règle applicable » (21). Cette conclusion sceptique est certainement justifiée pour ce qui est des exemples variés et singulièrement disparates de prise en considération de normes étrangères que l'on rencontre dans certains textes législatifs spéciaux (22) ; elle l'est peut-être moins lorsqu'on examine, comme nous le faisons ici, des cas de prise en considération jurisprudentielle qui s'expliquent tous par la volonté des tribunaux de tenir exactement compte de la réalité, indépendamment du résultat de l'application des règles de conflit. A cet égard, une systématisation (d'ailleurs limitée) paraît bien possible ; elle passe à travers la présentation d'une théorie particulière de droit international privé, d'origine américaine : la théorie des *data*.

§ 2. — L'utilité de la prise en considération : la norme étrangère en tant que *datum*

A. — LA THÉORIE DES *DATA*

246. La théorie des *data* trouve son origine dans les écrits de deux des principaux représentants de la « révolution conflictuelle » américaine : Brainerd Currie et Albert A. Ehrenzweig ; elle apparaît d'ailleurs dans les deux cas comme un dérivé de la revalorisation du rôle de la loi du for dans les conflits de lois, entreprise par ces auteurs.

Currie a développé sa théorie des *data* d'une manière incidente, à la fin d'un long article originairement publié en 1958 et consacré à un réexamen du rôle respectif de la loi étrangère et de la loi du for dans les litiges présentant un élément d'extranéité. Le titre de l'article caractérise bien le point de vue de l'auteur : « *On the Displacement of the Law of the Forum* » (23). Currie parlera de l'« éviction de la loi du for » au profit d'une loi étrangère. Il le fait d'abord en critiquant les excès de

(20) cf. *supra*, nos 237 et 238.

(21) H. Muir Watt, *loc. cit.* V. aussi Holleaux, Foyer et de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, n° 900 : « L'effet de fait dépend entièrement de la loi matérielle appliquée ».

(22) Pour des exemples, v. Holleaux, Foyer et de Geouffre de La Pradelle, *op. cit.*, nos 317 et s. ; P. Mayer, *Droit international privé*, 4^e éd., 1991, nos 140 et s.

(23) Reproduit in *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, 1963, p. 3-76 ; originairement 58 Colum. L. Rev. 964 (1958).

la théorie des « droits acquis », alors en vogue, telle qu'elle apparaît dans la pratique des tribunaux. Cette théorie considère la règle de conflit, comme l'écrit Currie, comme un « impératif catégorique », un « commandement inexorable d'appliquer la loi étrangère ou aucune loi du tout » (24) : si le demandeur au procès ne réussit pas à établir le contenu du droit étranger applicable, il ne peut qu'être débouté de sa demande. Les dangers de cette approche sont illustrés par une affaire, en apparence banale, d'accident de la circulation : dans un litige entre parties américaines (qui se sont bornées à discuter devant le juge le déroulement matériel de l'accident), le tribunal se croit obligé de rejeter d'office la demande — au motif que l'accident s'est passé en Arabie Saoudite et que le demandeur a omis de rapporter la preuve du droit saoudien de la responsabilité civile (25). Dans cette affaire, la loi du for — qui aurait sans injustice ni inconvénients pu être appliquée par le juge — a donc été « évincée », non pas par une loi étrangère dont il aurait été prouvé ou même allégué que son application aurait abouti à un résultat différent de celui de l'application de la loi du for, mais « par la seule logique du système de conflits » (26).

Currie considère cela comme parfaitement déraisonnable ; il considère également comme insatisfaisants certains palliatifs parfois utilisés par les tribunaux — présomption générale, jusqu'à preuve contraire, de l'identité du contenu de la loi étrangère et de la loi du for ; détermination d'office du contenu de la loi étrangère par le juge (27). En somme, pour lui, une critique plus fondamentale s'impose : c'est le caractère systématique et impératif des règles de conflit qui doit être remis en cause. En réalité, le juge peut et doit être prêt à appliquer les solutions matérielles de la loi du for aux litiges internationaux — jusqu'au moment où l'une des parties, ayant intérêt à l'application d'une loi étrangère, établit à la fois le titre qu'a cette loi à s'appliquer (28) et son contenu, divergent de celui de la *lex fori*. Dans l'affaire de l'accident de la circulation en Arabie Saoudite, un juge siégeant à New York aurait certainement mieux fait, selon Currie, d'appliquer le droit new-yorkais de la responsabilité civile que de rejeter la demande en réparation. La loi du for a donc, d'une certaine manière, une vocation générale à régir les litiges de droit privé ; mais cette vocation générale n'est pas une vocation subsidiaire, en cas de « défaillance » ou d'éviction de la loi étrangère normalement compétente : dans le système de

(24) p. 48-49.

(25) *Walton v. Arabian American Oil Co.*, 233 F.2d 541 (2d Cir. 1956) : Currie, spéc. p. 3-6 ; 19-20.

(26) p. 4-5.

(27) « *Taking judicial notice of the foreign law* », en vertu de textes législatifs spéciaux, adoptés par certains Etats fédérés et prescrivant au juge de prendre (dans une mesure limitée) l'initiative de la détermination du contenu de la loi applicable : Currie, p. 23 et s., qui fait observer que dans l'affaire *Walton* — jugée en 1956 — la détermination du droit saoudien de la responsabilité civile aurait été pratiquement impossible (p. 45, spéc. note 101 : le droit saoudien connaît-il la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ? Tout ce que l'on sait est qu'il connaît une espèce de responsabilité civile collective des membres d'une même tribu...).

(28) On sait que pour Currie, ceci suppose une évaluation comparée des « intérêts étatiques » ayant motivé l'adoption des différentes règles de droit privé en présence : *Selected Essays*, p. 183-184 et 188-189.

Currie, c'est la loi du for elle-même qui est normalement, *prima facie*, compétente (29).

Ceci étant exposé, Currie apporte une restriction à la portée de ses propositions, et c'est ici qu'intervient la théorie des *data*. Le principe de l'application de la *lex fori* ne joue que dans ce que Currie considère comme le problème central des conflits de lois : la détermination de la règle de décision (*rule of decision*) appropriée, permettant de définir les droits et devoirs des parties au litige. Mais ce n'est pas là la seule raison pour laquelle un juge peut vouloir se référer à une loi étrangère. Certains cas de référence à des lois étrangères n'ont rien à voir avec les conflits de lois proprement dits, avec la recherche de la règle de décision applicable. Currie en donne quelques exemples. Le plus net en est celui d'un contrat, manifestement soumis à la loi du for, dont l'une des parties plaide la nullité pour erreur sur le contenu d'une loi étrangère qui aurait été le motif déterminant de son consentement. La loi du for seule fournira la règle de décision et dira si pareille erreur de droit peut vicier une convention : mais si le principe de l'annulation est admis, il faut vérifier s'il y a, en fait, eu erreur. Quel est le véritable contenu de la loi étrangère en question ? Ce n'est que l'examen du droit étranger qui peut fournir la réponse, et si le demandeur en nullité omet d'en rapporter la preuve, il doit, effectivement, être débouté de ses prétentions (30).

La raison en est que dans ce cas, la loi étrangère invoquée ne l'est pas à titre de règle de décision (ce n'est pas elle qui détermine si et à quelles conditions l'erreur de droit vicie un contrat) : elle doit fournir un simple *datum* (31), dont des conséquences sont tirées à l'aide de la règle de décision du for. Même si la loi étrangère n'a aucun titre à s'appliquer au litige (ou, pour rester dans le système de Currie, à justifier l'éviction de la loi du for normalement compétente), sa consultation, sa prise en considération à titre de *datum* est indispensable. Et ce n'est pas l'effet du jeu d'une règle de conflit ; c'est une nécessité de fait. Lorsqu'il est question d'erreur sur le contenu d'une loi étrangère déterminée, la loi du for ne peut fournir aucun renseignement utile. Il en va de même en matière de responsabilité

(29) C'est en cela, bien entendu, que la théorie de Currie se distingue des principes actuellement admis en droit international privé français, qui ne reconnaît pas, ou plus, à la loi du for une compétence générale principale pour s'appliquer aux litiges internationaux de droit privé : v., dans la doctrine exactement contemporaine de la publication de l'étude de Currie, P. Louis-Lucas, « Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois ? », R. 1959. 405 ; également J.-M. Bischoff, *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*, 1959, qui fait cependant observer qu'en fait il existe une large « prépondérance de la *lex fori* » dans le règlement des conflits de lois, que le droit français est appliqué beaucoup plus fréquemment que la loi étrangère ... et que cet état des choses, loin d'être critiquable, est en réalité favorable aux intérêts privés et publics en cause (cf. spéc. n^{os} 5 et 180-181).

(30) p. 66-67 (« *To apply the law of the forum in the absence of a showing of foreign law would simply be irrational. But the purpose of the reference to the foreign law in this case has nothing to do with conflict of laws* »).

(31) Le terme est d'origine scientifique : « *A thing given or granted ; something known or assumed as fact, and made the basis of reasoning or calculation ; an assumption or premise from which inferences are drawn* » (*Oxford English Dictionary*, 2^e éd., t. IV, p. 264 ; voir aussi, *ibid.*, le sens philosophique, *datum of consciousness, datum of sense, sense-datum*).

civile : lorsqu'un accident de la circulation se produit à l'étranger, il est certainement possible d'appliquer une règle de décision de la *lex fori* aux conditions générales de la responsabilité du défendeur ; ainsi, on peut toujours appliquer la règle du for qui déclare responsable celui qui n'a pas agi d'une manière raisonnable, ou encore celle qui déclare l'employeur responsable du fait de ses préposés. Mais s'il est allégué qu'un accident a été causé en Arabie Saoudite par un chauffeur de camion qui, au mépris de la réglementation locale, conduisait à droite, alors il faut prouver que son comportement était illégal au regard de la loi saoudienne. Le juge new-yorkais ne saurait se référer, même subsidiairement, aux règlements administratifs de l'Etat de New York. Currie en vient ainsi à dégager un groupe important de normes-*data* : les normes qui, comme les règlements de police, ne sont pas des règles de décision, mais des règles de conduite (*rules of conduct*) (32). Ces règles étrangères ne permettent pas directement au juge de déterminer les droits et obligations respectifs des parties ; en pratique, les règles de décision, elles, peuvent en général être puisées dans le droit privé du for : mais des règles de conduite étrangères peuvent fournir au juge un *datum* dont il a besoin pour appliquer la loi du for à un comportement qui s'est déroulé à l'étranger (33).

247. La théorie des *data* a été reprise par Ehrenzweig, qui en a fait un élément plus central de son approche des conflits de lois (34). Cette approche — Ehrenzweig l'appelle lui-même « *lex-fori approach* », tout en se défendant contre des présentations trop réductrices de sa doctrine — repose, plus encore que celle de Currie, sur une vocation générale de la loi du for à s'appliquer aux litiges de droit privé (35). Vocation générale, mais susceptible de dérogations : Ehrenzweig admet bien entendu que dans certains cas, des règles de conflit peuvent utilement jouer ; alors, le juge a à choisir entre l'application de la loi du for et l'application de telle ou telle loi étrangère. Mais indépendamment de tout « choix de loi », le juge fera appel à une loi étrangère toutes les fois que l'application de la règle de décision du for exige la prise en considération d'un *local datum* : dans ce cas, la référence au

(32) « *The rule of the road is not a rule of decision but a rule of conduct* » : p. 69. — La notion de « règle de conduite » dans ce sens particulier — visant une catégorie de normes par référence à leur fonction — ne doit évidemment pas être confondue avec la même expression employée dans un sens plus général (« Le "Droit", c'est un ensemble de règles de conduite qui, dans une société donnée — et plus ou moins organisée —, régissent les rapports entre les hommes » : F. Terré, *Introduction générale au droit*, 1991, n^o 3).

(33) « *There are rules of decision which say that negligence is the want of due care and that due care requires adherence to apposite rules of conduct. These rules of decision the law of the forum can supply ... But the rule of conduct, at least when it is a rule of the road, can be found only in the law of the state where the conduct occurred* » : *ibid.*

(34) V. not. A. Ehrenzweig, *Private International Law*, Leyden/Dobbs Ferry, 1967, p. 75 et s. ; « Specific Principles of Private Transnational Law », R.C.A.D.I. 1968-II. 167, 200 ; « Local and Moral Data in the Conflict of Laws : Terra Incognita », 18 Buffalo L. Rev. 55 (1966). — Ehrenzweig était conscient des affinités entre sa théorie des *data* et les théories européennes de la prise en considération des normes étrangères : *Private International Law*, p. 84-85.

(35) *Private International Law*, spéc. p. 92 et s. Les inconvénients pratiques du système devaient être atténués par le recours à la théorie du *forum non conveniens*, p. 107-110 (« *Lex propria in foro proprio* » ; v. aussi A. Ehrenzweig, « La loi du forum compétent », *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, t. I, Gand, 1966, p. 399 et s.).

droit étranger est toujours nécessaire ; elle a lieu « par non-choix » (*by non-choice*) (36).

Ehrenzweig cite les exemples les plus divers de normes-*data* : il fait allusion à certains cas particuliers de prise en considération législative de normes étrangères (réserve de la réciprocité dans l'octroi de certains droits aux étrangers), mais aussi à la prise en considération, en jurisprudence, de règles de conduite étrangères : il note que le juge maritime anglo-américain — qui, par son indifférence aux théories conflictualistes et sa tendance naturelle à appliquer le « droit maritime général », c'est-à-dire la loi du for, inspire visiblement une profonde sympathie à l'auteur (37) — a toujours égard à la réglementation portuaire locale lorsqu'un accident dans un port étranger est en cause. Et deux autres exemples cités par Ehrenzweig méritent d'être relevés ici : le juge n'applique pas une loi étrangère, mais ne fait que constater l'existence d'un *local datum* et en tirer les conséquences, lorsqu'il admet que l'impossibilité d'exécuter un contrat peut résulter de la prohibition édictée par une loi étrangère — ou alors que la violation d'une loi étrangère caractérise l'objet illicite d'un contrat soumis à la loi du for (38).

248. La raison pour laquelle Currie et Ehrenzweig ont formulé leur théorie des *data* est qu'elle leur apparaissait comme un complément nécessaire — une atténuation, dans un certain sens — du rôle éminent que ces auteurs attribuaient à la *lex fori* dans les litiges internationaux : une fréquente application de la loi du for à des situations localisées à l'étranger implique une fréquente référence à des *data* locaux pour permettre le fonctionnement de la règle de décision du for. Mais la théorie des *data* est parfaitement détachable d'un quelconque « lex-forisme » : simplement, dans un système plus classique, son champ d'application sera plus restreint — mais non inexistant. C'est, aussi bien, à ce titre qu'elle a bénéficié d'un certain écho doctrinal (39) ; et il nous semble effectivement qu'elle apporte des

(36) *Private International Law*, p. 82. — Ehrenzweig pensait, parallèlement, que lorsque le juge (américain) a besoin d'un *moral datum*, il a toujours recours à la loi du for, même si une loi étrangère est applicable : ainsi les notions d'« équité », de « négligence » ou de « fraude », de même que la contrainte-vice du consentement ou l'enrichissement sans cause seraient toujours, en fait, appréciés conformément aux conceptions du for (*op. cit.*, p. 77-82), même si cela ne ressort pas toujours de la motivation formellement adoptée par les tribunaux (« *much judicial language notwithstanding* » : p. 81). — Pour une confrontation de cette théorie à la pratique judiciaire allemande, v. les observations (nuancées) de E. Jayme, « *Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen — Betrachtungen zu Ehrenzweigs Datum-Theorie* », *Gedächtnisschrift Albert A. Ehrenzweig*, Karlsruhe/Heidelberg, 1976, p. 35, 44 et s. ; v., depuis lors, OLG Munich 25 février 1988, IPRax 1989. 42 et la note Lorenz p. 22, 25. — En droit international privé français, il existe une tendance analogue (et discutable) à rattacher certaines notions directement à la morale et à l'équité, et à justifier ainsi l'application de la *lex fori* à ces questions : v., pour le mariage putatif, Batiffol et Lagarde, t. II, n° 429 ; pour les obligations naturelles *ibid.*, n° 542 ; pour l'art. 1312 C. civ. : Civ. 23 février 1891, D.P. 1892. I. 29 ; comp., pour la gestion d'affaires, T.G.I. Paris 25 novembre 1972. R. 1973. 499, note de La Pradelle.

(37) « *Finally, we look to the law of admiralty where we can always hope to find good doctrine unencumbered by the ballast of centuries* » : p. 84.

(38) R.C.A.D.I. 1968-II, p. 200.

(39) V. en particulier, dans des travaux publiés en Allemagne : E. Jayme, *op. cit.* ; K. Siehr, « *Ehrenzweigs Lex-fo-ri-Lehre und ihre Bedeutung für das amerikanische und deutsche Kollisionsrecht* », *RabelsZ* 1970. 585, 665-666 ; H.-J. Hessler, « *Datum-Theorie und Zweistufigkeit des*

éléments de réflexion utiles à une discussion de la méthode générale de la prise en considération des normes étrangères. Currie et Ehrenzweig n'ont certes pas inventé ou réinventé cette méthode ; mais ils en ont clarifié dans une certaine mesure la terminologie — l'opposition entre « règle de décision » et « règle de conduite » paraît fondamentale, et la notion de *local datum* (on pourrait la traduire par « donnée locale ») profondément exacte — ; et, surtout, ils ne se sont pas arrêtés à une définition purement technique du mécanisme, mais ont contribué à faire comprendre sa signification réelle. C'est ce que nous allons pouvoir vérifier.

B. — LES ENSEIGNEMENTS DE LA THÉORIE DES *DATA*

249. Avant d'en venir au fond, nous allons pouvoir tirer un bref enseignement procédural de la théorie développée par Currie ; il concerne la preuve du contenu de la loi étrangère invoquée comme *datum* par l'une des parties : à cet égard, la charge de la preuve et les conséquences de l'insuffisance des preuves produites ne se déduisent pas des seuls principes généraux relatifs au régime procédural de la loi étrangère, mais encore et surtout de la règle matérielle applicable à titre de règle de décision. Exemple : lorsqu'un vendeur de marchandises, défendeur à une action en responsabilité contractuelle, invoque pour s'exonérer le cas de force majeure qu'aurait constitué pour lui un embargo édicté par les autorités de pays d'exportation, ce n'est pas au demandeur, mais à lui qu'incombe la charge de la preuve de l'événement exonérateur (40), et donc aussi du contenu de la loi étrangère ; et si malgré ses efforts il n'y parvient pas, le juge français ne saurait « subsidiairement » consulter la loi française et vérifier comment celle-ci réglemente le commerce des marchandises en question. Encore une fois : la loi du for ne peut fournir aucun renseignement utile lorsqu'il s'agit de rapporter la preuve d'un *local datum*. Le défendeur doit, dans ce cas, être débouté de son moyen de défense.

Le régime ainsi défini de la norme-*datum* s'apparente, mais ne s'identifie pas totalement, à l'un des éléments du système de l'arrêt *Société Thinet* de la première chambre civile (41). Selon cet arrêt, comme on le sait, le régime probatoire de la loi étrangère est dualiste : lorsqu'il s'agit de déterminer le « contenu général » de la loi étrangère, la charge de la preuve « pèse sur la partie dont la prétention est soumise à cette loi, et non sur celle qui l'invoque, fût-ce à l'appui d'un moyen de défense », et la « défaillance » de cette loi aura pour conséquence l'application subsidiaire de la loi française (42) ; en revanche, lorsque l'une des parties « invoque spécialement »

internationales Privatrechts » in *Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht*, Heidelberg, 1986, p. 137 et s. ; P. Mülbart, « *Ausländische Eingriffsnormen als Datum* », obs. sur BGH 8 février 1984 : IPRax 1986. 140 ; *adde* MünchKomm/Sonnenberger, *IPR—Einleitung*, n°s 441-443.

(40) cf., sur la charge de la preuve en matière de force majeure, F. Chabas, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Force majeure*, n° 89.

(41) Civ. 1^{re} 24 janvier 1984, J.D.I. 1984. 874, note Bischoff ; R. 1985. 89, note Lagarde ; Ancel et Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 2^e éd., 1992, n° 61.

(42) Pour une application concrète de cet élément de la jurisprudence *Société Thinet*, v. Civ. 1^{re} 2 février 1988, J.D.I. 1988. 741, note Alexandre ; R. 1989. 55, 1^{re} esp., note Ancel (accident automobile au

une disposition précise d'une loi étrangère, elle doit impérativement en rapporter la preuve, et le juge qui constate « le défaut de preuve de la disposition de la loi étrangère spécialement invoquée » ne peut que rejeter le moyen qui lui est présenté. Certes, c'est là aussi la sanction du défaut de preuve d'un *datum* nécessaire au succès d'un moyen ; mais le cas de normes étrangères simplement prises en considération n'était manifestement pas visé par la Cour de cassation : les « dispositions spécialement invoquées » sont des règles de décision étrangères, aptes à fournir à elles seules la solution substantielle de tout ou partie du litige (43). Leur fonction ne se distingue donc pas fondamentalement de celle de la « loi étrangère dans son contenu général », et c'est d'ailleurs la raison pour laquelle la distinction de l'arrêt *Société Thinet* a parfois été critiquée comme artificielle (44).

En réalité, comme nous l'avons dit, la charge de prouver l'existence d'une norme-*datum* étrangère dépendra étroitement de la règle matérielle applicable. Lorsque, faute de preuve de l'existence de l'embargo étranger invoqué, le défendeur est débouté de son moyen d'exonération, ce sera simplement par application des règles relatives à la charge de la preuve en matière de force majeure. On retrouve ici l'idée que les normes étrangères prises en considération prennent en France « la physionomie et la valeur de faits » (45) : leur régime probatoire s'en ressent (46).

250. L'enseignement principal qu'il s'agit de tirer de la théorie des *data* ne concerne cependant pas le régime procédural des normes étrangères prises en considération, mais les raisons de leur prise en considération par le juge. De ce point de vue, une certaine prudence s'impose. Il ne sera pas possible d'énoncer des principes absolument généraux ou une théorie unifiée : cette théorie se réduirait en fait à une définition abstraite du mécanisme (47) et le cas échéant à quelques

Kenya ; le demandeur établit que la loi du Kenya admet une responsabilité pour faute, mais sans établir le contenu de la notion de faute dans la jurisprudence kenyane : le juge français y appliquera la loi française ; v. aussi Civ. 1^{re} 8 janvier 1991, R. 1991. 569, note Muir Watt (accident automobile à Abu-Dhabi : application de la loi française à la responsabilité du transporteur bénévole) ; ces arrêts peuvent être comparés favorablement à l'arrêt *Walton*, critiqué par Currie : *supra*, n° 246.

(43) Dans l'affaire *Société Thinet* elle-même, il s'agissait d'une question de personnalité morale des *joint ventures* et d'obligation aux dettes de ces entités.

(44) V. not. D. Alexandre, note précit.

(45) cf. *supra*, n° 245, et la référence à *Bartin supra*, n° 244.

(46) La distinction, à cet égard, entre règle de décision et *datum* n'est pas sans analogie avec le régime des lois étatiques devant les juridictions internationales, qui varie lui aussi en fonction du rôle de ces lois : cf. C.I.J. 20 juillet 1989, *affaire de l'Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Rec., p. 15, 47 : « *Where the determination of a question of municipal law is essential to the Court's decision in a case, the Court will have to weigh the jurisprudence of the municipal courts, and "If this is uncertain or divided, it will rest with the Court to select the interpretation which it considers most in conformity with the law"* (Brazilian Loans, P.C.I.J. Series A, Nos. 20/21, p. 124). *In the present case, however, it was for Italy to show, as a matter of fact, the existence of a remedy which was open to the United States stockholders and which they failed to employ. The Chamber does not consider that Italy has discharged that burden* » (la traduction française de l'arrêt, *ibid.*, est moins claire). — Et cf., également en ce sens que le régime probatoire des règles étrangères prises en considération dépend de leur fonction, P. Mayer, « Le juge et la loi étrangère — Points de similitude du droit français avec le droit suisse », Rev. suisse dr. int. dr. eur. 1991. 481, 498.

(47) Pour cette définition, v. *supra*, n° 244.

observations d'ordre procédural (48) ; elle deviendrait purement méthodologique et perdrait, du même coup, l'essentiel de sa vertu explicative de la démarche des tribunaux dans des cas concrets.

Il convient donc de reconnaître, dès le début, que les raisons de la prise en considération de normes étrangères peuvent être multiples, et qu'elles sont d'un intérêt inégal. Nous en voyons au moins trois, non sans en oublier peut-être. Il existe d'abord, et nous y avons déjà fait allusion (49), un ensemble non systématisable de règles spéciales qui prescrivent, dans certains cas bien déterminés, à l'administration ou au juge de faire précéder l'application de la loi du for d'une vérification de l'existence ou de l'inexistence d'une norme étrangère : réserve de réciprocité, perte d'une nationalité étrangère comme condition de l'octroi de la nationalité du for, punissabilité d'un acte à l'étranger comme condition de sa poursuite devant le juge répressif du for (principe de la double incrimination), règle « *ne bis in idem* » étendue aux condamnations pénales subies à l'étranger, etc. (50). Cette catégorie de règles (trop hétérogène, sans doute, pour être vraiment qualifiée de catégorie) est en général, du moins dans un système juridique comme celui du droit français, l'oeuvre du législateur — même si rien ne s'oppose en principe à ce que des règles de détail similaires puissent parfois être créées par voie jurisprudentielle (51). De même, des cas spéciaux de prise en considération d'une loi étrangère peuvent être prévus par une clause contractuelle (52).

Il reste alors deux catégories plus individualisées. La première de celles-ci tient son unité de ce que les normes étrangères interviennent, dans la démarche du juge,

(48) V. en particulier les observations au n° précédent.

(49) cf. *supra*, n° 245.

(50) Un cas particulier, dans la mesure où il prescrit au juge français de prendre en considération une espèce de *datum historique*, est l'art. 133, al. 2 du Code pénal (comp. l'art. 442-3 du nouveau Code), réprimant « la contrefaçon ou l'altération de monnaies étrangères d'or ou d'argent ayant eu cours légal » : v. Crim. 13 mai 1987, Bull. crim., n° 196 (contrefaçon de pièces d'argent à propos desquelles il était « établi par des consultations et avis d'expertises ... que ces pièces ont eu cours légal dans la Grèce antique », à l'époque d'Alexandre le Grand).

(51) Un exemple en est sans doute, en matière d'extradition, la jurisprudence du Conseil d'Etat selon laquelle « l'application de la peine de mort à une personne ayant fait l'objet d'une extradition accordée par le gouvernement français serait contraire à l'ordre public français ; ... si l'un des faits à raison desquels l'extradition est demandée aux autorités françaises est puni de la peine capitale par la loi de la partie requérante, cette extradition ne peut être légalement accordée pour ce fait qu'à la condition que la partie requérante donne des assurances suffisantes que la peine de mort encourue ne soit pas prononcée ou ne sera pas exécutée » (C.E. 15 octobre 1993, *M^{me} Aylor*, R.F.D.A. 1993. 1166, concl. Vigouroux ; l'arrêt vérifié, par rapport aux dispositions du « code texan de procédure criminelle », la valeur juridique des assurances données en l'espèce par le gouvernement américain) ; v. déjà C.E. 27 février 1987, *Fidan*, Rec., p. 81 ; D. 1987. 305, concl. Bonichot. Comme le montrent les conclusions de M. Vigouroux dans l'affaire *Aylor*, la jurisprudence du Conseil d'Etat formule une solution également admise par plusieurs textes législatifs étrangers et conventions internationales : R.F.D.A. 1993, p. 1170-1171.

(52) Pour des exemples, v. Paris 8 mai 1963, Gaz. Pal. 1963. 2. 225, cité *supra*, n° 182, note 106 ; *Grupo Protexa, S.A. v. All American Slip*, 954 F.2d 130 (3d Cir. 1992) (contrat d'assurance couvrant les opérations d'enlèvement d'épaves maritimes lorsqu'elles sont « *compulsory by law* », en l'occurrence ordonnées par une autorité administrative mexicaine) ; comp., également à propos des frais d'enlèvement d'une épave, *Smit Tak Offshore Services v. Youell* [1992] 1 Lloyd's Rep. 154, C.A.

non pas au stade de l'application de la règle de droit aux faits, mais au stade, préalable, de la constatation ou de l'élucidation des faits. On pourrait appeler les normes étrangères ainsi consultées des *data*-renseignements. L'exemple jurisprudentiel peut-être le plus net (et certainement le plus curieux) d'utilisation d'un texte réglementaire étranger à titre de simple renseignement est un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 13 mai 1936, qui avait à statuer sur la question de savoir si un assuré, qui réclamait à son assureur une indemnité pour perte d'un colis de diamants, avait réellement expédié par la poste de Lourenço Marquês (Mozambique) à Anvers 1.360 carats de diamants, d'une valeur de 20.000 livres sterling. La Cour estime que la preuve du contenu exact du paquet expédié n'est pas rapportée, et un indice décisif en est, selon elle, le fait que « les timbres collés sur le paquet (valant 19 escudos 30) correspondent, d'après les tarifs postaux du Mozambique, à l'affranchissement d'un pli recommandé pesant au moins 360 grammes et 380 grammes au plus » — poids inférieur à celui qu'aurait dû avoir le colis de diamants prétendument expédié ! (53)

L'appel au *datum*-renseignement ne suppose pas toujours que le juge raisonne en détective. C'est tout naturellement, par exemple, qu'il consulte la loi étrangère pour rechercher la valeur juridique d'un document qui doit constituer un titre au regard de la loi étrangère et que l'on prétend falsifié (54). C'est par la force des choses, surtout, qu'il s'y réfère lorsqu'il lui apparaît que l'interprétation de la volonté exacte des parties à un contrat passe par la consultation d'une loi étrangère, à laquelle les parties se sont référées implicitement sans pour autant la rendre applicable à leur contrat (55), ou encore que la volonté des parties ne peut être comprise que dans le contexte économique créé par l'existence d'un texte réglementaire étranger (56). C'est également ici que nous retrouvons l'exemple de

(53) Bruxelles 13 mai 1936, B.J. 1937. 4, 22 ; pour un calcul plus précis (poids des diamants, poids de la boîte à cigarettes les contenant, poids de l'ouate, du papier entourant le colis et de quatre cachets de cire), v. les conclusions du procureur général, col. 16. — Le principal intérêt juridique de l'arrêt ne réside toutefois pas dans ces calculs, mais dans son analyse de la licéité du contrat d'assurance, les diamants ayant été exportés en contrebande d'Afrique du Sud avant d'être expédiés à Anvers : cf. *supra*, n° 238, notes 62 et 74.

(54) cf., toujours en jurisprudence belge, Cass. 19 avril 1937, Pas. b. 1937. I. 115 (condamnation pour faux en écritures d'un employé de banque qui avait établi un faux *affidavit*, destiné à éviter au client le paiement d'un impôt anglais : « pareil écrit, s'il ne constitue pas un acte probant en Belgique, a pu avoir valeur de titre en Angleterre ») ; comp. en jurisprudence anglaise *Board of Trade v. Owen* [1957] A.C. 602 (usage de faux documents destinés à obtenir une autorisation d'exportation de l'administration allemande) ; en jurisprudence allemande BGH 28 octobre 1954, BGHSt 7. 53 (émission de fausses cartes de rationnement est-allemandes) ; 24 août 1983, BGHSt 32. 68 (fausses vignettes de sécurité sociale néerlandaises).

(55) cf. *Forsikringsaktieselskapet Vesta v. Butcher* [1989] A.C. 852 : interprétation d'une clause de déchéance, insérée dans un contrat de réassurance régi par le droit anglais, par référence à une disposition impérative de la législation norvégienne sur les assurances limitant l'effet d'une clause identique insérée dans le contrat d'assurance — régi, lui, par le droit norvégien : « *My Lords, I respectfully consider the problem to be one of construing the words in the reinsurance contract and not one involving an imputed choice of law* » (p. 911, per Lord Lowry).

(56) V., parmi les jugements auxquels a donné lieu l'affaire du blocage des avoirs libyens (*supra*, n° 173), *Libyan Arab Foreign Bank v. Manufacturers Hanover Trust Co. (No. 2)* [1989] 1 Lloyd's Rep. 608, 623-625, qui écarte l'argument selon lequel le lieu de remboursement d'un dépôt en « eurodollars »

l'erreur sur le contenu d'une loi étrangère, viciant le consentement d'une partie à un contrat : que le demandeur en nullité se soit ou non trompé est une question de pur fait, et la consultation de la loi étrangère n'a d'autre but que de procurer au juge ce renseignement (57).

251. Vient ensuite la dernière catégorie de situations où interviennent des normes-*data*, celle qui nous paraît correspondre le mieux à l'idée d'un *local datum* auquel le juge se réfère « par non-choix ». Il ne le fait, cette fois-ci, pas parce qu'une norme étrangère peut lui fournir un renseignement utile pour comprendre une situation de fait qui possède certains liens (le cas échéant fortuits) avec un pays étranger ; il le fait parce que la situation dont il est saisi entretient des liens très réels avec un pays tiers — liens dont il faut tenir compte dans le jugement du procès, dans l'application de la règle de droit —, mais sans que la loi de ce pays tiers soit déclarée applicable par le système de conflits du for.

La technique des conflits de lois, ayant à résoudre un « problème d'option » (58), ne sert pas seulement à désigner la loi applicable à un rapport juridique, mais aussi à écarter, du même coup, l'application de la loi du ou des pays tiers avec lesquels ce rapport juridique, international par hypothèse, entretient également des liens. La fonction d'éviction de la loi d'un ou plusieurs des pays concernés, déjà présente dans la règle de conflit bilatérale elle-même (59), est même la principale caractéristique d'autres éléments de la technique des conflits de lois, et tout particulièrement de l'exception d'ordre public.

La loi choisie en définitive devrait, en principe (et abstraction faite du cas particulier de l'intervention de l'ordre public), être celle qui correspond au « centre de gravité » du rapport juridique, qui entretient avec lui les liens les plus sérieux. Même en admettant que ceci soit toujours le cas (60), il n'en restera pas moins que

serait situé, selon la volonté des parties, à New York — en faisant observer que si tel était le cas, la banque dépositaire aurait été obligée par la réglementation bancaire américaine à respecter des obligations (de constitution d'une réserve auprès de la Réserve fédérale) si onéreuses qu'elle n'aurait pas été en mesure d'offrir un taux d'intérêt compétitif à la déposante libyenne.

(57) cf. *supra*, n° 246, et l'arrêt *Haven v. Foster*, 26 Mass. (9 Pick.) 112 (1829), cité à titre d'illustration par Currie : l'arrêt a été rendu dans une affaire où les vendeurs d'un immeuble indivis sis dans un Etat tiers s'étaient trompés, dans la répartition du prix, sur l'étendue respective de leurs quote-parts de propriété selon la loi locale ; leur erreur a été considérée comme une « erreur de fait » par les juges. — Mais comp., en jurisprudence française, Civ. 1^{re} 22 avril 1986, R. 1988. 302, note Bischoff, où il s'agissait également d'une demande en annulation d'un contrat pour erreur, mais non pour erreur sur le contenu d'une loi étrangère déterminée : du moins telle que l'affaire était présentée, il fallait déterminer au préalable la loi applicable à la question sur laquelle le demandeur prétendait s'être trompé — et même, avant cela, la règle de conflit applicable à la détermination de cette loi : « question préalable au deuxième degré », selon l'annotateur de l'arrêt (p. 308). Ce n'est pas vraiment, on s'en doute, un exemple d'application de la théorie des *data* dans sa forme pure.

(58) Selon l'expression de MM. Loussouarn et Bourel citée *supra*, n° 1.

(59) cf. H.-J. Hessler, *op. cit.* (*supra*, note 39), p. 139 : « *Kollisionsnormen ... sind immer auch Verdrängungsnormen* ».

(60) Ce qui, en soi, est douteux : comp. la clause d'exception prévue par l'art. 15 L.D.I.P. suisse (« Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit » : texte à la R. 1988. 409,

dans la réalité des faits, l'intervention de la règle de conflit du for n'aura pas fait disparaître les liens que le rapport juridique entretient aussi avec un ordre juridique tiers. Dans de nombreuses hypothèses — allons plus loin : dans la plupart des hypothèses —, peu importe : ces liens peuvent sans injustice être ignorés par le juge ; le choix de loi est fait. Mais pas toujours. Ignorer l'existence même de certaines normes qui régissent, à l'étranger, un aspect de la situation peut conduire à de singuliers grincements de la mécanique conflictuelle.

Il existe, aussi bien, à l'intérieur même de la technique des conflits de lois un certain nombre de mécanismes — admis par la jurisprudence ou proposés par la doctrine — permettant de tenir compte, de manières très variées, des liens d'une situation avec un ordre juridique autre que celui désigné par la règle de conflit normale du for ; mais tous ces mécanismes ont nécessairement pour but de désigner, d'une manière peut-être plus subtile que d'habitude, la loi que le juge doit en définitive appliquer à la situation dont il est saisi (61). Ils ne sauraient jouer après la désignation définitive de la loi applicable. Le cas du fait du prince étranger le démontre : reposant sur un conflit positif de systèmes de conflits (62), le problème est insusceptible d'être résolu à l'aide de la technique des conflits de lois, quelque raffinée qu'elle devienne. Aucun juge n'acceptera, par exemple, de déclarer applicables devant lui des lois étrangères absolument incompatibles avec sa conception de l'ordre public, même si elles empêchent en fait l'exécution d'une obligation. Il acceptera, le cas échéant, de les prendre en considération dans le cadre de l'application du droit matériel régissant l'obligation : mais ce faisant, il aura déjà dépassé le stade de la recherche du droit applicable.

En somme, dans une situation juridique internationale, la loi étrangère peut intervenir à chaque stade de la démarche du juge : au stade de la constatation et de l'élucidation des faits (en tant que *datum*-renseignement, rôle quelque peu exceptionnel) ; au stade de la détermination de la loi applicable — ou plus précisément au stade de la détermination de la règle de décision applicable, problème central des conflits de lois selon Currie (63) — si la loi étrangère est désignée comme compétente par la règle de conflit ; et, enfin, au stade de l'application de la règle de décision ainsi déterminée et de l'appréciation juridique

411 ; *adde* F. Vischer, « General Course on Private International Law », R.C.A.D.I. 1992-I. 9, 106-112), mais qui fait défaut dans d'autres systèmes de conflits.

(61) cf. la théorie du renvoi au second degré ; celle des « situations juridiques constituées sans contact avec le pays du for » (sur ce problème, v. Holleaux, Foyer et de Geouffre de La Pradelle, *op. cit.*, n^{os} 524 et s. ; Ancel et Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 2^e éd., 1992, n^o 24 : discussion de l'arrêt *Machet* ; comp. la jurisprudence citée *supra*, n^o 186, note 134) ; celle des « questions préalables » enfin : v. W. Wengler, « Nouvelles réflexions sur les "questions préalables" », R. 1965. 165, qui fait état de plusieurs problèmes (dont celui du fait du prince étranger : p. 189 et s.) voisins de celui des questions préalables, sans pour autant les confondre au plan technique. — Pour une critique de certains exemples d'application de la théorie des *data* proposés par Currie, et qui relèvent en réalité de la théorie des questions préalables, v. O. Kahn-Freund, « General Problems of Private International Law », R.C.A.D.I. 1974-III. 139, 414 ; et pour un exemple évident de confusion des deux théories, v. H.H. Kay, « Conflict of Laws : Foreign Law as Datum », 53 Calif. L. Rev. 47 (1965).

(62) cf. *supra*, n^o 4.

(63) cf. *supra*, n^o 246.

du comportement des parties ou de l'arbitrage entre leurs intérêts. C'est à ce troisième stade — qui est essentiel à la démarche judiciaire, sans nécessairement jouer un rôle « central » dans la théorie des conflits de lois — que peuvent encore intervenir, en tant que *data* nécessaires à l'application de la règle de décision applicable, des normes étrangères qui ne font pas partie de l'ordre juridique fournissant au juge la règle de décision (64). La vocation résiduelle qu'ont ces normes à régir une situation qui n'est pas dépourvue de liens avec l'Etat qui les a édictées, s'exprime par conséquent — *in extremis*, serait-on tenté de dire — encore après l'éviction de la loi de l'Etat en question par le système de conflits du for. C'est ainsi que le débiteur qui invoque le fait du prince étranger peut encore obtenir gain de cause, même après que le juge français ait déclaré applicable la loi française, au moment où ce juge commence à appliquer la notion française de force majeure à des faits qui se sont déroulés en partie à l'étranger. Au moment, en d'autres termes, où le juge met en oeuvre le droit matériel applicable.

252. Ceci dit, une question peut légitimement être posée : ce détour par le droit matériel applicable est-il un moyen adéquat de tenir compte des liens entre une situation et une loi étrangère ? Ne s'expose-t-on pas, ainsi, à des hasards peut-être inacceptables ? A cette question, il y a deux réponses. Première réponse : par hypothèse, il n'y a pas d'autre moyen. Comme la prise en considération de normes étrangères inapplicables n'intervient qu'après la détermination de la loi applicable et au stade de l'application du droit matériel aux faits, elle est nécessairement tributaire du contenu de ce droit matériel. Il n'y a pas d'alternative (65).

Deuxième réponse : l'expérience montre qu'il n'est pas déraisonnable, en la matière, de faire confiance à la prudence du juge (66) ; et que celui-ci n'a pas l'habitude de laisser les choses au hasard, mais saura trouver dans le droit matériel applicable des dispositions qui lui permettront de tenir exactement compte des *local data* constatés. La construction jurisprudentielle d'un corps de règles régissant la prise en considération des normes contraignantes étrangères en matière d'exécution des obligations (67) en est, nous semble-t-il, une éclatante démonstration. L'exemple permet de constater, surtout, que la prise en considération de ces normes ne s'est pas faite à travers l'application de dispositions spéciales au champ d'application étroitement circonscrit, mais à travers deux notions de base : l'impossibilité d'exécution — notion qui ne se limite pas à l'impossibilité

(64) Lorsque les *data* font partie du même ordre juridique que la règle de décision (exemples : application de la *lex loci delicti* à un accident de la circulation avec prise en compte des règlements administratifs locaux ; contrat soumis à la loi étrangère qui en interdit l'exécution), ils ne perdent certes pas pour autant leur caractère de *data* pour devenir des règles de décision ; mais l'application de la théorie des *data* à ce type de situation ne présente plus qu'un intérêt méthodologique assez abstrait.

(65) Sous réserve d'une observation : ceux qui considèrent la simple prise en considération de certaines normes étrangères comme inopportune seront enclins à favoriser leur désignation au stade — préalable — de la détermination de la loi applicable (cf., concrètement et à propos du rattachement spécial des lois de police étrangères, *infra*, n^{os} 298 et s.).

(66) Sur la notion de prudence, « vertu majeure qui s'attache à l'art de juger », v. F. Zenati, *La jurisprudence*, 1991, p. 85 et s., et les références ; cf. l'art. 1353 C. civ.

(67) cf. *supra*, et le tableau sommaire au n^o 238.

matérielle, mais englobe le cas où un acte matériellement possible ne peut être raisonnablement exigé du débiteur (68) — pour ce qui est de l'effet libératoire du fait du prince étranger ; l'exigence de la conformité des contrats à l'ordre public pour ce qui est de l'illicéité des contrats tendant à la violation d'une loi étrangère (69).

Le raisonnable, l'ordre public : l'appel à pareilles notions n'est pas un appel au hasard, mais au pouvoir d'appréciation du juge. Ce sont des « notions à caractère variable » (70), des notions ouvertes, que le législateur ne définit pas et qu'il appartient au juge de « concrétiser » par référence à des valeurs, aux « finalités supérieures de l'ordonnement juridique » (71). Ces finalités ne tiennent, même dans un litige de droit privé, pas nécessairement à des intérêts purement individuels ; elles peuvent relever de notions fondamentales du droit public : la jurisprudence constitutionnelle allemande — exemplaire par sa rigueur intellectuelle — permet de constater que ce sont précisément les « clauses générales » du droit privé (qui font appel à des notions comme la bonne foi, la faute civile ou l'ordre public) qui apparaissent comme les « points de pénétration » de l'ordre constitutionnel dans le droit privé (72). L'idée n'est pas étrangère au droit français (73) ; elle découle d'ailleurs logiquement de l'idée d'unité de l'ordonnement juridique. On ne s'étonnera pas dès lors — pour revenir à l'exemple concret qui nous occupe — de ce que des textes de droit privé comme les articles 1148 et 6 (ou 1133) du Code civil puissent servir devant le juge français à protéger, au-delà des intérêts individuels des parties à un contrat, la souveraineté de l'Etat étranger sur le territoire duquel il est exécuté : le respect de la souveraineté étrangère est un objectif de droit public que le juge peut parfaitement prendre en compte lorsqu'il s'agit de concrétiser les notions de droit privé que sont l'impossibilité d'exécution et l'illicéité de l'objet ou de la cause d'un contrat.

(68) *Supra*, n° 135.

(69) *Supra*, n° 238.

(70) cf. *Les notions à caractère variable en droit* (Travaux du Centre national de recherches de logique ; Ch. Perelman et R. Vander Elst, éd.), Bruxelles, 1984, spéc. N. MacCormick, « On Reasonableness », p. 131 et s., et J. Ghestin, « L'ordre public, notion à caractère variable en droit privé français », p. 77 et s.

(71) X. Dieux, « L'application de la loi par référence à ses objectifs — Esquisse de la raison finaliste en droit privé », J.T. 1991. 201, 205 (« renaissance du finalisme axiologique en droit privé contemporain »).

(72) cf. BVerfG 15 janvier 1958, BVerfGE 7. 199, 206 (rôle du principe constitutionnel de la liberté d'expression dans un procès civil pour boycottage politiquement motivé) ; 4 mai 1971, BVerfGE 31. 59, 86 ; traduction à la R. 1974. 57, 71-72, note Labrusse (l'ordre public international comme « point de pénétration » des libertés publiques en droit international privé ; sur cette question, v. O. Sandrock, « Das "einseitige Kollisionsrecht für die Verfassung" und das ausländische Privatrecht : Viel Lärm um Nichts ? », *Festschrift F.A. Mann*, Munich, 1977, p. 267 et s. ; *adde*, à présent, l'art. 6 nouveau EGBGB : texte à la R. 1987. 170, 172).

(73) cf. Trib. civ. Seine 22 janvier 1947, Gaz. Pal. 1947. 1. 67 : nullité, par application de l'art. 900 C. civ. et par référence au Préambule de la Constitution de 1946, d'une clause testamentaire prévoyant la caducité d'un legs au cas où la légataire épouserait un juif ; comp. les exemples cités par G. Druenes, « La jurisprudence constitutionnelle des tribunaux judiciaires sous la V^e République », R.D.P. 1974. 169, 227-239.

Le législateur ne peut pas prévoir et réglementer d'avance chaque situation de fait à laquelle le juge sera confronté. Il est même très rare qu'en édictant une règle matérielle destinée principalement à régir des situations purement internes, il soit amené à prévoir le facteur de complication que pourra représenter l'intervention normative de la puissance publique étrangère (74). Et ce n'est pas indispensable. Prenant « la physionomie et la valeur de faits », ces normes étrangères, ces *local data* pourront encore sans inconvénient être pris en considération, à l'initiative du juge, dans le cadre de la mise en œuvre de règles de décision qui font appel à des notions juridiques suffisamment ouvertes pour s'accommoder de facteurs de complication tenant au caractère international du litige. Il n'est sans doute pas téméraire de supposer que ces notions existent, sous une forme ou une autre, dans chaque système juridique (75).

253. Ce type de prise en considération de normes étrangères n'est pas réservé aux normes par lesquelles s'exprime la contrainte étatique proprement dite : faits du prince, interdictions d'exécution, règlements de police. Des normes étrangères d'un caractère très différent peuvent intervenir ; c'est ainsi que la jurisprudence anglaise en matière d'adoption internationale contient un impressionnant exemple de prise en considération des règles espagnoles de reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger, à travers la notion — ouverte — d'« intérêt de l'enfant » : le droit anglais seul régit l'adoption d'un mineur domicilié en Espagne par un adoptant domicilié en Angleterre. Une adoption insusceptible de reconnaissance en Espagne ne serait cependant normalement pas souhaitable : le tribunal prendra donc en considération le droit espagnol, mais uniquement dans le cadre de la vérification, prescrite par le droit anglais de l'adoption, de la conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant (76). Il existe d'autres exemples de cet ordre (77).

(74) cf. les quelques rares exemples donnés *supra*, n° 22.

(75) Ce n'est pas à dire, bien entendu, que chaque système juridique devrait obligatoirement contenir des règles matérielles permettant de donner un effet *positif* à une norme étrangère donnée : il suffit que le *datum* soit pris en considération, fût-ce pour lui dénier tout effet juridique ; ainsi, lorsqu'un système juridique considère le débiteur comme garant des cas de force majeure (cf. l'ancienne solution du droit anglo-américain : *supra*, n°s 32 et 44), il n'y a rien d'anormal à ce que le débiteur ne puisse pas utilement invoquer le fait du prince étranger ; il ne pourrait pas non plus invoquer utilement le fait de la nature ou tout autre cas fortuit.

(76) *In re B. (S.) (An Infant)* [1968] Ch. 204, 212-213 : « *the problem is not one of jurisdiction or of applying the foreign law, substantive or procedural, but of considering factually whether, having regard to the foreign element, the English order will have general recognition, and if not whether the order would still be for the welfare of the infant* ». *Adde* J.H.C. Morris, « Some Recent Developments in the English Private International Law of Adoption », *Festschrift F.A. Mann*, Munich, 1977, p. 241, 246-247, et comp. l'art. 77, alinéa 2 L.D.I.P. suisse (R. 1988, p. 422-423). — Pour un exemple de disposition législative subordonnant le prononcé d'une adoption à sa reconnaissance à l'étranger, sans détour par une notion de droit matériel, v. P. Picone, « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », R.C.A.D.I. 1986-II. 229, 276-277.

(77) cf. OLG Cologne 17 janvier 1968, StAZ 1969. 181 (cité *supra*, n° 70, note 55 : pour décider s'il convenait, dans les circonstances de l'espèce, de dispenser le fiancé portugais de la production de son certificat de capacité matrimoniale, la Cour a pris en considération le risque d'un refus de reconnaissance du mariage au Portugal) ; comp. Paris 8 juillet 1971, R. 1971. 771, note Topor : « la Cour ne peut méconnaître la réalité d'une situation de fait » créée par une décision anglaise attribuant la garde

Il n'en reste pas moins que les normes contraignantes étrangères représentent une catégorie particulière, bien délimitée, importante de normes pouvant être prises en considération par le juge dans le cadre du droit matériel applicable. L'examen de la construction jurisprudentielle autour de la notion de fait du prince étranger l'aura déjà montré ; mais nous pourrions à présent placer cette construction dans un contexte plus large.

SECTION II

L'APPLICATION DE LA TECHNIQUE DE PRISE EN CONSIDÉRATION AUX NORMES CONTRAIGNANTES ÉTRANGÈRES

254. La contrainte étatique, émanant d'une autorité étrangère, peut avoir pour destinataire le *débiteur* d'une obligation qui n'est pas régie par la loi de l'Etat en question. La situation nous est, en partie, familière ; c'est, après tout, le cas du fait du prince étranger qui en constitue un exemple. Mais ce n'est pas le seul exemple qui existe ; nous aurons à présent l'occasion d'en examiner d'autres et d'observer ainsi la mise en oeuvre de la distinction, proposée par Currie (1), entre règles de décision et règles de conduite : lorsque le débiteur est destinataire d'une règle de conduite obligatoire, même étrangère, celle-ci constituera dans de nombreuses hypothèses un *datum* utile à une juste appréciation de son comportement (§ 1).

Le débiteur d'une obligation n'est toutefois pas le seul destinataire possible d'une norme étrangère ; parfois, celle-ci est prise en considération pour la seule raison qu'elle a une incidence perturbatrice sur les rapports entre deux parties, le rôle de la règle de droit matériel étant dans ce cas de rétablir l'équilibre : la contrainte étatique peut donner lieu à une créance de réparation (§ 2).

§ 1. — Règles de conduite étrangères et appréciation du comportement du débiteur

255. Les « règles de conduite » étrangères, susceptibles d'être invoquées comme fait du prince, se caractérisent non seulement par le type de sanction qu'elles prévoient à l'encontre d'un comportement déterminé (2), mais encore par leur volonté d'application immédiate à ce comportement — volonté d'application immédiate qui rapproche d'ailleurs les lois de police, normes à portée générale et impersonnelle, des normes relevant de la catégorie des décisions (3).

d'un enfant à sa grand-mère paternelle ; mais il s'agissait de la prise en considération de l'exécution du jugement étranger plutôt que de son existence : le jugement avait entretemps été réformé par la *High Court*. Dans ce contexte, plutôt qu'à la théorie des *data*, il faudrait faire appel (sans connotation morale) à l'idée de fait accompli.

(1) cf. *supra*, n° 246, *in fine*.

(2) Sur la notion de « norme contraignante », de ce point de vue, v. *supra*, n°s 139 et s.

(3) cf. *supra*, n° 3.

Les lois de police, dont les normes que nous examinons ici forment une sous-catégorie (4), peuvent être définies par leur but ; on aboutit alors, avec Francescakis, à y voir des « lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays » (5). Par ailleurs la notion de « loi de police » est, dans l'usage actuel, devenue pratiquement synonyme de la notion de « loi d'application immédiate » ; c'est, aussi bien, leur volonté d'application immédiate à une situation donnée qui caractérise les lois de police du point de vue de la technique du droit international privé (6). Lorsqu'une règle de conduite étrangère prétend ainsi régir le comportement d'une partie, elle peut constituer un élément à prendre en considération, par le juge du for, dans l'appréciation de ce même comportement. Le point de vue du juge du for — qui sera, par exemple, le juge du contrat — ne s'identifie pas pour autant nécessairement et complètement à celui des autorités étrangères. À celles-ci, les règles de conduite en vigueur dans leur pays apparaîtront comme des « lois saisissant la situation juridique en tant que *fait* soumis à leur empire indépendamment de son origine [éventuellement] contractuelle et quelle que soit la loi applicable au contrat » (7). Le juge du contrat, quant à lui, ne fera bien entendu pas abstraction de l'« origine contractuelle » de la situation ; elle en est, pour lui, l'élément principal, qui lui dicte les règles de décision qu'il doit y appliquer ; mais il tiendra néanmoins compte des normes contraignantes étrangères qui prétendent s'imposer au débiteur et régler sa conduite.

Le juge du for en tirera — dans les situations les plus diverses — la conclusion que le débiteur *peut*, sans être réputé méconnaître les obligations résultant de la loi appliquée par le juge, respecter les règles de conduite étrangères (A) ; et même que dans certains cas, il *doit* les respecter — précisément pour ne pas méconnaître ses obligations à l'égard du créancier de l'obligation (B).

(4) V. *infra*, n° 302 et s., pour une distinction entre deux sous-catégories de lois de police étrangères (lois de police contractuelle et règles de conduite), dont le traitement par le juge du for pose des problèmes nettement distincts.

(5) Ph. Francescakis, *Rép. Dalloz Droit international*, v° *Conflits de lois (principes généraux)*, n° 137.

(6) cf. Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, t. I, 8^e éd., 1993, n° 254 et note 8 ; P. Mayer, *Droit international privé*, 4^e éd., 1991, n° 121 et s. — Il s'agit là de l'usage français ; pour la terminologie employée en Belgique (et rattachée au même texte, l'art. 3, al. 1^{er} C. civ.), comp. M. Fallon, « Les règles d'applicabilité en droit international privé », *Mélanges Raymond Vander Elst*, Bruxelles, 1986, p. 285, 302 ; et v. *infra*, note 7 et n° 261, note 50.

(7) L'expression est empruntée à M. Vander Elst, qui définit ainsi les « lois de police » : cf. R. Vander Elst et M. Weser, *Droit international privé belge et droit conventionnel international*, t. I : *Conflits de lois* (par R. Vander Elst), Bruxelles, 1983, pp. 220 (note 118) et 217 ; *addé* R. Vander Elst, *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, Paris/Bruxelles, t. I, 1956 ; t. II, 1963. Elle nous paraît constituer un point de départ utile pour une approche du problème de la prise en considération des règles de conduite étrangères ; notons toutefois que son auteur l'emploie différemment : M. Vander Elst inclut dans sa conception des « lois de police » les règles relatives à la responsabilité civile délictuelle, mais exclut les « lois de droit pénal ou de droit public » (R. Vander Elst et M. Weser, *op. cit.*, p. 216), tout en admettant qu'« il s'agit de questions de terminologie plutôt que de questions de fond » (p. 221).

A. — LA LICÉITÉ DU RESPECT DES RÈGLES DE CONDUITE ÉTRANGÈRES

256. La licéité du respect des règles de conduite étrangères par le débiteur d'une obligation, ses conditions et ses effets, nous les avons longuement examinés autour de la notion de fait du prince étranger. Il nous semble que la démonstration est faite. Ici, il ne s'agit plus que d'y ajouter quelques commentaires concernant le rôle de la théorie des *data* dans l'explication du mécanisme, et de faire allusion à quelques situations qui lui sont étroitement apparentées.

257. La distinction entre règles de décision et règles de conduite, apport original de Currie à la terminologie du droit international privé, est au centre du mécanisme de prise en considération, comme obstacle à l'exécution d'une obligation, d'une norme prohibitive étrangère. Il suffit de considérer les difficultés auxquelles a donné lieu, dans le droit anglais (et dans une certaine mesure américain) des contrats internationaux, la formulation ambiguë de la règle de principe en matière d'illégalité de l'exécution du contrat au regard de la loi locale, donnée par l'arrêt *Ralli* (8) : quel était, au juste, le rôle attribué à la *lex loci solutionis* ? La réponse de la doctrine anglaise et du second *Restatement* américain correspond parfaitement à la réponse fournie par la théorie des *data* : il convient de distinguer entre l'existence de l'illégalité et les effets de l'illégalité ; la première relève tout naturellement de la loi du lieu d'exécution, mais elle ne constitue qu'un *datum* dont la constatation n'est pas de nature à résoudre à elle seule le litige ; les effets de droit privé de l'illégalité constatée, eux, dépendent de la règle de décision applicable : si cette règle de décision est conforme à la règle de *common law*, son application se traduira par l'extinction du contrat par *frustration* (9).

Ou prenons le cas des locataires d'immeubles expropriés en Algérie, auxquels la Cour de cassation a permis de déduire, du loyer dû au propriétaire spolié, les sommes payées à l'Etat nationalisateur (10) : expliquer cette solution par la seule considération qu'il s'agit de constater l'existence de la réglementation algérienne, « comme on le ferait d'un simple fait survenu hors du territoire », n'explique — nous l'avons vu — rien (11). Il est à présent possible d'en fournir une explication technique : faire appel au réalisme des tribunaux, qui constatent les effets de la contrainte étatique comme on constaterait un simple fait survenu hors du territoire, c'est dire qu'il y a un *local datum* à prendre en considération ; encore faut-il identifier la règle de décision permettant de lui donner l'effet que la Cour de cassation lui a reconnu. Cette règle de décision, nous avons cru l'avoir trouvée dans l'article 1134, alinéa 3 du Code civil et dans la notion de bonne foi contractuelle

(8) *Ralli Brothers v. Compañia Naviera Sota y Aznar* [1920] 2 K.B. 287, C.A. : *supra*, n° 38.

(9) cf. le passage, cité *supra*, n° 48, du commentaire c de la section 202 du *Restatement* ; *addé* F.A. Mann, « The Proper Law in the Conflict of Laws » (1987) 36 I.C.L.Q. 437, 449 : « it is obvious that the existence of illegality at the place of performance must be judged by the law there prevailing, but the effect on the contract and on the rights and liabilities of the parties is a different matter governed by the proper law ».

(10) cf. *supra*, n° 194.

(11) *ibid.*, et les références citées en note 34.

(12). La seule constatation de l'existence du *datum*, elle, est insuffisante pour expliquer la solution adoptée.

La flexibilité du mécanisme de prise en considération est encore démontrée par le fait qu'il permet de tenir compte de normes qui ne seraient susceptibles d'être désignées par aucune règle de conflit — les lois étrangères contraaires à l'ordre public du for, ou même au droit international, mais qui s'imposent néanmoins au débiteur, qui constituent donc des *data* incontournables et auxquels peuvent être donnés les effets, indépendants de toute appréciation de la légitimité de l'action des autorités étrangères, de la force majeure (13). Autre signe de flexibilité : la possibilité, sous certaines conditions, de donner effet à des normes qui ne sont pas seulement inapplicables (au sens de la technique des conflits de lois) à l'obligation, mais encore extraterritoriales par rapport au lieu de son exécution (14). C'est dire, d'ailleurs, que malgré sa force expressive, la notion de *local datum* ne doit pas induire en erreur sur le champ d'application potentiel de la théorie des *data* : dans la mesure où une norme contraignante extraterritoriale peut être considérée comme vraiment effective, elle peut s'imposer au débiteur dont le comportement est en cause, au même titre qu'une norme « locale » purement territoriale. Elle est dès lors susceptible d'être prise en considération par une règle de décision appropriée.

258. Quant aux parallèles que l'on peut tirer entre la reconnaissance de l'effet libérateur du fait de prince étranger et certains cas analogues, ils tiennent à une considération de base commune : qu'il est impossible d'exécuter un acte s'il est interdit par la puissance publique, même étrangère. A partir de ce constat fort pragmatique, le juge peut mesurer l'incidence d'une intervention étatique sur des situations parfois très éloignées du cas du débiteur confronté à des obligations contradictoires. En somme, l'impossibilité d'exécuter un acte peut avoir des effets juridiques au-delà de la maxime *impossibilium nulla obligatio*.

La consultation des recueils de jurisprudence permet de s'en convaincre. Un arrêt de la Cour de cassation de 1890 laisse entendre, par exemple, qu'un terrain peut être réputé enclavé au sens de l'article 682 du Code civil — et que son propriétaire peut bénéficier, par conséquent, d'une servitude de passage sur un fonds voisin — si le seul chemin qui permet d'y accéder se trouve de l'autre côté de la frontière franco-allemande et que le passage par cette frontière est rendu impraticable par la réglementation allemande sur les passeports (15). Plusieurs arrêts

(12) cf. *supra*, n° 195. Inutile d'ajouter que la notion de bonne foi contractuelle est l'une de ces notions ouvertes et à caractère variable qui sont les véhicules privilégiés de la prise en considération jurisprudentielle des normes-*data* (*supra*, n° 252).

(13) cf. *supra*, n°s 180 et s. ; 183 et s.

(14) cf. *supra*, n°s 164 et s.

(15) Req. 6 janvier 1890, D.P. 1890. 1. 63. — L'argument tiré de l'impossibilité de franchir la frontière a cependant été rejeté comme manquant en fait, l'arrêt allemand (texte au J.D.I. 1888. 489) ne visant pas les habitants des communes françaises limitrophes : « Ainsi le passage n'est pas interdit aux cultivateurs français sur les chemins devenus allemands. La circulation sera peut-être moins facile, elle sera peut-être quelquefois gênée par les errements de la police allemande ; mais elle n'est pas interceptée. Tout au plus pourra-t-il y avoir gêne pour le libre exercice du droit de passage ; mais ce

ont admis la compétence des juridictions françaises pour statuer sur des litiges relevant en principe de la compétence de juridictions étrangères : dans ces affaires, un risque de déni de justice résultait de l'impossibilité, pour le demandeur, de saisir le tribunal étranger normalement compétent — soit en raison de l'attitude des autorités du pays en question à l'égard du demandeur (16), soit en raison de l'interruption, imposée par les autorités (allemandes) d'occupation, des communications entre la France et ce pays tiers (17).

De même encore, dans une affaire où des défendeurs brésiliens contestaient la compétence des juridictions françaises — qui résultait d'une clause attributive de juridiction — au motif qu'ils se trouveraient « actuellement astreints à résider au Brésil en raison d'investigations sur les événements boursiers survenus dans le pays en juin et juillet 1989 », la Cour de Paris a cru utile d'indiquer que « l'impossibilité alléguée (mais non démontrée) par M. et M^{me} Nahas de résider en France, laquelle ne les a aucunement privés d'assurer leur défense devant les juridictions françaises, ne saurait avoir aucune incidence sur la validité de la clause litigieuse » (18). La motivation de cet arrêt d'espèce n'est pas dépourvue d'intérêt, même si l'on peut regretter que la Cour n'ait pas indiqué plus clairement la règle de décision française (apparemment déduite, d'une manière non spécifiée, du principe du respect des droits de la défense) qui lui aurait permis de tenir compte de l'impossibilité alléguée par les défendeurs pour en déduire l'incompétence du juge français (19).

Les réalités du commerce international — dont fait partie la possibilité d'une intervention des autorités d'un Etat tiers — s'imposent à tous : en droit public français, le Conseil constitutionnel lui-même a dû reconnaître, à propos des effets extraterritoriaux de la loi de nationalisation de 1982, « que les limites éventuellement rencontrées hors du territoire national en ce qui concerne les effets de ces nationalisations constitueraient un fait », tout en se hâtant d'ajouter : « ... qui ne saurait restreindre en quoi que ce soit l'exercice de la compétence dévolue au législateur par l'article 34 de la Constitution » (20). Plus fondamentalement même, il

passage n'est pas interdit, il n'est pas même entouré de difficultés assez sérieuses pour que les juges puissent le considérer comme moralement impossible » (rapport George-Lemaire, D.P. 1890. 1. 64).

(16) Aix 31 mai 1923, J.D.I. 1924. 104 : litige entre émigrés russes qui avaient été condamnés à mort (ou risquaient de l'être) en Union Soviétique ; la Cour, retenant la compétence des tribunaux français, estime trop hypothétique « l'espérance d'une modification dans la législation et l'attitude des Soviets ».

(17) Nancy 26 octobre 1943, R. 1947. 97, note Niboyet (v. la note, p. 101) ; comp. Paris 20 décembre 1941, Gaz. Pal. 1942. 1. 230 ; Com. 17 janvier 1950, R. 1952. 108, 109, note Loussouarn ; *adde*, sur l'ensemble de la question, A. Huet, « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux — Compétence internationale ordinaire », *Jurisl. Int.*, fasc. 581-B, n° 151 (référence à une « impossibilité de fait, due à un événement de force majeure »).

(18) Paris 14 novembre 1990, J.D.I. 1991. 734, note Gaudemet-Tallon.

(19) Cette règle n'existe vraisemblablement pas ; s'agirait-il de l'idée de *forum non conveniens* ?

(20) Cons. const. 11 février 1982, Rec., p. 31 ; R. 1982. 349, 2^e esp., note Bischoff ; J.D.I. 1982. 340. V. aussi Cons. const. 16 janvier 1982, Rec., p. 18, 25 ; R. 1982, *ibid.*, 1^{re} esp. ; J.D.I. 1982. 330. — L'un de ces « faits » a été la mise sous séquestre, par ordonnance de référé du Tribunal de commerce de Namur, de la participation au capital d'une société belge détenue par la Compagnie de Saint-Gobain (nationalisée) et ses filiales, en attendant une décision définitive sur les effets pouvant être reconnus en Belgique à cette « nationalisation indirecte » d'actifs situés en dehors du territoire français (12 août

a été admis en 1919 par la Cour de cassation belge que le fait de l'occupant, empêchant la réunion des chambres législatives, avait rendu la Constitution belge « inexecutable dans certaines de ses dispositions » et justifiait ainsi l'exercice du pouvoir législatif par le Roi seul (21) : après tout, comme l'expliquent les conclusions du Procureur général, la Constitution « est soumise, comme toutes les choses humaines, à la force des choses, à la force majeure, à la nécessité » (22).

B. — L'OBLIGATION AU RESPECT DES RÈGLES DE CONDUITE ÉTRANGÈRES

259. Le respect des règles de conduite locales n'est pas seulement une faculté ouverte au débiteur. Il peut constituer, aux yeux du juge du for, une obligation qui s'impose aux parties, dont la méconnaissance est considérée comme illicite par le juge et sanctionnée par application de règles de décision civiles qui ne relèvent pas nécessairement du même ordre juridique que la règle de conduite méconnue.

L'idée d'obligation au respect de la loi d'un Etat étranger peut prendre plusieurs formes et intervenir dans l'application de règles de décision dont l'inspiration varie selon les intérêts, publics ou privés, qu'elles sont destinées à sauvegarder. Une première manifestation de cette idée nous est déjà connue : c'est l'hypothèse de la nullité, pour objet illicite, du contrat tendant à la violation de la loi étrangère (23). Rappelons-nous la tentative de justification de la contrebande

1982, R.P.S. 182. 184, publiée en France à la Rev. soc. 1983. 128, note J.G.). L'ordonnance rappelle « que l'Etat français, en décidant le 11 février 1982 la nationalisation de la Compagnie de Saint-Gobain, était d'ailleurs conscient de ce qu'il exposait cette société à des actions du type de celle-ci (*Cons. constit. français*, décisions du 16 janv. 1982 et du 11 févr. 1982 : "Que les limites éventuellement rencontrées hors du territoire national en ce qui concerne les effets de cette nationalisation ...", *JO*, 17 janv. 1982, p. 302, al. 1 et 12 févr. 1982, p. 561, al. 7) ; — Que la Compagnie de Saint-Gobain nationalisée a donc accepté délibérément ce risque et qu'elle doit dès lors en supporter les conséquences » (R.P.S., p. 190 ; Rev. soc., p. 133) ; en définitive cependant, le Tribunal, autrement composé, a décidé que la mesure française ne pouvait pas être considérée comme nationalisation extraterritoriale et même, « surabondamment », que les effets extraterritoriaux d'une nationalisation conforme à l'ordre public et aux « intérêts belges concernés » pouvaient être acceptés (14 octobre 1986, R.P.S. 1986. 265). — V. aussi, jugeant « inconsistante et fumeuse » la « "théorie" (sic) » de la nationalisation médiate, Trib. com. Bruxelles (réf.) 29 octobre 1982, J.T. 1982. 743. *Adde*, en doctrine, F. Rigaux et J. Verhoeven, « Nationalisations et relations internationales », J.T. 1982. 489 ; F. Knoepfler, « Les nationalisations françaises face à l'ordre juridique suisse », ASDI 1983. 149 ; G. Burdeau, « La contribution des nationalisations françaises de 1982 au droit international des nationalisations », R.G.D.I.P. 1985. 5.

(21) Cass. 11 février 1919, Pas. b. 1919. I. 9, concl. Terlinden.

(22) p. 12. — V. aussi, dans le même sens que l'arrêt du 11 février 1919 et à propos des mêmes événements, Cass. 4 juin 1919, Pas. b. 1919. I. 97, concl. Terlinden ; 18 février 1920, Pas. b. 1920. I. 62 ; 27 avril 1920, Pas. b. 1920. I. 124 ; 29 juin 1939, Pas. b. 1939. I. 341 ; 4 mars 1940, Pas. b. 1946. I. 493, concl. Hayoit de Termicourt. Comp., dans le contexte de l'occupation allemande de la Belgique pendant la seconde guerre mondiale, Cass. 27 mai 1946, Pas. b. 1946. I. 222 ; 3 mars 1947, Pas. b. 1947. I. 94 ; Bruxelles 4 avril 1959, J.T. 1959. 582 : « le Roi ayant perdu, par le fait de l'ennemi, l'exercice effectif du pouvoir, l'ensemble des pouvoirs royaux définis par la Constitution avait passé aux mains des ministres réunis en conseil », conformément aux dispositions constitutionnelles relatives à l'« impossibilité de régner ».

(23) cf. *supra*, n^{os} 235 et s.

française en Espagne, formulée par Emerigon au XVIII^e siècle : s'inspirant apparemment lui-même de la mentalité du contrebandier, il écrivait que « l'exportation de certaines choses sera défendue en Espagne tant qu'on voudra ; mais les loix du Roi Catholique, ne sont pas des règles de conduite pour les François » (24). Le juge qui annule un contrat de contrebande décide, au contraire, que les règles de conduite locales restent des règles de conduite, devant être prises en considération en tant que telles, même si c'est le juge français qui en connaît et même si la loi étrangère n'est pas applicable au contrat.

Ce n'est pas là, toutefois, le seul cas dans lequel le juge peut être amené à imposer aux parties le respect de la réglementation locale de leurs activités.

260. Alors que la règle de la nullité pour objet illicite de certains contrats s'inspire de considérations d'ordre public et repose implicitement sur une présomption (non irréfragable) de légitimité de l'exercice de leurs pouvoirs par les autorités étrangères (25), des considérations d'intérêt purement privé, indépendantes de toute appréciation de la légitimité de la norme étrangère en cause, peuvent également intervenir. Il s'agit alors d'assurer la bonne exécution d'une obligation civile dans un environnement de réglementation contraignante.

Les parties à un contrat pourront, par une clause expresse, prévoir une obligation de respect d'une réglementation étrangère déterminée (26) ; ce qui nous intéresse ici est toutefois autre chose : c'est de voir dans quelle mesure les tribunaux peuvent déduire l'existence d'une obligation de ce type, en dehors de toute stipulation spéciale, de la seule constatation, à titre de *datum* local, de l'existence d'une réglementation étrangère susceptible d'affecter les relations entre parties. En droit français des contrats, l'article 1135 du Code civil (« les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ») — norme qui fait appel, on l'observera au passage, à plus d'une notion ouverte ou à caractère variable — peut servir de référence textuelle au juge qui entend définir des obligations contractuelles accessoires en fonction du contexte dans lequel s'insère l'exécution du contrat ; des mécanismes analogues existent dans d'autres systèmes juridiques (27). Dans certains cas, comme nous le verrons, même des relations extracontractuelles entre deux personnes peuvent donner lieu à une obligation de tenir compte de la réglementation étrangère existante. La meilleure façon de

(24) *Supra*, n^o 236. — L'idée a trouvé un écho dans un arrêt de la Cour de Colmar de 1932, refusant de considérer comme illicite l'exportation de « monnaies allemandes d'or et d'argent destinées à être transportées en France pour la fonte » : « en ce qui concerne les lois allemandes que cette opération aurait violées, il convient de décider que ces lois ne sauraient lier un Français qui se trouve ici uniquement soumis à sa loi nationale » (Colmar 24 juin 1932, S. 1934. 2. 73, 2^e esp., note critique Niboyet).

(25) cf. *supra*, n^{os} 237 et 238.

(26) cf. *supra*, n^o 230, sur le problème des « clauses de soumission » à une réglementation étrangère.

(27) Sur la technique de l'*implied term* en droit anglais, v. Chitty *on Contracts*, 26^e éd., Londres, 1989, vol. I, p. 553 et s. ; en droit allemand, le mécanisme est expressément lié au principe de la bonne foi et de la loyauté dans l'exécution du contrat (§ 242 BGB).

présenter cet ensemble jurisprudentiel est sans doute une gradation selon la gravité du manquement reproché au défendeur :

1° L'exécution d'une obligation doit se faire de telle façon qu'elle soit utile et apporte au créancier, compte tenu des circonstances, l'avantage escompté.

Le débiteur d'une somme d'argent ne peut donc pas se désintéresser des règles de contrôle des changes en vigueur au lieu de paiement convenu, si ces règles sont de nature à affecter l'utilité du paiement pour le créancier. C'est ce que les tribunaux français ont eu l'occasion de juger à propos du contrôle des changes allemand des années 1930, qui interdisait le recours aux « marks intérieurs » (*Inlandsmark*) pour le paiement de dettes du commerce extérieur (28). Un premier exemple est donné par un arrêt de la Cour de Paris du 26 mars 1936. Une banque française est chargée par une autre banque, agissant pour le compte de l'un de ses clients, de verser cinquante mille marks à un créancier de celui-ci en Allemagne. Elle le fait en demandant à son correspondant allemand de procéder à trois versements différents d'un montant total de cinquante mille marks, en marks intérieurs et au nom d'un expéditeur « interne » imaginaire (« Werner von Werner, demeurant à Berlin et à Potsdam »). Les cinquante mille marks sont saisis et bloqués par le service allemand des devises. Le banquier peut-il invoquer le fait du prince étranger pour s'exonérer de sa responsabilité ? Non, au contraire : il s'est engagé envers son client à effectuer un paiement valable et libératoire en Allemagne ; il devait par conséquent respecter la législation allemande sur les changes : « ces paiements qui n'ont pas été réalisés dans les termes de l'art. 1236 du Code civil sont donc dépourvus de tout effet libératoire » (29). On aura noté que la règle allemande n'intervient que comme *datum* servant à la mise en oeuvre des règles de décision françaises — les principes de la responsabilité contractuelle et l'article 1236 du Code civil.

La portée de l'arrêt de 1936 est éclairée par une décision ultérieure de la Cour de Colmar. Là encore, des débiteurs avaient effectué au profit de leurs créanciers allemands des paiements en violation de la réglementation allemande ; là encore, les sommes avaient été saisies. Ils sont condamnés à payer une seconde fois. Relevant appel, ils reprochent aux premiers juges d'avoir, ce faisant, fait application d'une loi de police allemande, alors pourtant que les lois de police étrangères ne sont (selon les conceptions de l'époque) susceptibles d'aucune application par le juge français. La Cour d'appel est par conséquent appelée à prendre position sur une question de principe ; voici sa réponse :

« Attendu que la Cour n'a pas à interpréter des lois allemandes dont le caractère fiscal monétaire et politique, n'est pas douteux ;

Attendu que, comme l'ont pensé les premiers juges, de telles lois ne peuvent recevoir application en France ;

Mais attendu qu'il ne s'agit pas d'appliquer ces lois en France ni de décider comment elles doivent être appliquées en Allemagne, mais de constater leurs effets en ce pays ;

(28) « Opération fréquente tendant à faire échec à la législation financière du troisième Reich », selon P. Tager (note au J.D.I. 1936, p. 935).

(29) Paris 26 mars 1936, J.D.I. 1936. 931, note Tager ; R. 1937. 435, n° 13, obs. Batiffol.

Attendu que la Cour se trouve en présence de faits qui se sont passés en Allemagne et dont elle doit seulement tirer les conséquences en France ;

...

Attendu que c'est [aux débiteurs] qu'il appartenait d'interpréter les lois allemandes, même de police, lorsqu'ils faisaient des opérations en Allemagne et que s'ils se sont trompés ou s'ils les ont sciemment tournées, c'est eux seuls qui doivent en supporter les conséquences, en l'espèce l'inefficacité de leur paiement ;

Attendu, en effet, qu'un paiement ne peut avoir d'effet libératoire s'il ne produit aucun effet utile au lieu où il doit être fait » (30).

Diversement accueilli en son temps par ses annotateurs (31), l'arrêt nous paraît faire une utilisation exemplaire de la distinction entre l'application des lois de police étrangères et leur prise en considération dans le cadre des règles de droit matériel applicables. La même attention minutieuse aux aspects de droit privé du recours aux « marks intérieurs » se retrouve dans un jugement du Tribunal de commerce de Bruxelles du 22 avril 1937, qui rejette la demande du créancier allemand — tendant à un second paiement après saisie des fonds — en faisant observer que le créancier, complice de la fraude, en avait assumé les risques (32).

Le problème des *Inlandsmark* n'est bien entendu pas la seule illustration du principe que l'exécution utile d'une obligation internationale doit tenir compte des contraintes réglementaires étrangères. En jurisprudence, ce principe a encore été appliqué à propos de l'effet du contrôle des changes du pays de la résidence du créancier d'aliments sur le choix de la devise dans laquelle doit être payée une dette alimentaire (33) ; de même, l'obligation de livrer une marchandise commercialisable dans l'Etat d'importation est méconnue si cette marchandise n'est pas conforme à la

(30) Colmar 11 mars 1938, J.D.I. 1938. 812, obs. Nast ; R. 1939. 124, note H.B. — L'arrêt ajoute qu'« on ne peut reprocher [aux créanciers] d'obéir aux lois, même de police, de leur pays » : le fait même qu'elle ait cru nécessaire de le préciser montre bien quelle était l'estime que les juges français de l'époque réservaient aux lois de police étrangères !

(31) Les observations de Nast au J.D.I. 1938, p. 815, admettent que « cet arrêt fait une intéressante et exacte application du principe suivant lequel les risques du mode de paiement choisi par le débiteur sont pour celui-ci, alors du moins que le créancier n'a, de son côté, commis aucune faute », alors que H. Batiffol (R. 1939, p. 126) écrivait : « La Cour de Colmar s'est laborieusement attachée à montrer qu'elle n'appliquait pas la loi allemande sur les devises, mais se bornait à constater les conséquences du fait que le paiement avait été inefficace en raison des dispositions législatives allemandes. Pour nous c'est tout un ... Nous avouons ne pas apercevoir de différence entre ce processus et l'application de la loi allemande ».

(32) Trib. com. Bruxelles 22 avril 1937, J.T. 1937. 518. Le jugement admet que la participation du créancier à la fraude peut être une cause de nullité de la convention pour objet illicite (comp. *supra*, n°s 235 et s.), mais il souligne que le résultat — rejet de la demande — est le même. — Pour d'autres décisions faisant intervenir la réglementation de l'utilisation des *Inlandsmark*, v. Trib. civ. Seine 10 mars 1939, R. 1939. 468 (application d'un accord franco-allemand sur les paiements du 10 juillet 1937, publié par décret, en interdisant l'utilisation aux Français) ; Handelsgericht Zurich 8 mai 1935, BIZR 1935, n° 62 : *infra*, note 36 ; Colmar 9 décembre 1938, Rev. jur. Als. Lorr. 1939. 207, note Simon : *infra*, n° 265, note 87.

(33) V. en jurisprudence suisse : TF 26 juin 1980, ASDI 1981. 419 ; en jurisprudence allemande : BGH 26 novembre 1986, NJW 1987. 1146 ; 1^{er} avril 1987, IPRspr. 1987, n° 66.

réglementation locale (34) : mais comme le montrent certaines questions préjudicielles posées à la Cour de justice des Communautés européennes, les juridictions nationales estiment qu'à l'heure de l'applicabilité directe du droit communautaire, une marchandise reste en réalité commercialisable si la réglementation étrangère qui s'oppose à sa commercialisation est contraire aux normes communautaires et ne pourra dès lors plus être appliquée par les autorités du pays d'importation (35).

2° En second lieu, un manquement plus spécifique et caractérisé à ses obligations professionnelles peut être commis par le professionnel qui néglige son devoir de renseignement à l'égard de son cocontractant et omet d'attirer l'attention de celui-ci sur les risques que lui ferait courir le non-respect de la réglementation locale, exposant ainsi la personne ou les biens du cocontractant à des dangers qu'il vaudrait mieux éviter. C'est ce qui a été jugé, à propos de banquiers, dans le contexte du respect de la réglementation étrangère des transferts de capitaux (36), à propos d'organismes de voyages à l'étranger (37), ou encore à propos de l'organisateur d'un « Rallye des Pharaons » qui avait fourni des plans peu précis aux aviateurs et engagé ainsi sa responsabilité à l'égard d'un concurrent « à qui les forces armées égyptiennes ont interdit de poursuivre la course après qu'il eut survolé une base militaire » (38). C'est ce qui a été jugé aussi, par un amusant arrêt du Tribunal fédéral suisse de 1928 (39), à propos d'un organisateur de spectacles genevois (« l'Alhambra ») qui avait engagé une Française, M^{lle} Rousseaux, pour venir jouer à Lausanne et à Montreux deux opérettes intitulées « Un bon coq » et

(34) cf. T. Morscher, *Staatliche Rechtssetzungsakte als Leistungshindernisse im internationalen Warenkauf*, Bâle/Francfort, 1992, p. 174, et les références citées.

(35) C.J.C.E. 23 novembre 1989, *Kommanditgesellschaft 4711/Provide*, aff. 150/88, Rec., p. 3909 ; comp. C.J.C.E. 22 mai 1990, *Alimenta/Doux*, aff. C-332/88, Rec., p. I-2077. Cette jurisprudence n'est pas sans rappeler le problème de l'effet libératoire d'une intervention étatique illégale au regard de la loi étrangère, et susceptible d'un recours effectif devant le juge étranger : *supra*, n° 178 et la référence à la jurisprudence de la Cour de justice *ibid.*, note 78.

(36) Com. 26 avril, Bull. civ. IV, n° 135, pour le contrôle des changes italien (l'arrêt approuve les juges du fond d'avoir estimé que le client de la banque, quant à lui, ne pouvait être réputé avoir les mêmes connaissances de la réglementation étrangère, « le seul fait ... de commercer avec des clients demeurant à l'étranger » étant insuffisant pour « en déduire qu'il connaissait ou était tenu de connaître la législation italienne en matière de change ») ; v. aussi, par analogie, Com. 10 mars 1992, D. 1993 Somm. 55, obs. Vasseur (obligation, pour une banque française, d'avertir son correspondant étranger des difficultés pouvant résulter de la réglementation française) ; mais v. *Handelsgericht Zurich* 8 mai 1935, BIZR 1935, n° 62 (pas de responsabilité entre banquiers, professionnels également avertis, pour un règlement non conforme à la réglementation allemande de l'utilisation des *Inlandsmark*).

(37) cf. *Arango v. Guzman Travel Advisors Corp.*, 621 F.2d 1371 (5th Cir. 1980) : préjudice subi par un voyageur inclus dans une liste officielle d'« étrangers indésirables » en République Dominicaine ; mais v. T.G.I. du Havre 12 juin 1986, Rev. fr. dr. aé. 1986. 446, confirmé par Rouen 25 avril 1988, Rev. fr. dr. aé. 1988. 204 (passagère qui s'était en fait renseignée auprès de l'administration anglaise sur la possibilité d'embarquer son chien à bord d'un avion à destination d'Angleterre, et qui ne pouvait donc utilement reprocher à la compagnie aérienne d'avoir omis de l'informer de l'illégalité de l'importation clandestine de chiens : selon la Cour d'appel, « de plus amples avis ne l'auraient pas dissuadée de [son] esprit de rébellion »).

(38) Paris 6 février 1990, D. 1990 I.R. 55.

(39) TF 18 juillet 1928, ATF 54 II 333.

« C'est jeune et ça n'sait pas » : les opérettes avaient été interdites par la police vaudoise ; l'Alhambra fut débouté de sa demande en dommages-intérêts pour le préjudice matériel et moral que la demoiselle Rousseaux lui aurait causé « en lui fournissant un spectacle immoral et de mauvais goût, interdit par les autorités » (40) et fut condamné à réparer le préjudice subi par sa cocontractante française : « en matière de spectacles les autorités françaises sont moins rigoureuses que les autorités suisses. — Sachant quels étaient les lois et usages du pays, que demoiselle Rousseaux n'était pas censée connaître, l'Alhambra a commis une faute en n'attirant pas d'emblée l'attention de sa cocontractante sur le risque d'une intervention des pouvoirs publics » (41).

3° Le directeur de l'Alhambra était imprudent, mais il n'était pas un délinquant. C'est ce qui le distingue de la troisième catégorie de débiteurs auxquels on peut reprocher de ne pas avoir respecté les lois locales : ceux qui le font volontairement, le plus souvent par esprit de fraude, en faisant courir sciemment des risques à un cocontractant innocent. Le phénomène est sans doute aussi ancien que le commerce international ; rappelons que l'on en rencontre des traces dans le *Guidon de la Mer*, ouvrage du XVI^e siècle qui prévoyait déjà la responsabilité personnelle du « maistre du navire » qui « avoit chargé ou voulu charger marchandises prohibées appartenant à d'autres ... failly ou malversé sans l'adherence ou consentement de l'asseuré » (42). Il en existe des formes plus modernes. La *Court of Appeals* de New York a ainsi affirmé la responsabilité civile d'individus qui avaient soumis à une banque brésilienne de faux documents en vertu desquels la banque leur avait converti en dollars un montant substantiel de cruzeiros : la banque avait subi des pénalités administratives après découverte de l'inexactitude des renseignements fournis ; elle pouvait dès lors, selon l'arrêt, se retourner devant le juge américain contre les auteurs de la fraude (43).

De même, un important arrêt du *Bundesgerichtshof* du 20 novembre 1990 (44) s'est prononcé sur la responsabilité de l'affréteur d'un navire, qui s'en était servi en vue du transport d'une cargaison d'acier qui était en fait d'origine sud-africaine et qu'il avait vendue, sans préciser cette origine du produit, à un acheteur thaïlandais. La Thaïlande interdisait, pour des raisons politiques, le commerce avec l'Afrique du Sud ; aussi bien l'affréteur/vendeur avait-il frauduleusement indiqué un faux port de chargement (Hambourg) sur les documents douaniers. La fraude fut découverte par les autorités thaïlandaises, l'acier confisqué. L'acheteur thaïlandais, quant à lui,

(40) p. 334. Le Tribunal répond (p. 336) que « s'il est permis de supposer qu'elles [les opérettes] sont légères, voire lestes, le "veto" de la police vaudoise ne prouve cependant pas à lui seul qu'elles sont contraires aux mœurs, au sens du code des obligations ».

(41) p. 338.

(42) cf. *supra*, n° 17. V. de même, dans le droit maritime allemand actuellement en vigueur, le § 515 HGB (responsabilité du capitaine pour inobservation des règlements de police, fiscaux et douaniers étrangers).

(43) *Banco Frances e Brasileiro S.A. v. Doe*, 370 N.Y.S.2d 534 (Ct. App. 1975).

(44) BGH 20 novembre 1990, NJW 1991. 634 ; JZ 1991. 719 (avec obs. A. Junker, « Schadensersatzpflicht bei einem Verstoß gegen ein ausländisches Embargo », p. 699) ; IPRAx 1991. 345, obs. v. Hoffmann.

saisit le navire pour sûreté de sa créance de dommages-intérêts pour inexécution du contrat de vente. Le propriétaire du navire subit de ce fait un préjudice (il avait dû personnellement exposer des frais et fournir une garantie pour obtenir la mainlevée de la saisie) dont il réclama réparation à l'affréteur (45). Le *Bundesgerichtshof* fait une analyse très subtile de la situation : la violation de l'embargo thaïlandais peut effectivement, au regard du droit allemand, constituer un acte gravement imprudent et donc fautif à l'égard du propriétaire du navire ; encore faut-il — par application d'une règle particulière du droit allemand de la responsabilité civile — qu'il y ait réellement eu « faute dans les relations entre demandeur et défendeur en réparation » ; la seule violation de la loi étrangère est donc insuffisante, et il faut rechercher si le défendeur savait ou devait savoir qu'elle était de nature à faire naître un risque de saisie conservatoire du navire par un tiers lésé (46).

Le même type d'analyse a été repris dans un arrêt ultérieur, rendu le 20 octobre 1992 à propos, semble-t-il, des mêmes agissements frauduleux. Cette fois-ci, il s'agissait de déterminer la responsabilité de l'affréteur du navire, vendeur de la cargaison d'acier, à l'égard de l'acquéreur thaïlandais de celle-ci ; là encore, il fut jugé que la violation de l'embargo thaïlandais constituait une faute lorsque son auteur, faisant preuve d'une indifférence critiquable envers les intérêts de son co-contractant, exposait ceux-ci sciemment à des risques injustifiés (47).

Il faut souligner que dans ses arrêts, le *Bundesgerichtshof* n'a ni déclaré applicable la loi de police thaïlandaise, ni porté un quelconque jugement politique sur la légitimité de son édicton : il a tout simplement constaté que l'affréteur/vendeur pouvait être tenu, à l'égard du propriétaire du navire et de l'acquéreur de la cargaison, de la respecter — et que le juge allemand devait la prendre en considération dans le jugement du litige.

261. Le droit international privé de la responsabilité civile pour accidents matériels occasionnés à l'étranger permet d'établir un parallèle.

A priori, la règle de conflit traditionnelle, qui soumet l'obligation délictuelle à la loi du lieu du délit, devrait éviter une dissociation entre ordre juridique fournissant la règle de décision applicable et loi locale fournissant certaines règles de conduite : effectivement, l'une des justifications traditionnellement avancées pour la compétence de la *lex loci delicti* est qu'elle répond à un souci de police sur

(45) Le propriétaire n'étant pas lui-même le fréteur (un intermédiaire jouait ce rôle), la responsabilité de l'affréteur à son égard était, faute d'un rapport contractuel, délictuelle.

(46) L'affaire a été renvoyée, à cette fin, devant les juges du fond. — Les tribunaux français, quant à eux, se seraient peut-être contentés — par application du droit français de la responsabilité délictuelle — de la constatation de l'imprudence commise par l'affréteur et du lien de causalité objectif entre cette faute et le préjudice.

(47) BGH 20 octobre 1992, NJW 1993. 194 ; RIW 1993. 146 : « Die bewußte Verletzung ausländischer Embargobestimmungen vermag jedenfalls dann einen Verstoß gegen die guten Sitten im Rahmen des § 826 BGB zu begründen, wenn dadurch sehenden Auges die Gefährdung von Vermögensinteressen unbeteiligter Dritter herbeigeführt wird und somit eine besondere Bedenkenlosigkeit gegenüber diesen fremden Vermögensbelangen zum Ausdruck kommt ».

le territoire de l'Etat concerné (48). La solution a d'ailleurs longtemps été fondée sur l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil : les règles relatives à la responsabilité civile étaient considérées comme exemples-types de ces « lois de police et de sûreté » qui « obligent tous ceux qui habitent le territoire » (49) ; et même si le recours à la notion de loi de police ne correspond ici plus à la terminologie admise en droit français (50), l'idée demeure dans une certaine mesure exacte.

Dans une certaine mesure, précisément. A y regarder de plus près, dans la responsabilité civile pour faute, c'est surtout la règle de conduite méconnue par le défendeur qui peut avoir trait à la police sur le territoire étatique ; la règle de décision afférente précise la sanction civile de cette méconnaissance, certes, mais les règles relatives aux conditions d'imputabilité de l'acte illicite ou à l'étendue de la réparation relèvent de la justice entre particuliers plutôt que de considérations de police. Rien n'empêche le juge d'y appliquer une loi autre que la *lex loci delicti* — en pratique, il s'agira le plus souvent, pour des raisons de fait, de la loi du for — tout en tenant dûment compte, à titre de *data* locaux, des règles de conduite du lieu de l'accident. Ce n'est pas par hasard que Currie a pu développer sa théorie des *data*, et sa distinction entre règles de décision et règles de conduite, à propos d'un exemple tiré d'un accident de la circulation en Arabie Saoudite (51).

La même approche a été adoptée en jurisprudence, par des tribunaux qui estimaient qu'une loi autre que la loi du lieu de survenance de l'accident entretenait des liens plus réels et substantiels avec la relation de droit entre les parties. Examinons d'abord — la référence à Currie, et donc à la « révolution conflictuelle » américaine, y incite — le célèbre arrêt *Babcock v. Jackson* de la *Court of Appeals* de New York : abandonnant le dogmatisme de la théorie des « droits acquis » qui considérait l'application de la *lex loci delicti* comme une nécessité logique, cet arrêt rendu en matière de transport bénévole décide, après « groupement des points de contact » et analyse des « intérêts étatiques » en cause, d'appliquer la loi new-yorkaise, loi de la résidence commune des parties, à un accident survenu au Canada. Mais il précise que pour ce qui est de la réglementation de la circulation, c'est à la loi locale qu'il faut nécessairement se référer (52). L'arrêt estime inopportune l'application de la règle de décision canadienne (qui excluait, en l'espèce, tout recours d'un passager transporté bénévolement contre le conducteur du véhicule) ;

(48) V. p. ex. E. Bartin, *Principes de droit international privé*, t. II, 1932, § 338, p. 417 (la loi locale « intervient, comme disposition de police, pour imposer la réparation, parce qu'elle intervient, d'abord, pour interdire la perpétration du fait illicite dont la réparation n'est que le remède »).

(49) cf. Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, t. II, 7^e éd., 1983, n° 557, et les références.

(50) cf. Loussouarn et Bourel, *Droit international privé*, 4^e éd., 1993, n° 179. La jurisprudence belge, elle, continue de déclarer que « les lois qui déterminent les éléments du fait générateur de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, ainsi que le mode et l'étendue de la réparation, sont des lois de police au sens de l'article 3, alinéa 1^{er}, du Code civil » (Cass. 30 octobre 1981, Pas. b. 1982. I. 306).

(51) cf. *supra*, n° 246. Sur la question, v. aussi les développements de O. Kahn-Freund, « Delictual Liability and the Conflict of Laws », R.C.A.D.I. 1968-II. 1, 91-102.

(52) *Babcock v. Jackson*, 191 N.E.2d 279, 284 (N.Y. 1963) : « it would be almost unthinkable to seek the applicable rule in the law of some other place » ; trad. fr. à la R. 1964. 284, 291, note Castel.

mais il reconnaît que la prise en considération des règles de conduite du lieu de l'accident est inévitable (53).

Même solution en droit allemand : une ordonnance de 1942 soumet la responsabilité délictuelle à la loi allemande toutes les fois que le responsable et la victime sont allemands, même si l'accident a eu lieu à l'étranger. Plus généralement, la jurisprudence a tendance à y appliquer dans des cas appropriés la loi nationale commune des parties, ou la loi de leur résidence commune, de préférence à la *lex loci delicti* (54). Pour apprécier, cependant, si un Allemand a engagé sa responsabilité civile en agissant négligemment (§ 823 du BGB), le juge allemand doit avoir égard aux normes de conduite (*Verkehrsvorschriften*) du lieu de l'accident (55).

On trouve, d'une manière peut-être inattendue, un raisonnement similaire dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. La responsabilité extracontractuelle de la Communauté ne s'apprécie pas conformément à une loi nationale désignée par une règle de conflit, mais, comme le prévoient l'article 215 du traité CE et l'article 188 du traité CEEA, « conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres », c'est-à-dire, en réalité, conformément à des principes autonomes que la jurisprudence a déduits des traités communautaires et des nécessités propres à la Communauté (56). Il n'en reste pas moins que la responsabilité de la Communauté peut parfois être engagée par des actes purement matériels de ses agents dans l'exercice de leurs fonctions ; ces actes auront eu lieu sur le territoire d'un Etat et pourront avoir méconnu des règles de conduite locales. Il faut en tenir compte. Dans une affaire où la chute d'un artisan-ferblantier d'un bâtiment de la CEEA avait été causée par l'inobservation, par la Commission, des dispositions d'un règlement italien en matière de sécurité du travail, la Cour a défini ainsi les critères d'appréciation de l'illicéité du comportement de la Commission au regard de l'article 188 CEEA :

(53) L'article 3543 nouveau du Code civil louisianais, issu d'une réforme de 1991 fortement inspirée des résultats de la « révolution conflictuelle » (traduction française du texte à la R. 1992. 394, 398 ; v. le commentaire de S. Symeonides, « Les grands problèmes de droit international privé et la nouvelle codification de Louisiane », R. 1992. 223), contient une règle ayant spécifiquement trait aux « questions relatives aux normes de comportement et de sécurité » ; mais cette règle paraît viser, au-delà de la constatation de l'existence même de ces normes de conduite, les conséquences civiles de leur méconnaissance sur la responsabilité du défendeur. Il s'agit d'un cas de « dépeçage », assez caractéristique de la codification louisianaise : Symeonides, *op. cit.*, p. 268-270.

(54) cf. G. Kegel, *Internationales Privatrecht*, 6^e éd., Munich, 1987, p. 465 et s. ; en jurisprudence, v. les arrêts cités *infra*, note 55 et BGH 4 juillet 1989, BGHZ 108. 200.

(55) BGH 23 novembre 1971, BGHZ 57. 265, 267-268 ; 5 octobre 1976, NJW 1977. 496, 497 ; 13 mars 1984, BGHZ 90. 295, 298 ; 8 janvier 1985, BGHZ 93. 214, 217-218 ; 7 juillet 1992, NJW 1992. 3091. *Adde.* en doctrine, H. Stoll, « Deliktstatut und Tatbestandswirkung ausländischen Rechts », *Festschrift Kurt Lipstein*, Heidelberg/Karlsruhe, 1980, p. 259 et s., et du même auteur « Die Behandlung von Verhaltensnormen und Sicherheitsvorschriften » in *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1983, p. 160 et s.

(56) cf. F. Fines, *Etude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne*, 1990.

« Quant au comportement reproché à la Commission, il convient d'abord de relever que toute institution de la Communauté qui procède à la réalisation de travaux de construction ou d'entretien de bâtiments est tenue de respecter les dispositions relatives à la sécurité en matière de travail telles qu'elles sont applicables au lieu où ces travaux sont effectués. C'est ainsi que, pour ce qui est des travaux effectués au Centre d'Ispra, la Commission était obligée d'observer les dispositions de la législation italienne en la matière » (57).

Dans cette affaire, l'avocat général avait tenu à justifier plus précisément l'applicabilité aux institutions communautaires des lois de police locales : « les normes sur la prévention des accidents du travail sont, en Italie, d'application pour ainsi dire nécessaire, puisqu'elles sont liées à des impératifs sociaux évidents et non susceptibles de dérogation ; la circonstance que la CEEA bénéficie de certains privilèges et immunités dans l'Etat du siège ne la dispense pas de l'observation des lois italiennes : en effet, immunité de juridiction, tant sur le plan civil que pénal, ne veut certes pas dire dispense d'appliquer la loi » (58).

En législation suisse, le même mécanisme apparaît dans la section que la loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987, consacre aux « actes illicites » : la codification suisse prévoit de nombreuses dérogations à l'applicabilité de la loi locale, mais précise, d'une manière générale, que « les règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu de l'acte sont prises en considération » (article 142, alinéa 2).

Le juge français doit procéder d'une manière équivalente sous le régime de la Convention de La Haye du 7 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière : dans certains cas, prévus à l'article 4 de la Convention, la responsabilité délictuelle n'est pas soumise à la loi du lieu de l'accident. Néanmoins, selon l'article 7, « quelle que soit la loi applicable, il doit, dans la détermination de la responsabilité, être tenu compte des règles de circulation et de sécurité en vigueur au lieu et au moment de l'accident ». Les travaux préparatoires de la Convention ne laissent planer aucun doute sur la nature de la prise en considération de la loi locale : « Les règles locales de circulation et de sécurité ne sont qu'un donné de fait dont le juge devra cependant tenir compte » (59). Traduisons : un *datum*. La Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits rappelle, de même, dans son article 9, que l'application des règles de la Convention — qui prévoient un mécanisme souple de détermination de la loi applicable — « ne fait pas

(57) C.J.C.E. 27 mars 1990, *Grifoni/Commission*, aff. C-308/87, Rec., p. I-1203, 1225. L'arrêt ajoute que cette obligation de respecter les dispositions italiennes est « d'ailleurs » expressément prévue dans un accord entre la République italienne et la CEEA.

(58) Concl. Tesauro, p. 1217-1218.

(59) Rapport explicatif E. Essén, *Actes et Documents de la Onzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, 1968-III. 200, 211. Les travaux préparatoires montrent également qu'à côté des règles de circulation, qui ne peuvent être recherchées que dans la loi locale, il existe des règles de prudence ou de sécurité (emploi de phares antibrouillard, limitation du taux d'alcoolémie) à propos desquelles l'attitude, plus sévère que celle de la loi locale, de la loi applicable à la responsabilité peut également être prise en considération dans l'appréciation de la faute : v. spéc. la discussion p. 145.

obstacle à ce que soient prises en considération les règles de sécurité en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel le produit a été introduit sur le marché ».

L'avant-projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles (60) généralise cette solution : la *lex loci delicti* est parfois inapplicable (article 10), mais « quelle que soit la loi applicable aux termes de l'article 10, il sera tenu compte, dans la détermination de la responsabilité, des règles de sécurité et de police en vigueur au lieu et au moment où le fait dommageable s'est produit » (article 12). On notera avec intérêt, à ce propos, l'affirmation du rapporteur, le professeur Giuliano, que « l'article 12 est pour ainsi dire le pendant de l'article 7 de la présente Convention en matière d'obligations contractuelles » (61) — or l'article 7 de l'avant-projet, consacré aux lois de police en matière contractuelle, est le précurseur de l'actuel article 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

262. Cette convergence du rôle des règles de conduite étrangères en matière contractuelle et extracontractuelle n'est bien entendu pas fortuite.

Il y a, d'abord, derrière cette convergence une inspiration commune : dans les deux cas, ce n'est qu'en tenant compte des règles locales — à titre de « donné de fait », de *datum* — que le juge est en mesure de faire une juste appréciation de la situation dont il est saisi, y compris en son environnement réglementaire. Dans les deux cas aussi, la souveraineté étrangère pourrait être méconnue si le juge du for imposait aux parties, pour leurs activités sur le territoire étranger, un comportement incompatible avec les normes contraignantes locales. C'est là, du point de vue des intérêts étatiques en cause, l'une des justifications de l'effet libératoire du fait du prince étranger (62) ; et c'est là également l'une des raisons de la formulation d'une réserve comme celle de l'article 7 de la Convention de la Haye du 4 mai 1971 : comme l'Etat qui admet des non-résidents à circuler sur son territoire est en droit d'exiger d'eux qu'ils respectent la réglementation de la circulation en vigueur (63), le respect de cette réglementation s'impose aussi aux tribunaux du for appelés à juger — fût-ce par application des règles de décision de la *lex fori* — des accidents de la circulation à l'étranger.

Ensuite, l'une des caractéristiques des normes contraignantes y est pour quelque chose : se voulant immédiatement applicables à une situation de fait déterminée, elles « saisissent la situation juridique en tant que fait soumis à leur empire indépendamment de son origine éventuellement contractuelle » (64). Il n'y a

(60) Texte à la R. 1973. 209.

(61) M. Giuliano, « Rapport concernant l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles » in *European Private International Law of Obligations*, Tübingen, 1975, p. 241, 292.

(62) cf. *supra*, n° 111 et s.

(63) V. la Convention de Vienne du 8 novembre 1968 sur la circulation routière (publiée par décret du 1^{er} septembre 1977, J.O. du 17 septembre 1977).

(64) cf. *supra*, n° 255. Comp. d'ailleurs H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, 1938, n° 551 : « "lois de police et de sûreté", dit le Code civil ; assimilons-les aux règles délictuelles soumises à la loi du lieu du délit ; bien qu'il s'agisse des effets d'un contrat, le législateur les a réglementés sous leur aspect plus général de fait juridique ».

donc rien d'étonnant à ce qu'elles puissent jouer un rôle analogue en matière contractuelle et extracontractuelle.

Un phénomène d'interférence du droit international privé des contrats et de celui des délits, signalé par M. Wengler (65), l'illustre d'ailleurs parfaitement. Un contrat, en lui-même parfaitement valable au regard de la *lex contractus*, doit être exécuté dans un pays étranger dont la loi considère les actes d'exécution du contrat comme délits civils à l'égard d'un tiers — par exemple comme actes de concurrence déloyale à l'égard d'un concurrent des contractants. Si le juge du for est saisi d'un litige entre les deux contractants, il devra, *prima facie*, déclarer le contrat valable et exécutoire sur le fondement de la loi d'autonomie applicable ; si en revanche le même juge est saisi par le tiers lésé d'une action délictuelle en réparation pour concurrence déloyale, il devra, *prima facie*, déclarer le comportement des défendeurs fautif par application de la loi locale, les condamner à indemniser le demandeur et à cesser leurs pratiques commerciales illicites. De toute évidence, il ne peut pas faire les deux choses en même temps. La solution devra être trouvée dans le principe du droit des contrats selon lequel un contrat ne peut pas valablement tendre à la commission d'un délit civil : ce sont les contractants qui devront s'incliner (66). Le contrat sera dès lors annulé pour objet illicite au regard de la loi locale, si les conditions subjectives de l'annulation sont remplies (67) ; sinon, son exécution au moins doit être réputée impossible comme se heurtant aux prohibitions de la loi du lieu d'exécution. Dans aucun cas par conséquent, l'exécution du contrat ne pourra être ordonnée.

Il y a là un argument technique en faveur de la classification ; parmi les règles de conduite étrangères dont le respect s'impose aux parties et au juge du for, de normes sanctionnées civilement, par la responsabilité délictuelle de celui qui les méconnaît (68). Mais surtout, on observera que tant dans les rapports entre contractants que dans les rapports entre les contractants et le tiers lésé, la même norme — la réglementation locale de la concurrence déloyale — joue en réalité un rôle de *datum*. D'un côté, elle fondera l'illicéité de l'objet du contrat ou du moins l'impossibilité de son exécution ; de l'autre, elle est également un *datum* qui établit la faute délictuelle au sens de la règle de décision applicable à la responsabilité civile des contractants. Cette règle de décision est, dans notre exemple, empruntée à la loi locale elle-même. Elle aurait pu l'être à une autre loi, par exemple à la loi du for (69). Le *datum*, lui, n'aurait pu provenir, même dans cette hypothèse, que de la réglementation locale de la concurrence.

(65) W. Wengler, *Internationales Privatrecht*, t. I, Berlin/New York, 1981, p. 582 et surtout « Die Gestaltung des internationalen Privatrechts der Schuldverträge unter allgemeinen Leitprinzipien », *RabelsZ* 1983. 215, 233-236.

(66) Wengler, *op. cit.*, *RabelsZ* 1983, p. 234. Si jamais la loi du contrat déclarait licites les contrats tendant à la commission d'un délit civil (hypothèse invraisemblable), l'ordre public du for pourrait intervenir : Wengler, p. 235.

(67) cf. *supra*, n° 238, spéc. note 70.

(68) Il existe bien entendu d'autres arguments — moins axés sur la technique pure du droit international privé (*supra*, n° 149).

(69) cf. *supra*, n° 261.

263. C'est là le rôle des normes contraignantes étrangères dans l'appréciation du comportement du débiteur. Nous compléterons notre discussion par un aperçu de la situation pour ainsi dire inverse : celle où c'est le *créancier* qui a fait l'objet d'une mesure de contrainte ; ou, plus précisément, celle où la contrainte étatique, intervenant dans les relations entre deux personnes privées, fait naître au profit de l'une d'elles une créance de réparation à l'égard de l'autre.

§ 2. — La contrainte étatique donnant lieu à une créance de réparation

264. Lorsqu'il s'agit de réparer, dans les rapports entre deux parties, les conséquences d'une intervention de la puissance publique étrangère, la norme étrangère en cause aura typiquement pris la forme la plus nette et concrète de la contrainte normative : celle d'une décision individuelle ayant frappé le demandeur en réparation. La raison en est sans doute qu'une décision étrangère frappant la personne ou les biens du demandeur aura ainsi produit un préjudice nettement caractérisé. Rien ne s'oppose certes à ce qu'une loi de police étrangère — telle la réglementation des changes — produise par elle-même un effet de fait analogue et donne donc lieu à des solutions juridiques analogues (70) ; mais ce n'est pas là, comme le montre l'observation de la pratique jurisprudentielle, la situation la plus caractéristique. Le cas normal est bien, ici, la prise en considération d'une *décision* — judiciaire ou administrative — étrangère ayant causé préjudice au demandeur et dont la charge définitive peut incomber au défendeur par application d'une règle de décision puisée dans le droit privé applicable aux rapports juridiques entre parties : obligation de garantie contre l'éviction, responsabilité civile, recours du *solvens* ayant payé la dette d'autrui ou enrichissement sans cause.

265. Première règle de décision par conséquent : l'**obligation de garantie contre l'éviction** — en droit français de la vente, l'article 1626 du Code civil. Il faut supposer un contrat de vente entre Français et soumis au droit français, mais portant sur un bien situé à l'étranger et dont l'acquéreur est évincé par une décision de l'autorité étrangère. Il faut supposer, en plus, que cette décision n'est pas un jugement étranger ayant reçu l'exequatur en France ; dans ce cas en effet, il posséderait en France l'autorité de chose jugée et pourrait ainsi produire des effets de droit (71) — or ce n'est pas l'effet de droit, mais l'effet de fait des décisions étrangères qui nous intéresse ici.

L'éviction d'un acquéreur par une décision étrangère non revêtue de l'exequatur est, aussi bien, un exemple-type d'effet de fait des jugements étrangers

(70) Pour un exemple, v. Colmar 27 juillet 1937, Rev. jur. Als. Lorr. 1937. 535 : un banquier escompteur est fondé, « en vertu de la clause tacite "sauf encaissement" », à contrepasser l'inscription au compte de son client du montant d'un effet de commerce libellé en francs français, mais payable en Italie, lorsque des mesures réglementaires nouvellement édictées en Italie rendent impraticable le rapatriement des fonds.

(71) V. sur ce point Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, 7^e éd., t. II, 1983, nos 735 et s.

(72). Que l'exequatur du jugement d'éviction n'est pas une condition nécessaire de sa prise en considération est établi depuis deux arrêts déjà anciens de la Cour de cassation, rendus l'un en 1826 (73) et l'autre en 1841 (74). Le premier de ces arrêts se borne à rejeter le moyen tiré du défaut d'exequatur en faisant observer que « le fait de l'éviction n'a pas été contesté devant les tribunaux français » ; le second mérite un examen plus attentif.

Le sieur Wenger, propriétaire d'une usine en Bavière qui fabriquait un produit chimique (« sel d'Epsom ou de Sedlitz ») à partir de minéraux extraits en vertu d'une concession du gouvernement bavarois, a vendu son usine avec sa concession aux époux Thiriet ; au moment où ceux-ci entendent revendre l'usine aux enchères, une opposition de l'ingénieur en chef des mines du gouvernement bavarois leur apprend que la concession qu'ils croyaient avoir acquise est expirée depuis longtemps, faute de renouvellement par l'ancien propriétaire. Ils assignent le sieur Wenger devant le tribunal de Metz en résolution de la vente. Le défendeur sollicite et obtient un délai pour se pourvoir devant les autorités bavaroises et obtenir d'elles, au profit des époux Thiriet, la confirmation de la concession qui n'est, selon lui, pas expirée ; subsidiairement, il demandera en Bavière l'octroi d'une nouvelle concession. Les deux demandes sont rejetées par l'autorité bavaroise compétente, la Chambre des finances de la régence du cercle du Rhin, dont la décision définitive intervient le 16 novembre 1830. Le sieur Wenger ne s'avouera pas pour autant vaincu ; devant le juge français, il continuera à plaider qu'en réalité, la concession vendue aux époux Thiriet était devenue définitive en vertu de la loi bavaroise et continuait d'exister. Certes, les décisions des autorités bavaroises ont « jugé que la concession était éteinte » ; mais ces décisions sont erronées, ont été rendues par des autorités incompétentes et procèdent même de l'arbitraire pur et simple.

Ce système de défense ne trouve pas grâce aux yeux de la Cour de Nancy, qui prononce la résolution de la vente par arrêt du 11 juillet 1839. Elle estime « que les actes de l'autorité administrative bavaroise constituent non seulement un trouble sérieux dans la jouissance de l'acquéreur, mais que l'arrêt du 16 novembre 1830 a tous les caractères de l'éviction ». Les griefs formulés par le défendeur ne sont pas fondés : la Cour considère « qu'il ne s'agit pas ici du fait arbitraire du prince ; mais de l'application par l'autorité administrative du pays de la loi sur la matière ; que Wenger était placé dans la nécessité ... de faire cesser le trouble, et qu'il n'a pu y parvenir » (75). Wenger se pourvoit en cassation. Il fait valoir de nouveau que les lois bavaroises ont été mal interprétées par l'autorité locale. « L'éviction soufferte par les époux Thiriet ne procédait donc pas d'un vice propre au titre que leur avait transmis leur vendeur, mais d'un fait de force majeure, d'un fait du prince, dont il n'était pas responsable et que conséquemment il ne pouvait être tenu de garantir ». Par ailleurs les actes administratifs bavarois — que le demandeur en cassation

(72) cf. les références doctrinales citées *supra*, n° 244.

(73) Civ. 12 décembre 1826, S. chron. 1825-1827. 1. 482 ; comp. déjà antérieurement, mais dans la jurisprudence des juges du fond, Paris 28 janvier 1822, *Jurispr. gén.*, v° *Droit civil*, n° 472.

(74) Req. 6 janvier 1841, S. 1841. 1. 24.

(75) Nancy 11 juillet 1839, *ibid.*, col. 26.

assimilé à des jugements — « n'ont aucune force en France, ils n'y sont pas exécutoires sans révision » : la Cour d'appel ne pouvait donc se référer à eux, et ce d'autant moins que les autorités bavaroises étaient incompétentes pour trancher « une question de propriété entre Français ». La Cour de cassation le suit sans discussion dans son assimilation des décisions bavaroises à des jugements (76), mais rejette son moyen :

« Considérant que la cause de l'éviction soufferte par les époux Thiriet est antérieure à la vente que leur a passée Wenger ;

Considérant qu'en supposant que les autorités bavaroises appelées à statuer sur la position de Wenger et de ses auteurs, se seraient trompées dans leur décision, ce serait à Wenger à supporter, en sa qualité de vendeur, les conséquences de leur erreur ; qu'en vain il prétexterait de leur incompétence, car il est constaté, en fait, que c'est lui qui les a saisies en vertu de deux jugemens rendus par le tribunal de Metz sur sa demande, et acquiescés par lui ; que d'ailleurs, le point préjudiciel tranché par les tribunaux de Bavière, n'était qu'un litige entre un Français et le domaine bavarois sur un immeuble sis en Bavière et régi par la loi de la situation ; que, dès lors, ce litige était du ressort des tribunaux bavarois ;

Considérant que, dans cet état, le demandeur ne peut nullement se prévaloir du principe que les jugemens rendus par les tribunaux étrangers ne peuvent être exécutés en France, sans connaissance de cause, car la question portée devant la Cour Royale roulait sur toute autre chose ; que la décision des juges bavarois a été exécutée sur des biens sis en Bavière ; que c'est là un fait accompli dont il ne s'agissait que de tirer les conséquences légales, en empêchant ce fait de rejaillir sur les époux Thiriet que Wenger a promis de garantir ».

L'arrêt illustre parfaitement l'effet de fait (ou de *datum*) que peut avoir une décision étrangère qui n'est pas exécutoire en France, mais dont l'exécution à l'étranger a causé préjudice, « fait accompli dont il ne s'agissait que de tirer les conséquences légales » par application de la règle de décision française appropriée. On rencontre certes, à ce propos, la difficulté soulevée par la doctrine qui critique la théorie de l'effet de fait des jugements telle que formulée par Martin : ce ne serait pas le jugement lui-même qui est pris en considération, mais « la situation de fait découlant de l'exécution du jugement étranger déjà réalisée à l'étranger, et qui constitue une réalité matérielle dont les juges français devront nécessairement tenir compte indépendamment de tout contrôle de la régularité internationale du jugement étranger » (77). Ces observations s'appliquent cependant plus exactement à certains exemples d'« effet de fait » imprudemment choisis par Martin (78) qu'à l'affaire de la concession minière bavaroise. Les juges y ont certes déduit l'existence d'une

(76) Cette assimilation peut paraître surprenante, mais il est vrai que la conception de la procédure administrative (contentieuse et non contentieuse) était en 1841 différente de ce qu'elle est aujourd'hui : cf. P. Landon, *Aux sources du recours pour excès de pouvoir : Essai historique*, 1942, n^{os} 16 et 71.

(77) D. Alexandre, « Les effets des jugements étrangers indépendants de l'exequatur », *Trav. Com.* fr. 1975-1977. 51, 56 ; comp., du même auteur, *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, 1970, n^{os} 138 et 139.

(78) cf. l'analyse de D. Alexandre, *Les pouvoirs ...*, n^o 138 et *supra*, n^o 244, note 6.

éviction de l'exécution des décisions étrangères (79), mais ils n'ont pas pour autant fait abstraction de la nature « juridictionnelle » des décisions fondant cette éviction.

Tout dépend, en fait, de la règle de décision applicable. Pour ce qui est de l'article 1626 du Code civil, il ne suffit pas d'établir une « réalité matérielle » : le vendeur n'est en effet garant ni de simples voies de fait émanant de tiers, ni même d'un fait du prince postérieur à la vente (80) ; c'est ce que rappelait le sieur Wenger dans son pourvoi en cassation. Si celui-ci a été rejeté, c'est que la Cour de cassation a estimé d'une part que « la cause de l'éviction ... est antérieure à la vente » (il y avait bien « vice propre au titre ») et, d'autre part, que la décision des autorités bavaroises, dont elle a pris soin de vérifier la compétence internationale, n'était pas le « fait arbitraire du prince » qu'y voyait le vendeur. Un certain contrôle de la régularité internationale du « jugement » a donc bien été effectué, et cela dans l'exacte mesure où il était requis en vue de l'application de l'article 1626 : pour donner lieu à garantie, la décision d'éviction peut certes être erronée, et la Cour de Nancy n'avait dès lors pas à réviser les décisions bavaroises au fond (81) ; mais une décision d'éviction ne peut pas être le pur caprice d'une autorité qui aurait de surcroît usurpé sa compétence internationale pour statuer sur la question. Si elles n'avaient été que jeux de prince, les décisions bavaroises auraient constitué un cas de force majeure postérieur à la vente, et n'auraient en rien engagé le vendeur : et c'est pourquoi la Cour de Nancy d'abord, la Cour de cassation ensuite ont procédé à leur égard à une espèce de contrôle minimum très différent de celui qu'aurait impliqué à l'époque l'octroi de l'exequatur aux décisions étrangères.

La distinction entre éviction proprement dite et fait du prince postérieur à la vente se retrouve d'ailleurs dans un ensemble de décisions rendues sous la Restauration à propos de l'éviction, par les anciens souverains eux-mêmes retournés dans leurs Etats, des acquéreurs d'immeubles vendus par les autorités d'occupation françaises : selon les circonstances (ou plutôt selon l'appréciation qui en a été faite), les tribunaux français y ont vu tantôt une cause étrangère n'engageant pas la responsabilité du gouvernement français (82), tantôt une simple « déclaration d'un droit préexistant » donnant lieu à garantie — au motif que l'illégitimité des actes de l'occupant français, que les juges de la Restauration se plaisaient à constater,

(79) Sauf à observer que cette exécution ne paraît pas avoir pris la forme d'actes matériels : il s'est agi d'une « opposition » de l'ingénieur en chef des mines et d'une attitude négative à l'égard des prétentions du sieur Wenger.

(80) v. J. Ghestin et B. Desché, *La vente* (coll. *Traité des contrats*, sous la dir. de J. Ghestin), 1990, n^{os} 792 et 794.

(81) L'exclusion de la révision au fond ne tenait donc pas à des considérations de droit international privé, mais à des considérations de pur droit matériel, d'ailleurs indépendantes de l'origine étrangère du « jugement » d'éviction ; pour la doctrine contemporaine, c'était même là l'apport essentiel de l'arrêt : cf. le sommaire de l'arrêt au *Sirey* (« L'erreur du juge qui aurait, à tort, prononcé l'éviction de l'acquéreur pour une cause antérieure à la vente, n'est pas un fait de force majeure postérieur au contrat », etc.) et la note, *ibid.*, qui rappelle la solution contraire du droit romain, reprise par Pothier. Sur cette dernière controverse, v. aussi *Jurispr. gén. Dalloz*, v^o *Vente* (t. XLIII, 1858), n^o 822, qui cite également l'arrêt du 6 janvier 1841 comme ayant résolu la question.

(82) C.E. 8 mai 1822, *Petit, Rec.*, p. 444 ; 22 juin 1825, *Collot, Rec.*, p. 346.

constituait un vice du titre transmis (83). Ou alors — mais c'est là aussi l'application d'une règle de décision française, puisque la garantie contre l'éviction peut faire l'objet de dérogations conventionnelles — il fut décidé qu'une éviction avait bien eu lieu, mais sans qu'elle puisse obliger le vendeur à garantie : les circonstances étaient telles que l'illégitimité des actes des autorités françaises ne pouvait échapper à l'acquéreur, qui avait assumé le risque d'une éviction (84).

Des principes analogues peuvent être appliqués, comme le montre la jurisprudence, pour apprécier la responsabilité de vendeurs d'objets mobiliers placés sous séquestre à l'étranger (85), de valeurs mobilières (86), de devises (87), ou encore celle du cédant d'une créance (88).

266. La réglementation de la responsabilité civile est un deuxième ensemble de règles de décision qui peuvent permettre, dans certains cas, de rétablir l'équilibre rompu par une intervention des autorités publiques étrangères. La situation-type est celle où l'inobservation d'un devoir extracontractuel ou contractuel — donc une faute du défendeur — a provoqué un acte de puissance publique atteignant le demandeur dans sa personne ou ses biens. L'hypothèse d'une responsabilité sans faute sera, dans ce contexte, marginale (89).

(83) Req. 14 avril 1830, *Jurispr. gén.*, v° *Vente*, n° 813 (ordonnance de l'électeur de Hesse du 18 janvier 1814 annulant « toutes les aliénations et allodifications de fiefs appartenant à sa maison électorale », faites par Jérôme Bonaparte, ci-devant roi de Westphalie ; demande en garantie d'un sous-acquéreur de l'un de ces immeubles contre l'acquéreur).

(84) Paris 31 mai 1816, *Jurispr. gén.*, v° *Vente*, n° 885 (vente de biens ecclésiastiques en Espagne par le gouvernement de Joseph Bonaparte, acte dont l'arrêt relève « la bassesse et la perversité », suivie de la revente à un tiers : pas d'action en garantie suite à l'annulation de cette opération par « sa majesté catholique ») ; Paris 19 juin 1818, *ibid.*, n° 860, confirmé par Req. 7 avril 1819, *ibid.*, n° 814 (donation d'une maison par Joachim Murat, roi de Naples, à son médecin, suivie de la revente par le médecin à un tiers : pas d'action en garantie suite à une ordonnance du roi Ferdinand IV annulant les donations de son prédécesseur).

(85) Colmar 9 août 1842, confirmé sur ce point par Civ. 28 janvier 1846, *Jurispr. gén.*, v° *Vente*, n° 853.

(86) V. en jurisprudence allemande : RG 10 décembre 1924, RGZ 109. 295 (titres « bloqués » à l'étranger).

(87) Colmar 9 décembre 1938, Rev. jur. Als. Lorr. 1939. 207, note Simon : sauf clause de non-garantie, le vendeur de « marks intérieurs » doit garantir en cas de saisie de ceux-ci par l'autorité allemande, cette éviction ayant sa cause dans l'inobservation du contrôle des changes allemand par le vendeur.

(88) BGH 11 juillet 1963, NJW 1963. 1971 (créance mise sous séquestre, comme bien ennemi, en Afrique du Sud).

(89) V. cep. C.E. 16 juin 1989, *Pantalonì*, Rec., p. 143, qui a traité de la responsabilité sans faute de l'Etat français à l'égard d'un individu qui avait, lors de l'accession à l'indépendance des Nouvelles-Hébrides/République du Vanuatu, pris sur lui la charge d'évacuer par voie de mer des résidents français dont la sécurité lui paraissait menacée. L'arrêt décide que l'intéressé, qui « n'avait été ni requis, ni même invité par une autorité de l'Etat français à intervenir de cette manière dans une situation politique complexe » et dont l'intervention n'avait pas été indispensable, n'avait pas la qualité de collaborateur occasionnel du service public ; il ne pouvait donc prétendre à la réparation, par l'Etat, des conséquences de la saisie de son navire par « les forces maritimes d'une puissance agissant pour le compte de la République du Vanuatu ».

Nous avons déjà eu l'occasion de rencontrer des exemples de responsabilité pour le préjudice subi du fait de l'intervention d'une puissance publique étrangère. D'un côté, nous avons vu que la jurisprudence affirme, à la charge des professionnels, l'existence d'un devoir de respect des réglementations locales afin d'éviter, précisément, qu'un cocontractant ou un tiers ne subisse la sanction de leur inobservation ; c'est sur ce fondement qu'un banquier par exemple peut être déclaré responsable de la saisie et confiscation de sommes transférées en violation du contrôle des changes étranger (90). Dans pareil cas, les autorités étrangères et les tribunaux du for seront d'accord (même si ce sera, le cas échéant, pour des motifs légèrement différents) sur le caractère fautif des agissements du défendeur. Il en va différemment dans une autre hypothèse : celle où le défendeur s'est rendu coupable, aux yeux du juge, d'un excès de zèle à l'égard des autorités étrangères. Nous en connaissons un exemple : la jurisprudence française qui estimait, au lendemain de la première guerre mondiale, qu'un Alsacien-Lorrain qui avait, hors toute contrainte, dénoncé aux autorités allemandes les sentiments francophiles d'un compatriote engageait ainsi sa responsabilité délictuelle et devait réparer le préjudice subi par la victime, punie par les Allemands (91). Des cas de dénonciation entre Français au cours de la seconde guerre mondiale ont eux aussi été considérés comme illicites et comme obligeant leurs auteurs à réparer les conséquences de l'intervention des autorités d'occupation (92). Il peut en aller de même dans un contexte de guerre froide : le *Bundesgerichtshof* a en 1963 jugé fautive une indiscretion par laquelle une Allemande de l'Ouest, créancière impatiente d'un habitant de la « zone d'occupation soviétique », avait révélé aux autorités publiques de la « zone » la détention d'avoirs à l'Ouest par son débiteur ; ce débiteur ayant été, selon l'arrêt, injustement puni pour violation des lois confiscatoires de son pays, son préjudice moral et matériel devait être réparé par le créancier indiscret (93).

Des situations analogues peuvent exister en temps de paix : indéclicatesse entre époux comme cet épisode de l'affaire *Patiño* dans lequel la Cour de Paris condamna M^{me} Patiño à payer à son mari 20 millions de francs de dommages-intérêts pour l'avoir fait arrêter à New York pour non-paiement de pension alimentaire — alors qu'elle s'était engagée, par télégramme, à « suspendre à New York toute procédure pendant les dix jours que son mari se proposait de passer dans cette ville » (94). Violation du secret professionnel aussi : comme on le sait, les services français des douanes ont parfois réussi à se procurer, moyennant paiement, des fichiers de clients français que des employés de banques étrangères s'étaient chargés de soustraire et de leur transmettre. Cette pratique a en définitive été jugée illicite par les tribunaux

(90) V. *supra*, n° 260 et la jurisprudence citée en note 36, spéc. Com. 26 avril 1984, Bull. civ. IV, n° 135.

(91) V. *supra*, n° 62.

(92) Trib. civ. Albi 22 mai 1946, Gaz. Pal. 1946. 2. 253 ; Montpellier 30 juillet 1946 et Trib. civ. Bourg 30 avril 1946, Gaz. Pal. 1946. 2. 180 ; Trib. civ. Strasbourg 3 juin 1947, Rev. jur. Als. Lorr. 1947. 276, note Degand.

(93) BGH 17 décembre 1963, NJW 1964. 650

(94) Paris 1^{er} juillet 1959, J.C.P. 1959. II. 11215.

français eux-mêmes (95) ; elle l'était à plus forte raison au regard de la législation des pays étrangers en question, tant du point de vue pénal (96) que du point de vue civil, dans des procès entre les banques (contractuellement responsables du fait de leurs préposés infidèles) et des clients français qui avaient dû se résigner à payer des amendes transactionnelles aux services douaniers (97).

Et c'est une double violation du secret professionnel qui est à l'origine de l'étonnante affaire helvético-communautaire *Adams* : Adams, employé de l'entreprise suisse Hoffmann-La Roche, révèle à la Commission des Communautés européennes certaines pratiques anticoncurrentielles de son employeur ; la Commission inflige à Hoffmann-La Roche une amende, décision confirmée par la Cour de justice (98) ; en même temps, Adams, lui-même victime d'indiscrétions de la part de certains agents de la Commission, est identifié comme auteur de fuites et mis en détention préventive en Suisse, puis libéré sous caution et condamné par contumace à une peine d'emprisonnement pour espionnage économique (99). Il réclame à la Commission la réparation de son préjudice. Celle-ci consent, entre autres, à lui rembourser le montant de la caution qu'il a dû verser en Suisse et qui a été confisquée. Adams saisit ensuite la Cour de justice d'un recours en responsabilité extracontractuelle qui est déclaré fondé en son principe : l'article 214 du traité CEE prévoit à la charge des agents communautaires une obligation au secret professionnel, et il leur appartenait de protéger l'anonymat d'un informateur dont ils avaient accepté les informations (100).

(95) Paris 26 avril 1990, J.C.P. 1991. II. 21704, 1^{re} esp., note Pannier : statuant sur l'affaire dite des « fichiers de l'U.B.S. », l'arrêt constate l'irrégularité de poursuites fondées sur des preuves obtenues par des « moyens frauduleux commis au préjudice d'une personne privée et en méconnaissance de la souveraineté et de l'ordre public d'un Etat étranger » (la décision de la Cour de Paris a été confirmée par Crim. 28 octobre 1991, J.C.P. 1992. II. 21952, note Pannier ; l'arrêt de la Cour de cassation ne mentionne plus l'atteinte portée aux intérêts étatiques suisses). V. aussi Chambéry 30 mai 1990, *ibid.*, 2^e esp., confirmé par Crim. 3 avril 1991, Gaz. Pal. 1992. I. 335, note Pannier ; D. 1992 Somm. 41, obs. Pannier.

(96) cf., dans la même affaire des « fichiers de l'U.B.S. », mais du côté suisse, l'arrêt de la Cour de cassation pénale : TF 6 février 1985, ATF 111 IV 74.

(97) V., toujours dans la même affaire, TF 14 février 1989, ATF 115 II 72, 74 ; comp., dans une affaire en tous points similaire, Trib. arr. Luxembourg 12 juillet 1989, Droit et Banque 15 (1990) 68.

(98) C.J.C.E. 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission*, aff. 85/76, Rec. p. 461 : la requérante avait d'abord soulevé un moyen de nullité tiré de cette irrégularité dans l'obtention des preuves par la Commission, mais a ensuite renoncé à son moyen, que la Cour n'a pas cru devoir examiner d'office : Rec., p. 510-511.

(99) cf. TF 3 mai 1978, ATF 104 IV 175. Cet arrêt de la Cour de cassation pénale relève, en conclusion (p. 185), qu'étant donné qu'Adams savait que la Suisse n'est pas membre de la CEE, il est sans importance que la Commission ait pu être, au regard du droit communautaire, compétente pour connaître des pratiques restrictives dénoncées. Adams devait être conscient de ce que ses actes étaient illégaux en Suisse.

(100) C.J.C.E. 7 novembre 1985, *Adams/Commission*, aff. 145/83, Rec., p. 3539, qui met toutefois 50 % de la responsabilité à la charge de la victime, Adams ayant par son imprudence contribué à la découverte de son identité. Sur le remboursement volontaire, par la Commission, de la caution payée en Suisse, v. *ibid.* p. 3581. Un passage laconique du rapport d'audience (Rec., p. 3563) nous apprend encore que « par télex du 14 mars 1980, le requérant a informé la Commission qu'il avait besoin d'argent. Le 29 mai 1980, la Commission a remis au requérant un chèque d'un montant de 50 millions de lires ». — V.

La constatation de la faute du défendeur ne paraît constituer, on l'aura remarqué, aucune difficulté particulière pour les tribunaux. Il n'est pas certain qu'il en va de même pour ce qui est de la détermination du préjudice réparable. La réparation intégrale se conçoit certes aisément lorsque le demandeur en réparation a été la victime innocente de la fraude ou même de l'imprudence du défendeur, auquel incombait l'obligation de respecter la réglementation étrangère afin d'éviter que ne se produise l'incident qui s'est en fait produit (101). Mais si le défendeur n'a fait que révéler aux autorités étrangères, fût-ce par une indiscrétion fautive, un comportement considéré comme illégal par la loi étrangère ? Le demandeur peut-il toujours obtenir, dans ce cas-là, réparation de ce qui aura été — au moins au regard du droit étranger — une juste sanction ?

Deux principes pourraient être invoqués à l'encontre de pareille demande en dommages-intérêts. Il y a d'abord l'exigence d'un intérêt légitime comme condition de l'action en justice : selon certains, l'atteinte — même fautive — à une situation illégitime ne donne, en droit français, pas lieu à réparation (102), et il n'est pas inconcevable d'appliquer cette règle, si elle existe, à la dénonciation fautive d'une infraction commise à l'étranger (103). Mais il peut paraître préférable de faire appel à un autre principe, mieux assis celui-là : le principe de la personnalité des peines. En droit interne, ce principe interdit pour des raisons d'ordre public de faire supporter par un tiers la charge de condamnations pénales prononcées contre le demandeur (104) ; rien ne s'oppose à ce qu'il soit étendu à des condamnations régulièrement prononcées à l'étranger ; la Cour de cassation a eu l'occasion, aussi bien, d'énoncer à propos d'une amende douanière italienne qu'« il est de principe que les peines sont personnelles et que les condamnés qui les ont encourues ne peuvent s'en faire exonérer par des recours en garantie » (105). C'est également par référence à ce principe que le Tribunal fédéral suisse a décidé, dans l'affaire du vol de fichiers bancaires commandité par les services douaniers français, que la banque — pourtant déclarée responsable du fait de ses préposés — ne pouvait être condamnée à rembourser à son client le montant de l'amende transactionnelle payée (106). L'arrêt réserve la question de savoir si le principe de la personnalité des

aussi l'arrêt rendu le même jour en l'aff. 53/84, Rec., p. 3596, qui rejette une demande additionnelle d'Adams en réparation du préjudice que lui aurait causé la Commission « en omettant de faire respecter par la Suisse ... les dispositions de l'accord de libre-échange conclu entre la Communauté et la Suisse ».

(101) C'est l'hypothèse discutée *supra*, n° 260.

(102) Y. Chartier, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, 1983, n° 10 ; comp. G. Viney, *La responsabilité : conditions (Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, t. IV)*, 1982, n° 274, *contra* : Ph. Le Tourneau, *La règle « Nemo auditur ... »*, 1970, n° 41 et s., et du même auteur « Contrats et obligations — Règle « Nemo auditur ... » », *Juriscl. civil*, App. art. 1131 à 1133, n° 40.

(103) Comp. Trib. arr. Luxembourg 12 juillet 1989, précit. (*supra*, note 97, et cf. *infra*, note 106).

(104) cf. Paris 1^{er} décembre 1988, Gaz. Pal. 1989. 2. 864, note de Guardia, arrêt qui s'est fondé notamment sur ce principe pour rejeter la demande en réparation d'un client de la banque Paribas, condamné pour constitution illégale d'avoirs en Suisse, qui reprochait à son banquier d'avoir manqué à son devoir de conseil en lui conseillant de transférer des fonds à la succursale genevoise de la banque. L'arrêt ne manque pas de souligner la gravité de la faute commise par la banque.

(105) Civ. 22 novembre 1898, J.D.I. 1899. 136, concl. Desjardins ; il s'agit d'un *obiter dictum*.

(106) TF 14 février 1989, précit. — Le jugement, précité, du Tribunal de Luxembourg du 12 juillet 1989 condamne au contraire la banque à rembourser à son client le montant de l'amende transactionnelle

peines s'oppose également à l'indemnisation d'un éventuel préjudice purement moral ; la réserve laisse peut-être entrevoir une solution de compromis.

Mais l'application du principe de la personnalité des peines suppose que la décision pénale étrangère, prise en considération par le juge civil, puisse être assimilée, pour les besoins de la cause, à une décision pénale du for ayant prononcé une juste peine pour un comportement répréhensible. Dans l'ordre interne, l'autorité de chose jugée du jugement pénal permettra normalement de présumer irréfragablement la légitimité de la condamnation (107). Cette présomption irréfragable ne saurait toutefois être étendue à des décisions répressives étrangères. Par conséquent, lorsque la condamnation étrangère heurte l'ordre public du for, le principe de la personnalité des peines n'a plus à jouer : le dénonciateur reste, conformément à la règle de droit commun, pleinement responsable de toutes les conséquences de ses actes. C'est ainsi que peut se justifier la condamnation des dénonciateurs des temps d'occupation étrangère et de guerre froide à réparer l'intégralité du préjudice subi par les victimes de leurs agissements (108).

267. L'intervention perturbatrice des pouvoirs publics étrangers peut — troisième situation à envisager — avoir consisté à contraindre le demandeur à un **paiement dont la charge définitive doit incomber, dans les relations entre parties, au défendeur.** La règle de décision permettant de rétablir l'équilibre variera selon le cas : recours, fondé sur les règles du mandat, d'un mandataire chargé du dédouanement de marchandises en remboursement de droits de douane étrangers dont le mandant est débiteur, mais dont le mandataire a dû faire l'avance (109) ; clause contractuelle relative à la charge des impositions pouvant frapper les marchandises expédiées ou transportées (110) ; recours entre associés en

versée aux services douaniers français — mais au motif, difficilement justifiable, que le contrôle des changes français serait contraire à l'ordre public du for.

(107) Il ne peut en aller différemment que dans des circonstances exceptionnelles, qui se sont retrouvées en droit allemand après la chute du régime national-socialiste : BGH 25 mai 1955, BGHZ 17. 327, qui admet qu'en 1944 la dénonciation d'une infraction politique à la Gestapo constituait une faute, et que nonobstant le principe de la personnalité des peines, une peine d'emprisonnement prononcée par une juridiction répressive d'exception (le *Volksgerichtshof*) peut constituer un préjudice réparable — à condition que la condamnation ait été objectivement injuste ...

(108) V. sur ce point le raisonnement, particulièrement explicite, de BGH 17 décembre 1963, précit. (*supra*, note 93). — Comp., en jurisprudence fiscale allemande, BFH 31 juillet 1991, BFHE 165. 260 : alors que le droit commun allemand exclut la déductibilité fiscale d'amendes pénales même encourues dans le cadre d'une activité imposable (la culpabilité, et la peine, sont en effet réputées exclusivement attachées à la personne du condamné), une condamnation pénale arbitraire, contraire à l'ordre public du for, prononcée par un tribunal polonais peut correspondre à un risque inhérent à l'activité de l'entreprise en Pologne et donner lieu à déduction fiscale — au même titre que les conséquences pécuniaires d'un accident du travail.

(109) Civ. 22 novembre 1898, J.D.I. 1899. 136, concl. Desjardins ; comp. (mais à propos d'une situation particulière, qui n'est pas sans analogie avec les hypothèses discutées *supra*, n° 266) Colmar 16 février 1937, R. 1937. 685, note Batiffol ; D.P. 1939. 2. 25, note Silz.

(110) cf. le « litige national fictif » ayant conduit à un arrêt de non-lieu à statuer sur une question préjudicielle : C.J.C.E. 11 mars 1980, *Foglia/Novello*, aff. 104/79, Rec., p. 745 ; *adde* C.J.C.E. 16 décembre 1981, *Foglia/Novello*, aff. 244/80, Rec., p. 3045 (la clause contractuelle en question excluait, à dessein, le remboursement des impositions contraires au traité CEE — afin de pouvoir obtenir, au cours

contribution aux pertes sociales — la perte ayant consisté en un paiement forcé à l'étranger (111) ; recours entre cohéritiers en contribution à la charge de droits de succession payés par l'un d'eux aux autorités fiscales du domicile du *de cujus* (112) ; recours entre communes françaises, codébitrices solidaires d'une contribution de guerre imposée par l'autorité militaire allemande (113).

Il paraît difficile de contester le bienfondé de ces solutions du point de vue de la justice entre personnes privées. Elles sont une expression du principe fondamental que celui qui a payé une dette qui est en tout ou en partie la dette d'autrui doit disposer à l'encontre de celui-ci d'un recours en contribution — principe qui peut se combiner, au besoin, avec une idée que personne ne songerait à contester dans les situations juridiques internes : sauf convention ou usage commercial contraire, la charge définitive d'un impôt doit incomber, dans les relations entre parties, à celui qui en est redevable selon la loi fiscale (114). La jurisprudence que nous venons de citer ne fait que transposer — dans un souci, précisément, de justice entre personnes privées — ces solutions à l'ordre international et au paiement d'impôts (ou autres contributions forcées) étrangers.

Cette transposition ne risque-t-elle pas, toutefois, de se heurter à des considérations de droit public que l'on exprimait autrefois par l'idée de « stricte territorialité » des lois fiscales étrangères et qui tiennent, en substance, à l'impossibilité pour l'Etat étranger d'obtenir le concours des tribunaux du for dans la mise en oeuvre de ses prérogatives de puissance publique ? (115) Un arrêt de la Cour de cassation de 1928 a effectivement cru pouvoir assimiler le recours en contribution entre codébiteurs privés à une mise en oeuvre indirecte de prérogatives fiscales étrangères ; il rejette l'argumentation que le demandeur, qui avait dû payer

d'un procès arrangé devant le juge italien, une condamnation du régime français de taxation des vins de liqueur. — Pour un autre exemple de clause relative à la charge des droits de douane (destinée à être stipulée, cette fois-ci, dans un but purement commercial), v., dans les *Incoterms 1990* de la C.C.I. (Publication n° 460), p. ex. le point A6 du terme « DDP » (« Rendu droits acquittés »).

(111) BGH 26 septembre 1966, IPRspr. 1966-1967, n° 14.

(112) LG Dortmund 13 août 1976, NJW 1977. 2035.

(113) Civ. 22 janvier 1877, D.P. 1877. 1. 321.

(114) Com. 28 février 1989, Bull. civ. IV, n° 74 ; Civ. 1^{re} 21 mai 1990, Bull. civ. I, n° 119 ; v. pour l'usage commercial mettant la taxe sur la valeur ajoutée à la charge de l'acquéreur : Com. 19 janvier 1981, Gaz. Pal. 1981. 2. *Pan. jur.* 216 ; comp. Civ. 1^{re} 15 janvier 1991, Bull. civ. I, n° 20.

(115) Sur ce principe, v. Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, t. I, 8^e éd., 1993, n° 248, p. 418, F. Rigaux, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, 1977, p. 171 et s. ; F.A. Mann, « Conflict of Laws and Public Law », R.C.A.D.I. 1971-I. 107, 166 et s., et du même auteur « The International Enforcement of Public Rights », *Further Studies in International Law*, Oxford, 1990, p. 355 et s., également « L'exécution internationale des droits publics », R. 1988. 1 et « Zu den öffentlich-rechtlichen Ansprüchen ausländischer Staaten », *Festschrift Gerhard Kegel*, Stuttgart/Berlin/Cologne/Mayence, 1987, p. 365 et s. ; G. van Hecke, « Droit public et conflits de lois », *Trav. Com. fr.* 1983-1984. 225, et la jurisprudence citée par ces auteurs ; *adde* Civ. 1^{re} 2 mai 1990, *République du Guatemala*, J.D.I. 1991. 137, 1^{re} esp. ; R. 1991. 378, note Audit ; Ancel et Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 2^e éd., 1992, n° 73. Le recouvrement d'impôts étrangers est possible, en revanche, par la voie de l'entraide administrative internationale : v. G. Gest et G. Tixier, *Droit fiscal international*, 2^e éd., 1990, n° 509 et s.

l'intégralité d'une dette fiscale allemande incombant pour moitié au défendeur, tirait de la notion d'enrichissement sans cause :

« Mais attendu que les lois fiscales sont strictement territoriales ; que l'administration française ne peut poursuivre devant les tribunaux étrangers le recouvrement des taxes qui lui sont dues sur le territoire français, et que les administrations étrangères ne peuvent poursuivre devant les tribunaux français le recouvrement des impôts qui leur sont dus sur leur territoire ; que, s'agissant dans l'espèce du recouvrement d'une taxe instituée par le gouvernement allemand, ces règles doivent recevoir leur application ; que le pourvoi n'est donc pas fondé » (116).

« S'agissant dans l'espèce du recouvrement d'une taxe instituée par le gouvernement allemand » : l'assimilation est, en réalité, indéfendable. A l'égard du gouvernement allemand, la dette fiscale était définitivement éteinte par le paiement fait par l'un des codébiteurs ; l'Etat étranger n'avait aucun intérêt à agir en recouvrement en France et ne le faisait pas. Les considérations de droit public de la Cour de cassation répondent-elles vraiment à une argumentation de droit privé qui se fondait, comme le résume l'arrêt, sur « les règles de l'action *de in rem verso*, admises par le droit français » et sur le fait que « cette action fondée sur l'équité défend de s'enrichir aux dépens d'autrui » ? Il est permis d'en douter : la « stricte territorialité » des lois fiscales, ou ses avatars modernes, peuvent certes garder toute leur valeur lorsqu'il s'agit d'une demande en recouvrement introduite par l'Etat étranger lui-même, mais ils ne devraient pas être au centre des préoccupations du juge lorsque le paiement, à l'étranger, de la dette d'autrui est un fait accompli et qu'il ne s'agit plus que d'en déterminer, au mieux des intérêts purement privés qui restent en cause, les conséquences dans les rapports entre codébiteurs (117). Un litige entre personnes privées est, tout simplement, étranger aux objectifs interétatiques poursuivis par la règle interdisant à l'Etat étranger de mettre en oeuvre devant les tribunaux du for ses prérogatives de droit public (118) ; et du point de vue du droit privé, aucune raison de principe ne s'oppose à la recevabilité de l'action en remboursement (119).

(116) Civ. 3 juillet 1928, S. 1928. 1. 356, et une note anonyme qui explique que l'admission de l'action *de in rem verso* « aurait abouti à permettre indirectement, ce qui était impossible directement, le recouvrement en France d'un impôt créé par l'autorité allemande ».

(117) V. sur ce point BGH 26 septembre 1966, précit., p. 54 : « *vorgegebene Tatsache* ».

(118) cf. F.A. Mann, *op. cit.*, *supra*, note 115, qui fait observer (cf. p. ex. R. 1988. 1, 18) que « le droit revendiqué est un droit public seulement si le demandeur est un Etat ou une autorité publique ou encore si le demandeur est une personne privée agissant dans l'intérêt ou pour le compte de l'Etat », et qu'il s'ensuit qu'une action en remboursement des montants avancés par une personne privée à titre d'impôts n'est pas irrecevable. *A contrario*, l'action en remboursement peut être déclarée irrecevable si le demandeur est une émanation de l'Etat étranger, le recouvrement étant dans ce cas poursuivi, *en substance*, directement pour le compte de l'Etat étranger : OLG Hambourg 25 novembre 1959, IPRspr. 1958-1959, n° 61, p. 243.

(119) Un arrêt de la Cour Suprême du Liechtenstein de 1987, dont la motivation est particulièrement fouillée et complexe, a cependant nié, dans un litige entre personnes privées en remboursement d'impôts allemands payés, l'existence même d'un enrichissement sans cause du cocontractant du *solvens* : FL OGH 31 mars 1987, IPRax 1990. 409, avec obs. Wengler (« Regreßansprüche wegen gezahlter Steuern vor den Zivilgerichten eines anderen Staates ») p. 415.

Dans un arrêt plus récent, la Cour de cassation l'a elle-même vu ainsi : elle a jugé que si la propriétaire d'un fonds de commerce en Algérie, codébitrice solidaire d'impôts avec l'exploitant du fonds, avait été « contrainte de payer les dettes de celui-ci sous peine d'être poursuivie sur les biens composant son propre patrimoine », elle était fondée à poursuivre, « en application des obligations contractuelles liant les parties », « le remboursement des sommes qu'elle avait dû payer à ce titre » (120). La Cour a répondu ainsi par des considérations de droit privé à un pourvoi qui invoquait l'impossibilité de recouvrer en France des impôts algériens. On ne peut que l'en approuver.

Retenons donc que dans les rapports juridiques entre personnes privées, des considérations de territorialité des prérogatives fiscales étrangères ne devraient pas faire obstacle à l'application d'une règle de décision appropriée aux relations entre parties et permettant de faire supporter la charge définitive de l'impôt à celui qui en est le redevable réel (121). La même idée directrice peut sans doute servir de référence lorsqu'il s'agit de l'épineux problème des retenues à la source d'impôts étrangers dans les paiements internationaux (122).

(120) Civ. 1^{re} 21 janvier 1975, R. 1977. 120, note Couchez.

(121) V. aussi, affirmant la validité du cautionnement d'une dette fiscale étrangère et confirmant (au moins implicitement) le principe du recours de la caution contre le débiteur : Civ. 1^{re} 13 décembre 1972, Bull. civ. I, n° 287. — Une question qui ne paraît pas encore avoir vraiment reçu l'attention des tribunaux est celle de savoir si, en cas d'abus de ses prérogatives fiscales par l'Etat étranger (imposition discriminatoire ou confiscatoire), il peut toujours être fait référence au « redevable réel », selon la loi fiscale, de cette dette : il pourrait être soutenu, nous semble-t-il, que dans pareil cas l'imposition subie à l'étranger est un pur cas de force majeure devant rester à la charge du *solvens* ; v., par analogie, la jurisprudence en matière d'éviction subie à l'étranger : *supra*, n° 265. Mais tout dépend de la règle de décision applicable, qui peut mettre les pertes fortuites à la charge du défendeur, ou prévoir un partage des pertes, même fortuites. Comp. Civ. 14 avril 1934, S. 1935. 1. 201, note Niboyet, arrêt qui décide, dans un litige entre particuliers, que « le caractère rétroactif d'une loi fiscale étrangère ne saurait être invoqué devant les tribunaux français à l'encontre des nationaux français » ; la portée de cet arrêt est très incertaine (cf. les observations critiques de Niboyet, *ibid.*).

(122) La Cour de cassation a admis la déduction d'une retenue à la source sur salaires marocaine, le lieu de paiement étant le Maroc : Soc. 11 février 1970, Bull. civ. V, n° 98, rejetant un moyen de cassation tiré « de la violation du principe de la territorialité et de la personnalité de l'impôt et de l'article 1134 du Code civil » ; v. déjà Req. 5 mai 1924, J.D.I. 1925. 133 (admettant la déduction d'une retenue à la source espagnole) ; comp. Trib. com. Seine 20 janvier 1869, D.P. 1869. 3. 53, confirmé sur ce point, par adoption de motifs, par Paris 2 mars 1870, D.P. 1870. 2. 107, admettant la déduction par la Compagnie des chemins de fer romains d'une retenue à la source italienne sur les intérêts payés à des obligataires français, au motif que « la compagnie défenderesse ne peut se soustraire à l'exécution de cette loi, dont la stricte observation est une condition même de son existence » : appel à la notion de force majeure qui n'est pas vraiment convaincant, un fait du prince purement financier restant normalement à la charge du débiteur (*supra*, n°s 190 et s.). — La jurisprudence anglaise a eu l'occasion de décider, quant à elle, que lorsqu'un contrat est régi par le droit anglais, une retenue à la source prévue par une loi étrangère — inapplicable au contrat — n'empêche pas le créancier de demander le paiement de l'intégralité des sommes qui lui sont dues conformément à la loi du contrat : *Indian and General Investment Trust, Ltd. v. Borax Consolidated, Ltd.* [1920] 1 K.B. 539 ; *adde Spiller v. Turner* [1897] 1 Ch. 911 ; *London and South American Investment Trust, Ltd. v. British Tobacco Co. (Australia) Ltd.* [1927] 1 Ch. 107 et comp. *Keiner v. Keiner* [1952] 1 All E.R. 643. Mais le débiteur ne pourrait-il opposer en compensation sa propre créance de remboursement de la somme représentant la dette fiscale du créancier, qu'il a payée dans le cadre du mécanisme de retenue à la source, mais dont la charge

268. Il faut enfin signaler ici une question souvent discutée, qui a elle aussi trait à la réparation, par le juge du for, des conséquences de l'intervention d'une autorité publique étrangère, mais qui est essentiellement une question de conflits de juridictions plutôt que de droit matériel : le juge du for peut-il « corriger » les effets de fait d'un jugement étranger non reconnu au for et condamner celui qui en a obtenu à l'étranger le prononcé et l'exécution à restituer tout ou partie des avantages ainsi reçus ? La règle de décision matérielle que le demandeur pourrait invoquer serait là encore l'institution de l'enrichissement sans cause — ou parfois, si un comportement procédural répréhensible devant le juge étranger peut être reproché au défendeur, la responsabilité civile pour faute. Mais l'élément essentiel du succès de pareille action en répétition serait bien la non-reconnaissance du jugement étranger ayant préalablement déterminé — dans un sens ou par une procédure considérés comme inacceptables au for — les droits des parties. C'est ainsi, en particulier, que se caractériserait l'absence de juste cause de l'enrichissement du défendeur, bénéficiaire du jugement étranger.

En France, la doctrine, et une jurisprudence à la vérité peu claire, sont en général hostiles à la recevabilité de la demande en répétition de sommes reçues en vertu d'un jugement étranger non reconnu (123). Martin déjà pensait que même si un jugement étranger peut apparaître en France comme un fait, il « ne saurait y être discuté à fin d'allocation de dommages-intérêts au perdant, considéré en France comme injustement condamné à l'étranger » (124) : la loi française n'est, selon lui, pas compétente pour corriger les résultats d'une procédure menée à l'étranger ; et, surtout, il y va de « l'expression judiciaire, et pas seulement juridictionnelle, de l'indépendance des souverainetés » (125). La référence à l'indépendance des souverainetés a cependant, avouons-le, dans ce contexte quelque chose de mythique (126).

A côté de cet appel à des considérations interétatiques qui ne se caractérisent pas ici par leur rigueur et leur pertinence juridique, il y a des considérations pratiques. L'objectif de stabilité des situations acquises en fait partie. Comme l'a souligné Franciscakis, à propos de l'affaire *Patiño*, si l'on permettait trop aisément au demandeur de faire redresser en France et « dans le sens des règles françaises de

définitive doit incomber au créancier ? — La question est, à la vérité, fréquemment résolue par des clauses contractuelles qui imposent la charge de la retenue à la source au débiteur : pour les différentes formes de clauses (spéc. *grossing-up clauses* et *tax indemnity clauses*), v. Ph. Wood, *Law and Practice of International Finance*, Londres, 1980, p. 287 et s. ; comp. R. Tennekoon, *The Law and Regulation of International Finance*, Londres/Dublin/Edimbourg, 1991, p. 79-80.

(123) V. les opinions doctrinales citées *infra* ainsi que Ph. Franciscakis et H.-J. Lucas, *Rép. Dalloz Droit international*, v^o *Jugement étranger (matières civile et commerciale)*, n^o 26 ; P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, 1973, n^{os} 215 et s. ; mais v. *contra* H. Muir Watt, « Effets en France des décisions étrangères — Contenu de l'efficacité internationale », *Jurisl. Int.*, fasc. 584-6, n^o 6.

(124) E. Martin, « Le jugement étranger considéré comme un fait », J.D.I. 1924. 857, 870.

(125) E. Martin, *Principes de droit international privé*, t. I, 1930, § 195.

(126) La même observation vaut à propos de la jurisprudence qui estime que par respect pour la souveraineté étrangère, l'abus de voies d'exécution à l'étranger ne peut pas être sanctionné, en France, par l'allocation de dommages-intérêts : cf. *supra*, n^o 117, note 45.

conflits de lois » ce qui a été jugé à l'étranger, rien n'empêcherait le défendeur, après avoir exécuté le jugement français, de saisir à son tour le juge étranger afin de faire corriger le résultat de l'intervention du juge français : « La discorde du ménage Patiño fluierait ainsi et refluerait vers la France comme la marée océane. Et dans ce flot migrateur, grossi à chaque fois des frais de justice, pourraient bien finalement s'engloutir les biens des deux époux » (127). Pour le moins, en concluait-il, faut-il affirmer « que les situations acquises en vertu d'une règle étrangère de conflit de lois alors qu'elles ne présentaient aucune attache juridique avec la France ne peuvent être remises en cause devant les tribunaux français » (128). Il n'en reste pas moins que selon Franciscakis lui-même, la correction par le système de droit international privé du for des résultats de l'application d'un système étranger n'est pas inconcevable (129).

Et effectivement, l'intervention du juge du for pour ordonner la réparation des conséquences d'un jugement étranger doit pouvoir se justifier dans certains cas. Il en va ainsi lorsque le jugement étranger a été obtenu par fraude : dans ce cas, la faute commise par celui qui l'a obtenu est établie ; le préjudice subi par le demandeur l'est également, si du moins aucune voie de recours ne peut être utilement exercée à l'étranger ; enfin l'autorité de chose jugée de la décision étrangère ne peut faire obstacle à la demande en réparation, puisqu'un jugement étranger obtenu par fraude n'est pas reconnu en France (130). Toutes les conditions de la responsabilité civile sont donc réunies, et la réparation peut être ordonnée (131). Dans d'autres cas, c'est l'idée d'enrichissement sans cause qui peut se greffer sur la non-reconnaissance du jugement étranger, motivée par des raisons d'ordre public suffisamment impérieuses pour prévaloir sur le souci de la stabilité des situations acquises à l'étranger. Le principal exemple jurisprudentiel (132) en est le droit des procédures collectives de règlement du passif : si une procédure collective est ouverte au for, un créancier qui obtient par une voie d'exécution à l'étranger un paiement à son seul profit peut ainsi avoir bénéficié, aux yeux du juge du for, d'un avantage injustifié qu'il conviendra de redresser (133).

(127) note sous Paris 7 juillet 1954, R. 1954. 552, 562.

(128) *ibid.*, p. 571.

(129) *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, 1958, n^o 64, citant l'exemple de la loi du 14 juillet 1819 (prélèvement successoral) ; comp. dans l'affaire *Royal Dutch* sa note sous Civ. 1^{re} 25 janvier 1966, R. 1966. 238, 258.

(130) cf. Batiffol et Lagarde, t. II, n^o 727, qui soulignent le rôle de l'ordre public dans la non-reconnaissance des jugements obtenus par fraude.

(131) V. en jurisprudence italienne Cass. Turin 18 décembre 1911, J.D.I. 1912. 1258 ; comp. *Ellerman Lines, Ltd. v. Read* [1928] 2 K.B. 144, C.A.

(132) Il existe un spectaculaire (et controversé) exemple en législation anglaise, l'article 6 de la loi de blocage dite *Protection of Trading Interests Act 1980* (c.11) qui prévoit au profit des défendeurs britanniques et assimiles le droit d'obtenir la restitution partielle de dommages-intérêts « multiples », dans la mesure où ils excèdent à titre de peine privée le montant du préjudice, payés en vertu d'un jugement rendu par un tribunal étranger (en fait : américain) exerçant une compétence extraterritoriale censée exorbitante : v. A.V. Lowe, « Blocking Extraterritorial Jurisdiction : The British Protection of Trading Interests Act, 1980 », 75 A.J.I.L. 257, 277-280 (1981).

(133) V. très clairement BGH 13 juillet 1983, BGHZ 88. 147, qui applique la notion d'enrichissement sans cause ; *adde* Ch. Valensi, *Rép. Lapradelle-Niboyet*, v^o *Faillite* (t. VIII, 1930), n^{os}

M. Wengler a appelé « effet correcteur de l'ordre public » (134) cette intervention du système de droit international privé du for pour redresser les effets de fait d'un jugement étranger. L'expression, qui en souligne bien le caractère exceptionnel, semble appropriée.

*

269. Quel que soit l'intérêt théorique (ou même, dans certains cas, pratique) de cette dernière question, elle ne relève pas à proprement parler de notre propos. S'il est vrai qu'elle fait intervenir l'effet de fait d'une décision étrangère et une règle de décision matérielle — l'idée d'enrichissement sans cause —, la véritable solution du problème n'est guère influencée par les conditions d'application des principes de l'enrichissement sans cause tels qu'ils ont été développés par le droit civil ; la solution réside, au contraire, tout entière dans l'équilibre à trouver entre différents intérêts de droit international privé. C'est ce qui distingue cette question de celles que nous avons discutées avant elle : l'influence de règles ou principes appartenant au seul droit matériel y est réelle et même clairement dominante, qu'il s'agisse de l'effet libératoire du fait du prince étranger, de la nullité pour objet illicite des contrats tendant à la violation d'une loi étrangère, de la distinction entre éviction donnant lieu à garantie et fait du prince postérieur à la vente, de la responsabilité civile pour préjudice subi du fait de l'intervention de la puissance publique étrangère ou même des recours entre codébiteurs d'une contribution imposée par un Etat étranger.

Dans ces hypothèses, des considérations de droit international privé — tenant, en général, à la légitimité au regard de l'ordre public du for de l'action des autorités étrangères — peuvent intervenir parfois, mais pas toujours. L'utilité que peut avoir une vérification de la légitimité de ces interventions étatiques ne dépend pas du système de droit international privé du for, mais des besoins propres de l'application de la règle de décision concernée. Ainsi, un acte illégitime pouvant être un cas de force majeure (135), la violation de l'ordre public du for n'est pas de nature à affecter dans un sens ou dans l'autre la libération du débiteur d'une obligation. En revanche, l'ordre public a son importance en matière d'éviction de l'acquéreur d'un bien situé à l'étranger : une décision d'éviction purement arbitraire serait, en raison même de son incompatibilité avec les conceptions que se fait l'ordre juridique du for

512-539 ; Loussouarn et Bredin, *Droit du commerce international*, 1969, n° 561, p. 802 (système du « rapport ») ; Cheshire and North, *Private International Law*, 12^e éd., Londres, 1992, p. 908-911 ; Ph. Smart, *Cross-Border Insolvency*, Londres, 1991, p. 193 et s. (« *disgorging assets recovered abroad* »). Pour un exemple analogue (mais peut-être plus contestable, dans la mesure où il ne s'agissait pas d'une procédure de faillite ou assimilée, mais d'une simple voie d'exécution à l'étranger n'ayant pas respecté l'ordre des privilèges du droit allemand), v. BGH 6 juillet 1961, BGHZ 35. 267.

(134) « *Korrigierender ordre public* » : W. Wengler, *Internationales Privatrecht*, t. I, Berlin/New York, 1981, p. 107 ; comp., du même auteur, « Die Gestaltung des internationalen Privatrechts der Schuldverträge unter allgemeinen Leitprinzipien », *RebelsZ* 1983. 215, 253-254.

(135) V. *supra*, n° 184, la citation de Trib. com. Nancy 30 mai 1913, *Gaz. Pal.* 1913. 2. 127.

de la protection due au droit de propriété, considérée comme un cas de force majeure n'engageant pas le vendeur (136). Inversement, un dénonciateur ne sera déclaré civilement responsable des conséquences pécuniaires d'une condamnation pénale, subie par sa victime, que si cette condamnation apparaît comme suffisamment injuste — et donc contraire aux conceptions fondamentales de l'ordre juridique du for — pour pouvoir constituer un élément de préjudice réparable (137).

De même, des considérations de droit public, de respect dû à la souveraineté de l'Etat étranger concerné ou à celle de l'Etat du for, peuvent être prises en compte — mais à condition qu'elles soient compatibles avec les exigences de justice matérielle qui s'expriment dans la règle de décision applicable (138). Cette compatibilité existe s'il s'agit d'annuler pour illicéité un contrat de contrebande : le contrôle de la licéité des contrats peut précisément avoir pour objet leur contrôle par rapport à des principes de droit public. Elle n'existe plus lorsque, dans un litige entre codébiteurs d'une dette fiscale étrangère, le principe interdisant aux Etats étrangers de poursuivre au for le recouvrement judiciaire de leurs impôts prend le pas sur les besoins de la justice entre personnes privées — besoins qui animent, par exemple, l'action *de in rem verso* (139).

Deux constatations fondamentales auront été faites, en tout cas, lors de l'examen de toutes ces questions. La première est que même lorsque la loi applicable à un rapport de droit a été définitivement désignée, les règles de décision du droit matériel applicable — qui seront typiquement celles du for — s'avèreront en général remarquablement adaptées à la prise en considération non seulement d'événements qui se déroulent à l'étranger (140), mais encore d'événements fortement teintés par un contexte de contrainte ou au moins de réglementation étatique, le plus souvent administrative. La seconde constatation est celle-ci : sans demander au juge de sacrifier sans nécessité un intérêt légitime (privé ou étatique) en cause, la méthode de la prise en considération des normes contraignantes

(136) *Supra*, n° 265.

(137) *Supra*, n° 266.

(138) Ce qui peut parfaitement être le cas, étant donné le caractère « ouvert » des notions de droit matériel dans le cadre desquelles se fait normalement la prise en considération : *supra*, n° 252.

(139) cf. l'arrêt du 3 juillet 1928 cité *supra*, n° 267.

(140) Pour des réflexions d'ordre général sur la question de savoir dans quelle mesure certaines notions de droit privé matériel visent (ou, au contraire, excluent parfois) des situations localisées à l'étranger, v. M. Ferid, « Im Ausland erfüllte Tatbestandsmerkmale inländischer Sachnormen », *GRURInt* 1973. 472. La question a certaines affinités avec le problème de la *substitution* : cf. H. Lewald, « Règles générales des conflits de lois — Contribution à la technique du droit international privé », *R.C.A.D.I.* 1939-III. 1, 130-136 ; F. Vischer, *Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalen Privatrecht*, Bâle, 1953, p. 44 et s. ; F. Rigaux, *La théorie des qualifications en droit international privé*, Bruxelles, 1956, n°s 295 et s. ; S. Hug, *Die Substitution im internationalen Privatrecht*, Munich, 1983 ; Holleaux, Foyer et de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, 1987, n°s 620 et s. ; J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1990, § 33 ; H.-P. Mansel, « Substitution im deutschen Zwangsvollstreckungsrecht », *Festschrift Werner Lorenz*, Tübingen, 1991, p. 689 et s. — Comp., en droit pénal international, D. Oehler, « Strafrechtlicher Schutz ausländischer Rechtsgüter, insbesondere bei Rückenden, in der Bundesrepublik Deutschland », *JR* 1980. 485 ; E. Schlüchter, « Zur teleologischen Reduktion des Territorialitätsprinzips », *Festschrift Dietrich Oehler*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, 1985, p. 307 et s.

étrangères lui permet de résoudre le litige à partir de règles générales, créées par les traditions du droit interne mais transposables à l'ordre international, qui n'exigent pas de lui qu'il procède à propos de chaque cas particulier, *de novo*, à un exercice individuel d'évaluation et de comparaison des intérêts en présence (141).

Ce sont là, nous semble-t-il, des avantages notables de la technique de prise en considération des normes contraignantes étrangères dans le cadre de l'application des règles de décision matérielles — des avantages qu'il conviendra d'avoir présents à l'esprit lorsqu'il s'agit de vérifier, à travers une comparaison avec des techniques différentes, que cette technique peut, tout compte fait, être considérée comme adéquate.

(141) Dans le contexte des cas de prise en considération que nous avons discutés, un exercice d'évaluation de ce type est préconisé, il est vrai, par la jurisprudence allemande en matière de licéité des contrats tendant à la violation de lois étrangères (cf. *supra*, n° 237 et note 52). Même en cette matière, il ne correspond toutefois pas à la pratique dominante et ne paraît pas nécessaire, l'exception d'ordre public, maniée sans excès, pouvant suffire pour écarter au besoin la prise en considération de la loi étrangère violée (*ibid.*).

CHAPITRE II

LA PRISE EN CONSIDÉRATION, TECHNIQUE ADÉQUATE

270. Les résultats de l'application de la technique de prise en considération aux normes contraignantes étrangères sont, nous croyons l'avoir montré, satisfaisants en eux-mêmes. Ce n'est pas rien, mais ce n'est pas tout ; il faut encore comparer ces résultats avec ceux des techniques alternatives qui peuvent exister. Il en existe deux : la théorie de l'*Act of State*, qui a été développée pour l'essentiel par la jurisprudence américaine, et la théorie de l'application des lois de police étrangères par rattachement spécial, qui est pour l'essentiel l'oeuvre de représentants de la doctrine internationaliste européenne. Nous reviendrons à chacune de ces techniques ; mais auparavant, un rappel de l'arrière-plan méthodologique de la prise en considération des normes contraignantes étrangères peut utilement servir d'introduction à cette comparaison des techniques et des méthodes.

La prise en considération des normes étrangères, spécialement des lois de police, des règles de conduite, trouve sa justification — nous l'avons vu (1) — dans la reconnaissance, par le juge, de ce que certaines normes, bien qu'elles ne fassent pas partie de l'ordre juridique désigné par le système de conflits du for, ont néanmoins une vocation résiduelle à régir la situation dont le juge est saisi. En pratique, dès lors, des normes étrangères seront considérées comme « inapplicables », et par conséquent simplement prises en considération, soit parce que le système de conflits du for déclare systématiquement applicable la seule loi du for — c'est le cas, normalement, en matière pénale ou administrative (2) — ; soit parce que le système du for, tout en admettant la possibilité de l'application d'une loi étrangère, écarte en l'espèce néanmoins, pour une raison ou pour une autre, l'application de la norme étrangère en question. C'est en matière contractuelle que cette dernière hypothèse présente l'intérêt le plus réel, et c'est en matière contractuelle aussi que la concurrence des différentes techniques de prise en compte des normes contraignantes étrangères s'exprime le plus nettement.

(1) V. *supra*, n° 251.

(2) cf. *supra*, n° 3.

En matière contractuelle, la technique de prise en considération des lois de police étrangères ne se rencontre pas à l'état isolé, mais est un complément nécessaire de la méthode bilatéraliste classique, celle de la soumission des contrats à la loi d'autonomie (3). Le principe sur lequel repose cette méthode est connu : sous réserve de l'application des lois de police du for, la *lex contractus* seule est applicable aux questions ayant trait à la substance des obligations contractuelles ; pour ce qui est des lois de police étrangères, leur régime dépend donc étroitement de la question de savoir si elles font partie de la *lex contractus* ou non (4).

La *lex contractus* peut être la loi étrangère même qui édicte la disposition contraignante invoquée ; dans ce cas, la compétence de la loi du contrat s'étend à toutes les dispositions de cette loi, y compris celles qui peuvent relever des différents types de lois de police. Du moins est-ce là la position actuellement dominante — et, en France, la position du droit positif — depuis l'abandon de la théorie de la « stricte territorialité » des lois de droit public étrangères. Cet abandon a été marqué en doctrine par la résolution de l'Institut de Droit International sur « l'application du droit public étranger » de 1975 (5), et en jurisprudence française par les arrêts *Royal Dutch* de la Cour de cassation (6). En le tenant pour acquis, il faut admettre — et la Cour de cassation l'a effectivement jugé — qu'un contrat peut être annulé par application des règles de la *lex contractus* sur le contrôle des changes (7) ou par application d'une loi relative au monopole de l'Etat sur le commerce

(3) Les travaux doctrinaux fondamentaux consacrés à l'analyse de la méthode de prise en considération des lois de police étrangères dans le cadre de l'application de la *lex contractus* (en terminologie allemande : « *Schuldstatustheorie* » ou « *Vertragsstatutsmethode* ») sont ceux de F. Vischer, *Internationales Vertragsrecht*, Berne, 1962, p. 188 et s. ; F.A. Mann, « Eingriffsgesetze und internationales Privatrecht », *Festschrift Eduard Wahl*, Heidelberg, 1973, p. 139 et s., et « Sonderanknüpfung und zwingendes Recht im internationalen Privatrecht », *Festschrift Günther Heitzke*, Berlin/New York, 1979, p. 607 et s. ; A. Heini, « Die Anwendung wirtschaftlicher Zwangsmaßnahmen im internationalen Privatrecht », *BerGesVR* 22 (1982) 37 ; v. aussi, p. ex., K. Kreuzer, *Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Gerichten*, Heidelberg, 1986, p. 55 et s. ; R. Radtke, « Schuldstatut und Eingriffsrecht », *ZVglRWiss* 84 (1985) 325 ; M. Schubert, « Internationale Verträge und Eingriffsrecht — ein Beitrag zur Methode des Wirtschaftskollisionsrechts », *RIW* 1987. 729.

(4) Cette différence de régime a été critiquée (cf. *infra*, n° 306, note 103), mais ne paraît pas indéfendable (*ibid.*).

(5) « Le caractère public attribué à une disposition du droit étranger désigné par la règle de conflit de lois ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition, sous la réserve fondamentale de l'ordre public » : *Annuaire*, vol. 56 (Session de Wiesbaden 1975), Bâle, 1975, p. 550. — V. aussi, de la part du rapporteur à l'Institut, P. Lalive, « Le droit public étranger et le droit international privé », *Trav. Com. fr.* 1973-1975. 218.

(6) Civ. 1^{re} 25 janvier 1966 et 17 octobre 1972 : cf. *supra*, n° 6. Que l'arrêt de 1966 a marqué une véritable rupture avec les conceptions antérieurement admises en matière de « lois politiques » est parfaitement illustré par les notes de MM. Lousouarn (D. 1966. 391) et Bredin (J.D.I. 1966. 631) sous l'arrêt, qui critiquent précisément l'effet extraterritorial qu'il donne aux arrêtés néerlandais faisant partie de la *lex societatis*.

(7) Civ. 1^{re} 16 février 1973, J.D.I. 1975. 66, 1^{re} esp., note Audit ; v. aussi T.G.I. Paris 8 mars 1985, D. 1985 I.R. 346, 1^{re} esp., obs. Vasseur ; D. 1985 I.R. 500, 1^{re} esp., note Audit. Mais v., pour des survivances tardives de l'idée de « stricte territorialité » en matière de contrôle des changes, Civ. 1^{re} 16 octobre 1967, D. 1968. 445, note Mezger ; Paris 3 mars 1970, J.C.P. 1970. II. 16330, concl. Bamicaud. — Pour l'application de la réglementation des changes de la *lex contractus* en jurisprudence anglaise, v. not. *Kahler v. Midland Bank* [1950] A.C. 24.

extérieur (8). Dans ces cas (9), les prohibitions du droit public étranger sont appliquées, non prises en considération : leur sanction civile — la nullité du contrat — est en effet puisée dans la loi étrangère elle-même (10). La raison pour laquelle il en va ainsi est, précisément, la plénitude de compétence reconnue à la loi applicable. Mais lorsque la *lex contractus* est la loi du for (ou la loi d'un Etat tiers), les lois étrangères à l'ordre juridique ainsi désigné sont — selon la méthode bilatéraliste classique — inapplicables au contrat, même si elles sont des lois de police et sont considérées, par les autorités de l'Etat qui les a édictées, comme étant d'application immédiate ou nécessaire. Il ne s'ensuit pas qu'aucun effet ne sera donné à ces dispositions par le juge ; simplement, elles seront le cas échéant prises en considération — par exemple comme fait du prince obstacle à l'exécution d'une obligation résultant du contrat, ou comme loi de police dont les parties ne pouvaient projeter la violation sans entacher leur contrat de nullité pour objet illicite —, mais non appliquées en ce sens que les sanctions civiles de leur méconnaissance seraient fournies au juge par la loi étrangère méconnue elle-même. Les conditions et les effets de leur prise en considération dépendront, au contraire, de la règle de décision applicable.

C'est par rapport à ce système que se définissent les deux techniques alternatives auxquelles nous devons le confronter : dans la théorie de l'*Act of State*, il s'agit de la construction d'une méthode dont le seul contenu réel est le respect absolu dû à certains actes de souveraineté étrangers (Sect. I) ; dans la théorie de l'application des lois de police étrangères par rattachement spécial, il s'agit de l'accueil par le for, sous certaines conditions, de la volonté d'application immédiate des lois de police étrangères (Sect. II).

(8) Civ. 1^{re} 25 octobre 1989, R. 1990. 732, note Courbe ; J.D.I. 1992. 113, note Ferry.

(9) V. aussi, dans la pratique arbitrale, pour l'application d'une loi de police de la *lex contractus* espagnole (contrôle administratif des contrats de transfert de technologie), conduisant à l'invalidité partielle des accords entre parties, la sentence C.C.I. rendue en 1990 dans l'affaire n° 6142, J.D.I. 1990. 1039, obs. Derains.

(10) cf. *supra*, n° 244, sur la distinction entre application et prise en considération des normes étrangères, vue sous cet angle.

SECTION I

UNE TECHNIQUE ALTERNATIVE : LA THÉORIE DE L'ACT OF STATE

271. La théorie de l'*Act of State* — la *Act of State Doctrine* — est, dans sa forme pure, une création de la jurisprudence américaine. Mais à sa base se trouve un problème qui n'a rien de spécifique aux Etats-Unis : le problème de l'attitude à adopter par le juge à l'égard d'actes de souveraineté étrangers qui interviennent, de manière incidente, dans la situation litigieuse dont il est saisi. Dans cette mesure, les solutions de la jurisprudence américaine pourraient trouver leur équivalent dans la pratique judiciaire d'autres pays. Si l'on cherche, en particulier, à rapprocher les solutions admises aux Etats-Unis de celles de la jurisprudence française, la terminologie employée pourrait, à première vue, encourager le rapprochement : la notion d'*Act of State* a été traduite par « fait du Prince » (1), notion bien française ; on pourrait aussi songer à la rapprocher de la notion d'« acte de gouvernement » du droit interne français et à voir si cette notion ne se retrouve pas, d'une manière analogue à la pratique américaine, dans la jurisprudence française relative aux actes des Etats étrangers.

Une comparaison de la jurisprudence américaine (§ 1) avec la jurisprudence française (§ 2) montrera qu'il n'en est rien — ou, du moins, qu'il devrait n'en être rien.

§ 1. — La théorie de l'*Act of State* dans la jurisprudence américaine

272. La théorie américaine de l'*Act of State* est le plus souvent associée avec le problème de la reconnaissance des expropriations étrangères, et la jurisprudence en matière d'expropriation a effectivement joué un rôle important dans le développement de la théorie par les tribunaux (A). Mais le domaine de la théorie dépasse notablement la question des expropriations ; elle exerce également une influence indéniablement perturbatrice sur la question qui nous occupe ici : celle des effets d'une intervention étatique sur les obligations de droit privé (B). Ce double examen de jurisprudence nous permettra de formuler quelques observations sur le rôle que la théorie de l'*Act of State* peut avoir dans le système juridique qui l'a développée (C).

(1) cf. K. Lipstein, obs. au J.D.I. 1988. 1092 (chronique de jurisprudence britannique).

A. — LE DÉVELOPPEMENT DE LA THÉORIE DE L'ACT OF STATE

273. La *Act of State Doctrine*, telle qu'elle a été développée par la Cour Suprême des Etats-Unis à partir de 1897 (2), constitue un prolongement de tendances antérieures dont les origines, plus ou moins lointaines, se situent en jurisprudence anglaise : il était admis, depuis le XVII^e siècle, que certaines questions, certaines « *matters of state* », touchaient de si près aux relations entre Etats souverains qu'elles n'étaient pas justiciables des tribunaux ; il s'agissait essentiellement d'actes du gouvernement anglais dans la conduite des relations extérieures, mais il pouvait s'agir également d'actes d'un gouvernement étranger (3). L'immunité des actes des gouvernements étrangers ne s'identifiait apparemment pas, dans cette pratique, à l'immunité de juridiction *ratione personae* des Etats ou chefs d'Etat étrangers eux-mêmes ; dans l'arrêt de la Chambre des Lords qui affirma, en 1848, le principe de l'immunité de juridiction des souverains étrangers (4), certains *dicta* avaient laissé entendre que les tribunaux anglais ne pouvaient d'une manière générale pas connaître de la « validité d'un acte de souveraineté » étranger, même lorsque le défendeur était une personne privée (5).

Cette notion d'immunité *ratione materiae* des actes de souveraineté étrangers fut consacrée solennellement, en jurisprudence américaine, par la Cour Suprême dans l'affaire *Underhill v. Hernandez*. Il s'agissait d'une demande en dommages-

(2) cf. les arrêts cités *infra*. Sur la théorie de l'*Act of State*, v. d'une manière générale : American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul, 1965, §§ 41-43 et *Restatement of the Law Third, Foreign Relations Law of the United States*, vol. I, St. Paul, 1987, §§ 443-444 ; M. Zander, « The Act of State Doctrine », 53 A.J.I.L. 826 (1959) ; L. Henkin, « Act of State Today : Recollections in Tranquility », 6 Colum. J. Transnat'l L. 175 (1967) ; M. Halberstam, « Sabbatino Resurrected : The Act of State Doctrine in the Revised Restatement of U.S. Foreign Relations Law », 79 A.J.I.L. 68 (1985) ; J. Dellapenna, « Deciphering the Act of State Doctrine », 35 Vill. L. Rev. 1 (1990) ; T. Hill, « Sovereign Immunity and the Act of State Doctrine », RabalsZ 1982. 118 ; J. Combacau, « La doctrine de l'« Act of State » aux Etats-Unis : Développements récents », R.G.D.I.P. 1973. 35 ; P. Herzog, « La théorie de l'Act of State dans le droit des Etats-Unis », R. 1982. 617.

(3) Pour un aperçu de cette jurisprudence (d'autant plus empirique, à l'époque, qu'elle venait de succéder à la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire du gouvernement royal de soustraire des litiges à la connaissance des tribunaux), cf. W. Holdsworth, « The History of Acts of State in English Law », 41 Colum. L. Rev. 1313, 1314-1322 (1941). — Dans l'affaire *Blad v. Bamfield* (1674) 3 Swans. 604 ; 36 E.R. 992, le Chancelier décida d'interdire la poursuite d'une action en responsabilité civile introduite par des marchands anglais contre un Danois qui avait, avec l'autorisation du Roi du Danemark, saisi en Islande des biens appartenant à ces marchands : ceux-ci ayant fait plaider que la saisie était contraire aux stipulations d'un traité de paix conclu avec le Danemark, le Chancelier y vit « a case of state » et ajouta : « to send it to a trial at law, where either the Court must pretend to judge of the validity of the king's letters patent in Denmark, or of the exposition and meaning of the articles of peace ; or that a common jury should try whether the English have a right to trade in Iceland, is monstrous and absurd » (p. 607).

(4) *Duke of Brunswick v. King of Hanover*, 2 H.L. Cas. 1 ; 9 E.R. 993 ; v. aussi, en première instance, (1845) 6 Beav. 1 ; 49 E.R. 724. La question de l'immunité de juridiction était à l'époque controversée, en Angleterre comme ailleurs : cf. en jurisprudence française Civ. 22 janvier 1849, D.P. 1849. 1. 5 ; S. 1849. 1. 81, et la discussion *ibid.*, col. 81-94.

(5) V. spéc. p. 26-27, *per* Lord Campbell : « it would equally have been a matter of state ».

intérêts formée par un citoyen américain contre un général vénézuélien, commandant d'une armée révolutionnaire, qui l'avait temporairement mis en résidence surveillée et lui avait refusé le passeport nécessaire pour quitter le territoire de la ville sur laquelle le général exerçait son autorité. Les révolutionnaires, victorieux, ayant été reconnus comme gouvernement légitime du Venezuela par les Etats-Unis, la Cour Suprême a estimé que du fait de cette reconnaissance, qui avait un effet rétroactif, les actes du défendeur devaient être considérés comme actes du gouvernement du Venezuela, insusceptibles d'être contestés devant le juge américain. Comme l'exprime le passage introductif de son arrêt — que les tribunaux américains continuent de citer dans les affaires d'*Act of State* — cette solution lui a paru se déduire du respect dû à la souveraineté étrangère ; la réparation des dommages subis par un citoyen américain du fait des actes d'un Etat étranger ne peut, selon elle, être poursuivie que par voie intergouvernementale :

« Every sovereign state is bound to respect the independence of every other sovereign state, and the courts of one country will not sit in judgment on the acts of the government of another done within its own territory. Redress of grievances by reason of such acts must be obtained through the means open to be availed of by sovereign powers as between themselves » (6).

Dans l'affaire *Underhill v. Hernandez*, le défendeur était sinon l'Etat étranger lui-même, du moins l'un de ses fonctionnaires. Des arrêts ultérieurs ont étendu son principal enseignement — l'impossibilité de contester utilement, devant les tribunaux américains, la licéité d'un acte de souveraineté étranger — à des litiges entre personnes privées, y compris à des litiges entre citoyens américains. Il a été jugé qu'une entreprise américaine ne peut être condamnée à réparation pour avoir incité le gouvernement du Costa Rica à exproprier la plantation d'un concurrent (7) ; et aussi qu'un citoyen ne peut revendiquer, entre les mains d'un autre Américain qui les avait acquis, des biens dont un commandant militaire mexicain l'aurait, par une réquisition illicite, dépouillé au Mexique :

« The principle that the conduct of one independent government cannot be successfully questioned in the courts of another is as applicable to a case involving the title to property brought within the custody of a court, such as we have here, as it was held to be to the cases cited, in which claims for damages were based upon acts done in a foreign country ; for it rests at last upon the highest considerations of international comity and expediency. To permit the validity of the acts of one sovereign state to be re-examined

(6) *Underhill v. Hernandez*, 168 U.S. 250, 252 (1897). L'arrêt ne cite aucune référence à l'appui de ce principe ; l'arrêt d'appel, qu'il confirme, s'était fondé notamment sur l'arrêt *Duke of Brunswick* de la Chambre des Lords : *Underhill v. Hernandez*, 65 Fed. 577, 579-580 (2d Cir. 1895). — Pour des traces de la théorie de l'*Act of State* dans la jurisprudence américaine antérieure à l'affaire *Underhill*, v. not. *Ware v. Hylton*, 3 Dall. (3 U.S.) 199, 231 (1796) ; *The Santissima Trinidad*, 7 Wheat. (20 U.S.) 283, 336 (1822).

(7) *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909) ; il est douteux si cette solution correspond encore au droit positif : cf. *supra*, n° 212, note 48 et *infra*, n° 281. L'arrêt *American Banana* réserve l'hypothèse où les gouvernants étrangers seraient de simples « instruments » agissant sur instructions du défendeur américain, mais il note : « *But of course it is not alleged that Costa Rica stands in that relation to the United Fruit Company* » (p. 358-359).

and perhaps condemned by the courts of another would very certainly "imperil the amicable relations between governments and vex the peace of nations" » (8).

274. La théorie de l'*Act of State* a reçu ainsi, de la Cour Suprême, ses contours essentiels lorsque surgissent, devant les tribunaux américains, des litiges ayant trait aux nationalisations soviétiques d'abord et aux confiscations nazies ensuite. Aucune de ces mesures n'est de nature à être considérée avec bienveillance par les juges ; et pourtant, dès la reconnaissance du régime soviétique par le gouvernement des Etats-Unis, les décisions des gouvernants soviétiques cesseront d'être assimilées aux actes d'une bande d'hors-la-loi (9) et bénéficieront d'une présomption irréfragable de légitimité (10). La même présomption sera étendue, au cours des années 1930, à des confiscations allemandes dont la motivation raciale ou politique était évidente (11).

Le point culminant de cette jurisprudence a été atteint en 1947 avec l'affaire *Bernstein*. L'affaire concernait une demande en dommages-intérêts formée à New York par l'ancien propriétaire d'une entreprise de transports maritimes allemande, la « ligne Arnold Bernstein », contre une société anonyme belge qui avait en 1937 acquis l'un des navires du demandeur après confiscation de son entreprise par des fonctionnaires nazis. Selon le demandeur, cette société belge savait pertinemment, au moment de l'acquisition, dans quelles circonstances le demandeur avait été dessaisi de ses navires : les nazis l'avaient emprisonné à Hambourg jusqu'à ce qu'il consente à signer les actes de transfert nécessaires. L'arrêt d'appel (12) constate certes que les agissements des fonctionnaires en question — intervenus avant la promulgation des lois confiscatoires allemandes — étaient probablement illégaux au regard du droit allemand lui-même, et qu'en raison de leur caractère odieux, ils sont très certainement contraires aux conceptions fondamentales du droit américain. Il constate également que les actes de persécution nazis viennent d'être déclarés criminels par le Tribunal de Nuremberg. Et pourtant, estiment les juges, ce n'est pas à eux qu'il appartient de tirer les conséquences légales de ces constatations : la théorie de l'*Act of State* le leur interdit. Les actes des fonctionnaires nazis ne peuvent être utilement contestés devant un tribunal américain ; c'est au pouvoir exécutif, seul responsable de la politique étrangère, qu'incombe le règlement de la question des réparations pouvant être dues aux victimes de spoliations. La demande formée par Arnold Bernstein contre la société défenderesse ne peut, en cet état, qu'être rejetée. Que ce résultat était très éloigné de l'idée de justice entre particuliers n'a échappé à personne ; l'auteur de la motivation de l'arrêt, le juge Learned Hand

(8) *Oetjen v. Central Leather Co.*, 246 U.S. 297, 303-304 (1918). L'arrêt ajoute : « *The remedy of the former owner ... must be found in the courts of Mexico or through the diplomatic agencies of the political departments of our government* » (p. 304). V. aussi l'arrêt *Ricaud v. American Metal Co.*, 246 U.S. 304 (1918), décidé le même jour à propos d'une situation de fait similaire.

(9) cf. *Sokoloff v. National City Bank of New York*, 145 N.E. 917 (N.Y. 1924), cité *supra*, n° 192.

(10) V. p. ex. *Dougherty v. Equitable Life Assurance Society of United States*, 193 N.E. 897 (N.Y. 1934) ; *United States v. Belmont*, 301 U.S. 324 (1937) ; comp. *United States v. Pink*, 315 U.S. 203 (1942).

(11) *Holzer v. Deutsche Reichsbahngesellschaft*, 14 N.E.2d 798 (N.Y. 1938) ; v. aussi *Kleve v. Basler Lebens-Versicherungs-Gesellschaft in Basel*, 45 N.Y.S.2d 882 (Sup. Ct. 1943).

(12) *Bernstein v. Van Heyghen Frères Société Anonyme*, 163 F.2d 246 (2d Cir. 1947).

— grand internationaliste —, en était évidemment conscient : l'arrêt souligne que le résultat n'est pas dû à une imperfection du système new-yorkais de conflits de lois, puisque l'exception d'ordre public aurait en principe pu justifier une condamnation des actes des fonctionnaires nazis ... si la théorie fédérale de l'*Act of State* n'interdisait pas cette intervention correctrice de l'ordre public du for (13).

Mais le gouvernement américain lui-même avait compris qu'une prise de position de sa part pouvait amener les tribunaux à modifier leur attitude à l'égard des actes du régime nazi. Dans le cadre d'un litige opposant le même demandeur, Arnold Bernstein, à une société néerlandaise accusée d'avoir aidé les nazis à vendre des valeurs mobilières ayant appartenu au demandeur, le Département d'Etat fit publier en 1949 une lettre qui soulignait que le gouvernement, quant à lui, ne voyait aucun inconvénient à ce que les tribunaux se prononcent sur la validité des actes de fonctionnaires nazis :

« The policy of the Executive ... is to relieve American courts from any restraint upon the exercise of their jurisdiction to pass upon the validity of the acts of Nazi officials » (14).

Au vu de cette intervention du gouvernement, Bernstein fut autorisé, par un arrêt de 1954, à continuer à plaider contre la société néerlandaise (15). Il faut sans doute s'en féliciter — mais aussi s'étonner de ce qu'une intervention du pouvoir exécutif dans un procès pendant ait été considérée comme nécessaire pour permettre aux juges d'appliquer l'exception d'ordre public à l'encontre des actes, universellement réprochés, d'un régime allemand vaincu. L'affaire *Bernstein* illustre d'une manière impressionnante la véritable abdication de la fonction juridictionnelle que peut représenter la théorie de l'*Act of State*.

275. Les nationalisations cubaines devaient donner l'occasion à la Cour Suprême de réexaminer la théorie et de dire si elle devait s'appliquer également s'il était allégué, par les demandeurs en restitution, que les actes législatifs ou gouvernementaux étrangers étaient contraires au droit international public. S'agissant des nationalisations cubaines — qui frappaient des nationaux américains sans prévoir une indemnisation effective — le point de vue des demandeurs, parfaitement défendable, était en fait défendu par le gouvernement américain lui-même au plan diplomatique. Cela pouvait-il autoriser le juge américain à donner effet, à propos des actes du nouveau régime cubain, au droit international ?

(13) « Therefore, the plaintiff's difficulty lies, not in any defect in the law of New York as to conflict of laws ; but because of that other doctrine we have mentioned : i.e. that no court will exercise its jurisdiction to adjudicate the validity of the official acts of another state » : p. 249-250.

(14) Texte in *Bernstein v. N.V. Nederlandsche-Amerikaansche Stoomvaart-Maatschappij*, 210 F.2d 375, 376 (2d Cir. 1954).

(15) *ibid.* ; à un stade antérieur de la procédure — 173 F.2d 71 (2d Cir. 1949) — la Cour avait suivi sa jurisprudence formulée dans le premier arrêt *Bernstein* et estimé qu'il n'était pas permis au demandeur de faire valoir des faits de nature à remettre en cause la validité des actes des autorités allemandes.

La Cour Suprême, saisie de l'un de ces litiges — *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* (16) — ne l'a pas pensé. Dans cette affaire, une émanation de l'Etat cubain et l'ancien propriétaire dépossédé (une société contrôlée par des intérêts américains) demandaient tous les deux l'attribution du prix d'une cargaison de sucre expropriée. Sans demander à la Cour d'adopter une décision déterminée, le gouvernement américain était intervenu au litige pour déclarer qu'il considérait le décret de nationalisation cubain comme contraire au droit international. La Cour décida néanmoins d'appliquer la théorie de l'*Act of State* et de refuser de vérifier la légitimité de l'acquisition forcée de la propriété du sucre par l'Etat cubain. Certes, l'arrêt l'admet, ce n'est pas le droit international qui interdirait aux tribunaux américains de nier la validité des actes d'un gouvernement étranger ; la théorie de l'*Act of State* ne fait pas l'objet d'un consensus suffisant dans la pratique étatique pour pouvoir relever du droit international coutumier (17). Elle n'est pas non plus imposée par le texte de la Constitution des Etats-Unis. Mais elle a un « arrière-plan constitutionnel » :

« The act of state doctrine does, however, have "constitutional" underpinnings. It arises out of the basic relationship between branches of government in a system of separation of powers. It concerns the competency of dissimilar institutions to make and implement particular kinds of decisions in the area of international relations. The doctrine as formulated in past decisions expresses the strong sense of the Judicial Branch that its engagement in the task of passing on the validity of foreign acts of state may hinder rather than further this country's pursuit of goals both for itself and for the community of nations as a whole in the international sphere » (18).

L'arrêt explique ensuite longuement (19) les raisons qui justifient le maintien de la théorie, même dans un cas comme celui des nationalisations cubaines : en somme, la vérification judiciaire de la conformité d'une nationalisation au droit international risquerait d'intervenir à un moment inopportun et de s'avérer, de ce fait, incompatible avec les besoins de la diplomatie américaine ; une décision de justice constatant que la nationalisation est contraire au droit international pourrait être considérée comme un affront par les autorités étrangères ; une décision constatant, au contraire, la légitimité de leurs actes pourrait affaiblir la position de négociation du gouvernement américain. Les besoins de la diplomatie doivent prévaloir sur le devoir du juge de veiller au respect de l'ordre public du for :

« However offensive to the public policy of this country and its constituent States an expropriation of this kind may be, we conclude that both the national interest and progress toward the goal of establishing the rule of law among nations are best served by maintaining intact the act of state doctrine in this realm of its application » (20).

Le Congrès des Etats-Unis ne l'a pas vu ainsi ; peu de temps après le prononcé de l'arrêt *Sabbatino*, un amendement à la législation sur l'aide économique aux

(16) 376 U.S. 398 (1964).

(17) p. 421-423, citant la pratique judiciaire anglaise, française, allemande, néerlandaise, grecque, italienne, suisse et japonaise (note 21).

(18) p. 423.

(19) p. 427-437.

(20) p. 437.

Etats étrangers (connu, d'après le nom de son promoteur au Congrès, sous le nom de *Hickenlooper Amendment* ou parfois, d'après la cause de son vote, sous le nom de *Sabbatino Amendment*) est venu écarter l'applicabilité de la théorie de l'*Act of State* aux nationalisations contraires au droit international. L'amendement ne vise que les nationalisations postérieures au 1^{er} janvier 1959 (la révolution cubaine date de 1959) et réserve la possibilité, pour le gouvernement américain, d'intervenir dans un litige et de faire savoir au tribunal que l'application de la théorie de l'*Act of State* serait, exceptionnellement, indiquée dans l'intérêt de la politique étrangère des Etats-Unis (21). Au vu de ce texte législatif, le tribunal de première instance devant lequel la Cour Suprême avait renvoyé l'affaire *Sabbatino* rendit un jugement en faveur des anciens propriétaires dépossédés de la cargaison de sucre (22).

Par conséquent, dans l'affaire *Sabbatino* comme dans l'affaire *Bernstein*, les juridictions américaines avaient cru bien faire en réservant aux instances politiques la détermination des conséquences à donner à des expropriations étrangères heurtant l'ordre public du for ; dans les deux cas, elles ont en définitive été désavouées. Mais la théorie de l'*Act of State* n'est pas vraiment sortie affaiblie de ces incidents ; avec le *Hickenlooper Amendment*, elle a même reçu une consécration législative implicite. Il est vrai que certaines nationalisations contraires au droit international ne sont désormais plus soustraites à toute critique devant les tribunaux américains ; mais l'amendement a été interprété restrictivement par les tribunaux (23).

276. Les affaires *Bernstein* et *Sabbatino* concernaient des expropriations de biens corporels, situés sur le territoire de l'Etat expropriant. Un facteur de

(21) « *Notwithstanding any other provision of law, no court in the United States shall decline on the ground of the federal act of state doctrine to make a determination on the merits giving effect to the principles of international law in a case in which a claim of title or other right to property is asserted by any party including a foreign state (or a party claiming through such state) based upon (or traced through) a confiscation or other taking after January 1, 1959, by an act of that state in violation of the principles of international law, including the principles of compensation and the other standards set out in this subsection : Provided, That this subparagraph shall not be applicable (1) in any case in which an act of a foreign state is not contrary to international law or with respect to a claim of title or other right to property acquired pursuant to an irrevocable letter of credit of not more than 180 days duration issued in good faith prior to the time of the confiscation or other taking, or (2) in any case with respect to which the President determines that application of the act of state doctrine is required in that particular case by the foreign policy interest of the United States and a suggestion to this effect is filed on his behalf in that case with the court » : 22 U.S.C. § 2370 (e) (2).*

(22) Le nom de l'affaire avait changé entretemps : *Banco Nacional de Cuba v. Farr*, 243 F. Supp. 957 (S.D.N.Y. 1965) ; 272 F. Supp. 836 (S.D.N.Y. 1965) ; confirmé 383 F.2d 166 (2d Cir. 1967) ; ces décisions déclarent l'amendement *Hickenlooper* conforme à la Constitution.

(23) cf. *Restatement Third, op. cit.*, § 444, *Reporters' Note 4* : l'amendement concerne exclusivement des demandes en revendication de « biens spécifiques » (*specific property*) expropriés, à l'exclusion de toutes autres situations. V. not. *French v. Banco Nacional de Cuba*, 295 N.Y.S.2d 433, 444-448 (Ct. App. 1968) avec une analyse des travaux préparatoires ; *Menendez v. Saks and Co.*, 485 F.2d 1355, 1371-1372 (2d Cir. 1973) ; *Libyan American Oil Co. v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 482 F. Supp. 1175, 1179 (D.D.C. 1980) ; mais v., *contra* : *West v. Multibanco Comermex, S.A.*, 807 F.2d 820, 829-831 (9th Cir. 1987), qui admet que les effets d'une réglementation des changes sur des droits contractuels puissent être assimilés, pour les besoins de l'Amendement, à l'expropriation d'un bien ; en l'espèce, la réglementation mexicaine, non abusive, a été jugée conforme au droit international.

complication est apparu avec la tentative de certains Etats étrangers d'exproprier des biens incorporels.

La Cour Suprême n'a pas été saisie de ces affaires. Quant aux cours d'appel fédérales, elles ont considéré unanimement que la théorie de l'*Act of State* ne s'applique qu'à des expropriations prenant effet sur le territoire de l'Etat étranger : c'est ce qui fut décidé pour la première fois à propos d'une tentative de la République d'Iraq de recouvrer, après l'assassinat de l'ancien roi Faysal II et la confiscation de ses biens, le solde de son compte bancaire auprès d'un établissement new-yorkais ; le bien confisqué étant réputé situé à New York, la légitimité de l'acte de confiscation n'était pas soustraite à l'examen du juge américain ; et comme l'acte de confiscation était contraire à l'ordre public, il n'y avait pas lieu de lui donner l'effet extraterritorial revendiqué par les autorités irakiennes (24).

La principale difficulté dans ces litiges — et elle n'est pas propre à la théorie américaine de l'*Act of State* — est celle de la localisation des biens incorporels expropriés (25). Dans le contexte des nationalisations cubaines, il a été jugé que des marques enregistrées aux Etats-Unis y étaient localisées pour les besoins de l'application (ou plutôt de la non-application) de la théorie (26) — position, somme toute, classique. C'est le cas des créances qui est le plus problématique. Dans l'affaire de la confiscation des biens du roi Faysal, la solution a paru simple : un compte bancaire est localisé là où le débiteur — la banque — a son établissement et où la dette peut par conséquent être recouvrée (27). Mais, s'il est vrai que le domicile ou le lieu d'établissement du débiteur reste une référence importante, un arrêt ultérieur a fait entendre que cette solution n'a rien de mécanique, mais doit être rapprochée des raisons d'être fondamentales de la théorie de l'*Act of State* ; l'affaire concerne la revendication, par un représentant de l'Etat cubain, d'une créance détenue par une entreprise exportatrice de tabac à l'égard d'une société importatrice américaine :

« The underlying thought expressed in all of the cases touching on the Act of State Doctrine is a common-sense one. It is that when a foreign government performs an act of state which is an accomplished fact, that is when it has the parties and the *res* before it and acts in such a manner as to change the relationship between the parties touching the *res*, it would be an affront to such foreign government for courts of the United States to hold that such act was a nullity. Furthermore, it is plain that the decisions took into consideration the realization that in most situations there was nothing the United States courts could do about it in any event.

In the case before us, it cannot be doubted that whatever may be the ordinary concept of the situs of a debt, the government of Cuba was not physically in a position to perform a

(24) *Republic of Iraq v. First National City Bank*, 241 F. Supp. 567 (S.D.N.Y. 1965), confirmé 353 F.2d 47 (2d Cir. 1965). Adde la jurisprudence citée *infra*, notes 25 à 29, ainsi que *Bandes v. Harlow & Jones, Inc.*, 852 F.2d 661 (2d Cir. 1988).

(25) « *The situs of intangible property is about as intangible a concept as is known to the law » : Tabacalera Severiano Jorge, S.A. v. Standard Cigar Co.*, 392 F.2d 706, 714 (5th Cir. 1968).

(26) *F. Palicio y Compania, S.A. v. Brush*, 375 F.2d 1011 (2d Cir. 1967), confirmant 256 F. Supp. 481 (S.D.N.Y. 1966) (marque de cigares) ; *Maltina Corp. v. Cawy Bottling Co.*, 462 F.2d 1021 (5th Cir. 1972) (marque de bière).

(27) *Republic of Iraq v. First National City Bank*, précit. (241 F. Supp., p. 572 ; 353 F.2d, p. 51).

fait accompli in the nature of the acquisition by the Cuba government or its interventor of the money owed to Tabacalera by Standard Cigar Company. It was simply not within the power of Cuba to accomplish this result » (28).

Par conséquent, estime cet arrêt, l'expropriation d'une créance ne tomberait dans le champ d'application de la théorie de l'*Act of State* que si les actes du gouvernement cubain avaient complètement réalisé leurs effets sur le territoire cubain. A défaut, il ne s'agit pas d'une expropriation sur le propre territoire de l'Etat étranger, et la jurisprudence *Sabbatino* n'est pas applicable (29).

Les tentatives de recouvrement de créances expropriées dans des circonstances inconciliables avec l'ordre public américain ont, par conséquent, toujours échoué. La théorie de l'*Act of State* a été réputée inapplicable. Cette jurisprudence est, à l'évidence, moins remarquable en son résultat que ne l'étaient les arrêts *Bernstein* ou *Sabbatino* ; mais avec sa recherche de la localisation des créances et des dettes, elle a été à l'origine d'une extension notable du domaine de la théorie de l'*Act of State* : l'*Act of State* est devenu un moyen de défense à la disposition du débiteur d'une obligation.

B. — L'APPLICATION DE LA THÉORIE DE L'*ACT OF STATE* AU DROIT DES OBLIGATIONS

277. Lorsque les tribunaux américains font appel à une notion comme l'*Act of State* pour résoudre un litige ayant trait aux prétentions de l'Etat nationalisateur sur un bien exproprié — fût-il incorporel —, l'appel à des considérations de droit public est un réflexe qui, en lui-même, ne surprend pas. C'est le résultat du raisonnement, non sa méthode qui peut surprendre. Il en va différemment lorsque le litige n'a trait qu'à l'intervention d'un Etat étranger dans un rapport contractuel de droit privé : là, c'est la méthode employée qui peut surprendre.

Un point, certes, est désormais acquis en jurisprudence : lorsque l'Etat étranger lui-même, ou l'une de ses émanations, est débiteur d'une dette commerciale, le non-paiement n'est pas en lui-même un *Act of State* à l'abri de toute contestation judiciaire. Il ne faut pas croire que l'applicabilité de la théorie de l'*Act of State* aux simples répudiations informelles de dettes n'ait jamais été plaidée ; elle l'a été, et certaines juridictions ont même admis cette thèse au cours des années suivant le prononcé de l'arrêt *Sabbatino* (30) : il a été jugé en 1968, par la juridiction suprême

(28) *Tabacalera Severiano Jorge, S.A. v. Standard Cigar Co.*, précit., p. 715.

(29) « ... these acts are to be recognized under the Act of State Doctrine only insofar as they were able to come to complete fruition within the dominion of the Cuban government. As to other matters, we conclude that they were not a "taking of property within its own territory" within the language used by the Supreme Court in *Sabbatino* » : p. 715-716. — V. aussi *Menendez v. Saks and Co.*, précit., p. 1364-1365.

(30) Il existe quelques précédents dans la jurisprudence antérieure : cf. *Hewett v. Speyer*, 250 Fed. 367 (2d Cir. 1918) (à propos de la violation, par le gouvernement équatorien, d'un contrat mettant en gage au profit de prêteurs américains partie des revenus douaniers de l'Equateur : *Act of State*) ; *Frazier v. Foreign Bondholders Protection Council*, 125 N.Y.S.2d 900 (App. Div. 1953) (répudiation d'un emprunt obligataire par le gouvernement péruvien : *Act of State*).

de l'Etat de New York, que le refus — politiquement motivé — de la Banque Nationale cubaine d'honorer un certificat de dépôt était une inexécution contractuelle, certes, mais aussi un *Act of State* ; selon cet arrêt, le seul effet de la nature purement privée des actes de l'organisme cubain était d'exclure toute immunité de juridiction (31) ; par ailleurs, et puisque la théorie de l'*Act of State* s'appliquait, le refus de payer devait être respecté, et l'action en paiement ne pouvait qu'être rejetée ... (32). En 1973, une cour d'appel fédérale a même eu l'occasion d'appliquer la théorie à la simple omission de paiement d'une dette quasi-contractuelle de l'Etat cubain : des importateurs avaient, par erreur, payé à des représentants de l'Etat cubain le prix d'une cargaison de cigares *non nationalisée* ; l'Etat cubain, enrichi sans cause, n'avait pas cru utile de donner suite aux demandes de paiement des véritables propriétaires de la cargaison. A l'audience, ses avocats avaient invoqué, outre des contestations de pur fait, la théorie de l'*Act of State* ; cette attitude procédurale suffisait, selon l'arrêt, pour interdire au juge américain de censurer le non-paiement par l'Etat étranger :

« ... our Executive Branch could be just as embarrassed by judicial enforcement of an implied obligation repudiated by a foreign government as by the adjudication of rights arising out of an express contract or a confiscation of American-owned property within the territorial control of the foreign sovereign. Both issues are sensitive » (33).

Cet arrêt a toutefois été infirmé par la Cour Suprême : puisque le non-paiement ne reposait ni sur une loi, ni sur un décret, ni sur un ordre ou une résolution du gouvernement cubain, il n'était pas un *Act of State* (34). Plusieurs juges de la Cour Suprême ont voulu aller plus loin et admettre que lorsque la dette de l'Etat étranger ou de ses émanations est de nature commerciale, sa répudiation — même formellement décrétée par les organes gouvernementaux compétents — ne relève pas de la théorie de l'*Act of State*. Cette restriction de la théorie, qui l'aurait mise en harmonie avec les principes applicables en matière d'immunité de juridiction, n'a pas été adoptée par la majorité des membres de la Cour (35), et la question reste ouverte (36). L'hésitation des juridictions américaines à censurer les répudiations formelles de dettes commerciales par des débiteurs étatiques peut surprendre ; il est

(31) *French v. Banco Nacional de Cuba*, 295 N.Y.S.2d 433, 439 (Ct. App. 1968).

(32) p. 441 ; cf. *ibid.* la note 5 : « It is immaterial what form an act of state takes — whether it be an expropriation or confiscation, a conversion or a breach of contract ... as long as such act is committed by the foreign government within its own territory ».

(33) *Menendez v. Saks and Co.*, 485 F.2d 1355, 1370 (2d Cir. 1973).

(34) L'affaire avait changé de nom : *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba*, 425 U.S. 682, 695 (1976).

(35) Sur les neuf juges de la Cour Suprême, la minorité — quatre juges — était d'avis que les actes du gouvernement cubain devaient en l'espèce être reconnus comme *Act of State* (p. 715 et s.). La majorité — cinq juges — écarta la qualification de répudiation formelle de dettes par l'Etat cubain (p. 690 — 695) ; quatre membres de la majorité (une « pluralité » — *plurality* — de juges) entendaient écarter d'une manière générale l'applicabilité de la théorie de l'*Act of State* aux activités commerciales des Etats (p. 695-706) ; le juge Stevens, membre de la majorité, déclara brièvement qu'il ne se ralliait pas à cette dernière restriction (p. 715).

(36) Dans sa décision la plus récente en matière d'*Act of State*, *W.S. Kirkpatrick & Co., Inc. v. Environmental Tectonics Corp., International*, 493 U.S. 400, 405 (1990), la Cour Suprême a brièvement fait référence à la question, mais sans vouloir la résoudre.

vrai qu'en appliquant la théorie de l'*Act of State*, le juge américain ne déclare pas approuver le comportement des autorités étrangères, mais se borne à refuser d'affirmer et sanctionner son illicéité ; il est vrai aussi, cependant, que le résultat pratique est, pour le créancier, exactement le même.

278. Ceci dit, la répudiation formelle des dettes commerciales de l'Etat, attitude réservée aux régimes les plus militants, n'est pas la situation la plus typique. Normalement, l'Etat étranger ne fait qu'intervenir dans l'exécution des obligations de ses ressortissants en imposant un moratoire ou en réglementant les changes. C'est dans le contexte de mesures de ce type, prises par des Etats d'Amérique latine fortement endettés, que les juridictions fédérales américaines ont pendant les années 1980 tenté de résoudre, à travers la théorie de l'*Act of State* et la localisation des créances affectées, le problème des effets juridiques de ces mesures restrictives sur des contrats de droit privé (37).

Une première série d'affaires a opposé des syndicats bancaires américains à des banques costaricaines ; il s'agissait d'actions en recouvrement de sommes libellées en dollars, payables à New York et empruntées aux termes de contrats de prêts soumis au droit new-yorkais et déclarant compétentes les juridictions new-yorkaises. Les banques costaricaines, dont l'intégralité du capital était détenue par l'Etat costaricain, faisaient valoir que la Banque centrale costaricaine leur avait refusé la licence de change nécessaire au remboursement du prêt. Moyen de défense manifestement inopérant ? Peut-être par application des principes traditionnellement admis (38), certainement pas par application de la théorie de l'*Act of State*. Les banques costaricaines ont certes fini par être condamnées au paiement, mais au bout d'un chemin tortueux. Dans l'affaire-pilote *Allied Bank International v. Banco Credito Agricola de Cartago*, la juridiction fédérale de première instance estima fondé l'argument tiré de la théorie de l'*Act of State* : certes la nature commerciale des activités des banques publiques costaricaines les empêchait de se prévaloir de l'immunité de juridiction, mais la réglementation costaricaine leur interdisait le paiement ; cette réglementation, elle, n'était pas un acte *jure gestionis*, mais un *Act of State* (39) ; on retrouve le souci des relations diplomatiques entre les Etats-Unis et l'Etat étranger :

« A judgment in favor of Allied in this case would constitute a judicial determination that defendants must make payments contrary to the directives of their government. This puts the judicial branch of the United States at odds with policies laid down by a foreign

(37) Pour des précédents dans la jurisprudence new-yorkaise, v. *J. Zeevi & Sons, Ltd. v. Grindlays Bank (Uganda) Ltd.*, 371 N.Y.S.2d 892, 900 (Ct. App. 1975) (interdiction de tout paiement au profit de résidents israéliens, « confidentiellement » notifiée à la banque défenderesse par la Banque centrale ougandaise : sans effet sur une lettre de crédit payable à New York) ; *Weston Banking v. Turkiye Garanti Bankasi*, 456 N.Y.S.2d 684, 687-688 (Ct. App. 1982) (contrôle des changes turc).

(38) cf. *supra*, n° 172. — Pour ce qui est de l'art. VIII.2.b des Statuts du F.M.I. (*infra*, n° 319), il est interprété restrictivement en jurisprudence américaine et n'y est pas appliqué aux contrats de prêt : v. *Libra Bank Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica*, 570 F. Supp. 870, 896-902 (S.D.N.Y. 1983) et les références citées.

(39) « *They were clearly an exercise of a governmental function* » : 566 F. Supp. 1440, 1443 (S.D.N.Y. 1983).

government on an issue deemed by that government to be of central importance. Such an act by this court risks embarrassment to the relations between the executive branch of the United States and the government of Costa Rica » (40).

Sur appel, un premier arrêt de la Cour d'appel fédérale pour le second circuit confirma le rejet de la demande. L'arrêt relève — élément que le jugement de première instance avait omis de prendre en considération — qu'avant d'appliquer la théorie de l'*Act of State*, il aurait fallu déterminer la localisation de la créance affectée par l'acte de souveraineté étranger. La théorie ne peut jouer que si la créance est « située » au Costa Rica. Mais peu importe ; même une créance située à New York peut être atteinte par les actes extraterritoriaux d'un Etat étranger, s'ils sont « conformes à la politique et au droit des Etats-Unis » (41) ; tel est ici le cas : la mesure costaricaine ne constitue pas une répudiation unilatérale de dettes, mais un sursis à paiement dans le cadre d'un effort de renégociation de la dette extérieure de cet Etat — effort de renégociation qui est, selon l'arrêt, approuvé par la politique étrangère des Etats-Unis, le gouvernement et le Congrès l'ayant soutenu. Cet effort devant être respecté par le juge américain, une condamnation au paiement ne peut être envisagée (42).

Ce premier arrêt *Allied Bank* a causé, dans les milieux financiers américains, les plus vives inquiétudes (43). La Cour d'appel accepta de procéder à un réexamen de l'affaire. Le second arrêt avoue que la Cour avait, dans sa première décision, mal compris l'attitude des pouvoirs politiques américains ; le Ministère de la Justice, intervenant à présent dans le litige, l'en a convaincue : la politique des Etats-Unis ne peut que désapprouver une tentative unilatérale de restructuration d'obligations privées, incompatible avec le processus international de renégociation des dettes costaricaines (44). Reste alors la théorie de l'*Act of State*. Elle est inapplicable : le critère de localisation des créances, pour les besoins de cette théorie, est la possibilité pour l'Etat étranger de « réaliser complètement les effets de ses actes sur son propre territoire » (45) ; or le Costa Rica n'est pas en mesure d'éteindre complètement une obligation de payer des dollars à New York. La condamnation au paiement est inévitable (46).

(40) p. 1444.

(41) Arrêt originairement publié in 733 F.2d 23 (1984), mais retiré de la version reliée du *Federal Reporter*. V. le texte in 23 I.L.M. 742, 746 (1984).

(42) « *The actions of Costa Rica as a sovereign nation that prevented the timely payment of appellees' obligations are consistent with our law and policy. Comity considerations demand that the actions of Costa Rica be recognized in the courts of the United States. Therefore, the action was properly dismissed* » (I.L.M., p. 747).

(43) V. les réactions citées par J. Gold, *The Fund Agreement in the Courts*, vol. III, Washington, D.C. 1986, p. 421 et s. ; comp. D. Carreau, « Le rééchelonnement de la dette extérieure des Etats », J.D.I. 1985. 5, 45-46.

(44) « *In light of the government's elucidation of its position, we believe that our earlier interpretation of United States policy was wrong* », 757 F.2d 516, 520 (1985).

(45) p. 521, se référant à l'affaire *Tabacalera Severiano Jorge, S.A. v. Standard Cigar Co.* (citée *supra*, n° 276).

(46) p. 522. La même solution a été adoptée, dès le jugement de première instance, dans l'affaire *Libra Bank, Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica*, précit. — V. aussi, dans un contexte économique différent, *Drexel Burnham Lambert Group Inc. v. Galadari*, 777 F.2d 877, 881 (2d Cir. 1985).

A ces vacillations a correspondu, dans une deuxième série d'affaires, une affirmation systématique de l'applicabilité de la théorie de l'*Act of State*. Les circonstances de fait étaient différentes. Des investisseurs américains avaient acheté auprès de banques mexicaines des certificats de dépôt, libellés tantôt en pesos, tantôt en dollars, remboursables au Mexique. Le contrôle des changes mexicain étant venu interdire un remboursement en dollars, les investisseurs saisissent les juridictions américaines. Celles-ci jugent, unanimement : 1^o, que les actes du gouvernement mexicain sont des *Acts of State*, même si l'activité des banques défenderesses est purement commerciale ; 2^o, que les créances affectées sont situées au Mexique. Cette dernière affirmation a pu être motivée dans un arrêt simplement par le fait que puisque le lieu de paiement des créances se trouve au Mexique, le gouvernement mexicain est en mesure de veiller à la complète réalisation des effets de sa réglementation sur son propre territoire (47) ; mais ce critère est récusé comme simpliste par un autre arrêt, qui estime que pour localiser une créance pour les besoins de la théorie de l'*Act of State*, il convient de prendre en considération à la fois le lieu d'établissement de la banque, le lieu de paiement, l'intention des parties quant à la loi applicable et le degré d'implication du système bancaire américain dans la transaction (48). La conclusion est la même dans tous les cas : les créances sont « entièrement contrôlées par le droit mexicain » ; faire droit aux demandes de paiement constituerait une remise en cause inadmissible de la « légalité et validité » des actes de souveraineté étrangers (49).

279. La théorie de l'*Act of State* est, enfin, susceptible d'être appliquée dans des litiges entre personnes privées dont l'issue ne présente pas le moindre intérêt pour les autorités étrangères. C'est l'hypothèse la plus paradoxale. La comparaison de deux arrêts rendus à deux jours d'intervalle, en mars 1984, l'illustrera.

La situation de départ est dans les deux cas, à peu de choses près, la même. Des Cubains fortunés achètent, en 1958, des certificats de dépôt auprès de la succursale locale de la Chase Manhattan Bank. Ils le font parce qu'ils redoutent, non sans prescience, qu'ils pourront être amenés à quitter Cuba à plus ou moins brève échéance, et parce que les représentants de la banque leur assurent que le remboursement pourra avoir lieu dans n'importe quelle succursale de la banque dans le monde. La révolution survient, les comptes sont saisis et la succursale locale de la banque est nationalisée. La Chase Manhattan Bank en tire argument pour inviter les déposants à demander le remboursement de leurs certificats, plutôt qu'à elle-même,

(47) *Braka v. Bancomer, S.N.C.*, 762 F.2d 222, 224-225 (2d Cir. 1985).

(48) *Callejo v. Bancomer, S.A.*, 764 F.2d 1101, 1123-1124 (5th Cir. 1985). Pourquoi cette approche innovatrice ? La Cour d'appel l'explique : « Together, these factors help us to determine the extent of the foreign government's interest in the debt. They therefore help to answer the ultimate question in the act of state context : Are the ties of the debt to the foreign country sufficiently close that we will antagonize the foreign government by not recognizing its acts ? » (*ibid.*).

(49) *Braka v. Bancomer, S.N.C.*, précit., p. 225. — V. aussi, admettant la même solution dans des litiges entre déposants américains et banques mexicaines, *Braka v. Multibanco Comermex, S.A.*, 589 F. Supp. 802 (S.D.N.Y. 1984) ; *Riedel v. Bancam, S.A.*, 792 F.2d 587 (6th Cir. 1986) ; *Grass v. Credito Mexicano, S.A.*, 797 F.2d 220 (5th Cir. 1986) ; *West v. Multibanco Comermex, S.A.*, 807 F.2d 820 (9th Cir. 1987).

au Banco Nacional de Cuba, « qui est désormais la seule institution bancaire à Cuba » : Les déposants ne le voient pas ainsi ; ils portent l'affaire devant les tribunaux. La banque fait plaider, entre autres, la théorie de l'*Act of State* : les effets de l'expropriation cubaine sur l'actif et le passif de la succursale expropriée doivent être reconnus.

Reste à localiser, pour les besoins de la théorie de l'*Act of State*, les créances expropriées. Selon la *Court of Appeals* de New York, une créance est localisée sur le territoire de l'Etat étranger si celui-ci a le pouvoir de la recouvrer. Peu importe qu'il existe plusieurs lieux de paiement possibles : du moment que le « paiement » a été effectué (par expropriation) dans un de ces lieux, la créance a cessé d'exister. Il ne peut y avoir un second paiement de la même dette sans remettre en cause l'acte de souveraineté étranger (50). Le demandeur est débouté. Deux jours après, dans l'autre affaire, la Cour d'appel fédérale pour le Second Circuit juge le contraire. Il n'y a *Act of State* que si l'action de l'Etat étranger est un fait irrémédiablement accompli ; tel n'est pas le cas si le paiement en dehors du territoire cubain reste possible, et correspond à une option expressément stipulée par les parties et à un risque assumé par la banque. Dans ce cas, la créance n'est pas localisée sur le territoire de l'Etat étranger, et la théorie de l'*Act of State* ne s'applique par conséquent pas. La banque reste débitrice (51). Cette solution — seule conforme au droit commun (52) — s'impose, comme l'a bien vu la Cour d'appel, dans un souci de justice entre particuliers ; il serait vain d'y opposer des arguments d'ordre diplomatique :

« We are not challenging the validity of the Cuban government's actions here and Cuba has shown no interest in the outcome of this case. We are simply resolving a private dispute between an American bank and one of its depositors. The result we reach will have no international repercussions. Chase cannot use the act of state doctrine as a defense because the doctrine is not implicated » (53).

A partir de ces éléments, il est possible sinon de formuler des conclusions fermes, du moins de s'interroger sur le rôle de la théorie de l'*Act of State* dans les litiges portés devant les tribunaux américains.

(50) *Perez v. Chase Manhattan Bank, N.A.*, 474 N.Y.S.2d 689, 693 (Ct. App. 1984) : « While the debt contemplated alternate places of payment and thus had multiple situs, because it constituted but a single obligation to pay, payment at one of the place chosen for performance extinguished the debt at all of its situs ... Only when a debt or other obligation is not payable at all in the confiscating State would the Act of State doctrine be inapplicable. In such situations the foreign sovereign has no power to enforce or collect the debt ».

(51) *Garcia v. Chase Manhattan Bank, N.A.*, 735 F.2d 645, 650-651 (2d Cir. 1984).

(52) cf. *supra*, n^o 192, note 24, la réponse que l'arrêt *Garcia* lui-même donne à l'argument que la Chase Manhattan Bank entendait tirer, à côté de la théorie de l'*Act of State*, du droit commun des contrats bancaires.

(53) p. 651. — L'appel à la théorie de l'*Act of State* a de même été rejeté dans des litiges nés, après la chute de Saïgon, de la nationalisation des succursales sud-vietnamiennes des banques américaines : *Vishipco Line v. Chase Manhattan Bank, N.A.*, 660 F.2d 854, 862 (2d Cir. 1981) ; *Trinh v. Citibank, N.A.*, 850 F.2d 1164, 1172 (6th Cir. 1988).

C. — LE RÔLE DE LA THÉORIE DE L'ACT OF STATE

280. La théorie de l'Act of State relève, en premier lieu, de la technique de droit international privé.

Dans les affaires d'expropriation, du moins celles qui concernent des biens corporels, le rôle technique de la théorie est clair. Elle ne fait que compléter la règle de conflit en vertu de laquelle le droit de propriété sur un bien s'apprécie conformément à la *lex rei sitae* (54) : elle concerne, comme l'a exprimé la Cour Suprême dans l'arrêt *Sabbatino*, « les limites de la vérification de la validité d'une règle de droit par ailleurs applicable » (55). Normalement, la validité d'un transfert de propriété intervenu à l'étranger conformément à la loi locale serait susceptible d'être vérifiée notamment par rapport à l'ordre public du for ; lorsque le transfert de propriété est l'effet d'un Act of State — confiscation, nationalisation —, ce contrôle est exclu : la norme étrangère doit être reconnue, sans qu'il soit possible de lui opposer l'illégalité du transfert selon la loi étrangère elle-même (56), l'exception d'ordre public (57) ou, en principe, la méconnaissance du droit international public (58). En termes de droit international privé, la théorie de l'Act of State n'est donc — en cette matière — pas une règle de conflit, mais une simple dérogation à certains mécanismes de vérification de la légitimité de la norme étrangère compétente.

Du moins dans la jurisprudence des cours d'appel fédérales, le rôle de la théorie ne se limite toutefois pas à cela. Lorsqu'on passe du domaine du droit des biens corporels à celui des obligations, elle prend vite l'allure d'une règle de conflit : l'essentiel, c'est la localisation des créances affectées ; celle-ci se fait selon les critères du for — des critères spécifiques à la théorie de l'Act of State (59) — ; lorsque, selon ces critères, la créance est « située » sur le territoire de l'Etat étranger, les effets de l'acte de souveraineté étranger sont reconnus. Ce rôle technique devient particulièrement évident lorsque l'acte étatique n'est pas une expropriation, mais une réglementation des changes qui prétend interdire l'exécution d'un contrat : dans

ces affaires, le rôle de la théorie de l'Act of State n'est plus celui que définit la motivation de l'arrêt *Sabbatino* — désigner les limites de la vérification de la « validité » d'une règle de droit par ailleurs applicable — ; il s'agit, au contraire, de procéder à la désignation du droit applicable lui-même (60).

Il est même permis de se demander si l'application de la théorie de l'Act of State ne consiste pas, alors, en substance simplement à déterminer — sous couvert d'un raisonnement formel en termes de droit public — la *lex contractus* (61). Ainsi, dans les affaires opposant des investisseurs américains à des banques mexicaines émettrices de certificats de dépôt, la loi applicable à ces certificats était manifestement, conformément aux règles de conflit bilatérales les plus classiques, la loi mexicaine ; lorsque le juge « localise » une créance en recherchant le lieu d'établissement de la banque, le lieu de paiement, l'intention des parties quant à la loi applicable et le degré d'implication du système bancaire américain dans la transaction (62), fait-il vraiment, en substance, autre chose qu'appliquer la méthode de la *proper law* ? Et lorsqu'après avoir « localisé » la créance au Mexique, il estime que la créance est « entièrement contrôlée » par le droit mexicain, dont la réglementation des changes doit par conséquent être respectée (63), fait-il autre chose, en substance, qu'appliquer les lois de police de la *lex causae* ? Il ne le semble pas — et pourtant ces décisions se gardent bien de faire expressément référence à la méthode des conflits de lois. De même, le second arrêt rendu dans l'affaire *Allied Bank* (64) peut s'expliquer parfaitement par le fait que le droit costaricain n'était pas la loi applicable au contrat de prêt et qu'une réglementation des changes extraterritoriale ne peut effectivement empêcher un paiement qui doit avoir lieu sur le territoire de l'Etat du for (65) — mais ce n'est pas là la motivation de l'arrêt.

De ce point de vue, la principale caractéristique de la théorie de l'Act of State en matière contractuelle est donc qu'elle tente de résoudre par des considérations (ou du moins par l'emploi d'un vocabulaire) de droit public des litiges qui peuvent

(60) cf. *Callejo v. Bancomer, S.A.*, précit. (*supra*, n° 278 et note 48), p. 1114 : « In essence, the act of state doctrine operates as a super-choice-of-law rule, requiring that foreign law be applied in certain circumstances ».

(61) Pour une analyse en termes de conflits de lois de la théorie de l'Act of State en matière contractuelle, v. T. Cashel, « The Act of State Doctrine Reviewed », [1986] 1 J.I.B.L. 30 ; Comment, « A Conflict of Laws Model for Foreign Branch Deposit Cases », 58 U. Chi. L. Rev. 671 (1991), et surtout M. Gruson, « The Act of State Doctrine in Contract Cases as a Conflict-of-Laws Rule », [1988] U. Ill. L. Rev. 519, qui fait observer que la prise en compte d'intérêts étatiques étrangers est un élément normal de la règle de conflit préconisée, en matière contractuelle, par le second *Restatement* des conflits de lois (comp. *infra*, n° 316). — Selon M. Leigh, « *Sabbatino's* Silver Anniversary and the Restatement : No Cause for Celebration », 24 Int'l Law. 1, 19-20 (1990), il faudrait même, d'une manière générale, considérer la théorie de l'Act of State comme « an application of traditional conflict of laws analysis » — et abandonner, en conséquence, l'idée selon laquelle la réserve traditionnelle de l'ordre public du for ne s'applique pas aux litiges impliquant un Act of State. Plutôt que d'une réinterprétation de la théorie, il semble s'agir là d'une discrète tentative de la remettre en cause.

(62) cf. *Callejo v. Bancomer, S.A.*, précit.

(63) cf. *Braka v. Bancomer, S.N.C.*, cité *supra*, n° 278 et note 49.

(64) *Allied Bank International v. Banco Credito Agrícola de Cartago*, 757 F.2d 516, cité *supra*, n° 278.

(65) cf. *supra*, n° 172.

(54) cf. *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 445-446 (1964) (op. diss. White).

(55) « The act of state doctrine ... concerns the limits for determining the validity of an otherwise applicable rule of law » : p. 438 ; v. aussi L. Henkin, « Act of State Today : Recollections in Tranquility » 6 Colum. J. Transnat'l L. 175, 178 (1967).

(56) V. p. ex. *Bernstein v. Van Heyghen Frères Société Anonyme*, cité *supra*, n° 274.

(57) *ibid.*

(58) cf. *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* : *supra*, n° 275. Il existe des exceptions à ce principe, notamment l'amendement Hickenlooper (*supra*, n° 275, note 21). L'arrêt *Sabbatino* (p. 428) indique par ailleurs lui-même que le principe ne vaut que « in the absence of a treaty or other unambiguous agreement regarding controlling legal principles » : il ne concerne, en d'autres termes, que le droit international coutumier. Pour le refus d'une cour d'appel fédérale d'appliquer la théorie de l'Act of State à une expropriation considérée comme contraire à un traité conclu par les Etats-Unis avec l'Ethiopie, v. *Kalamazoo Spice Extraction Co. v. Provisional Military Government of Socialist Ethiopia*, 729 F.2d 422 (6th Cir. 1984).

(59) Pour des tentatives de systématiser ces critères, v. Comment, « The Act of State Doctrine and Foreign Sovereign Defaults on United States Bank Loans : A New Focus for a Muddled Doctrine », 133 U. Pa. L. Rev. 469 (1985) ; Note, « The Act of State Doctrine : Resolving Debt Situs Confusion », 86 Colum. L. Rev. 594 (1986).

être résolu aussi bien par des techniques classiques de droit international privé et de droit matériel. L'emploi de ces techniques plus classiques aurait, quant à lui, sans doute eu l'avantage d'éviter certaines hésitations et incertitudes.

281. La source de ces hésitations et incertitudes n'est pas seulement le problème de la localisation, selon des critères propres à la théorie de l'*Act of State*, des créances et des dettes. Le domaine d'application de la théorie n'est lui-même pas définitivement établi. La jurisprudence de la Cour Suprême n'en a jusqu'à présent affirmé l'applicabilité qu'en matière d'expropriations (66) et de responsabilité civile (67). Les décisions des juridictions inférieures permettent d'entrevoir un domaine d'application plus large et peut-être indéfini : contrôle des changes (68), activités anticoncurrentielles des Etats étrangers ou de leurs émanations (69).

En tenant pour acquise l'applicabilité potentielle de la théorie aux relations juridiques les plus diverses, il resterait à définir exactement les actes étatiques qui peuvent relever de la théorie et ceux qui n'en relèvent pas. La jurisprudence permet certes d'affirmer que ne relèvent pas de la catégorie d'*Act of State* des actes aussi éloignés de l'idée de souveraineté que le simple non-paiement d'une dette commerciale (70), le trafic d'influence par des fonctionnaires étrangers (71), le détournement de fonds publics (72) et l'assassinat d'un dissident politique résidant aux Etats-Unis (73). Il convient toutefois de noter que dans chacun de ces cas, le contraire a été jugé à un stade ou à un autre de la procédure ! On ne s'étonnera pas, dès lors, qu'une question simple en apparence, comme celle de savoir si la répudiation officielle et formelle d'une dette commerciale peut être un *Act of State* que le juge américain doit respecter, n'ait pas encore trouvé de réponse définitive (74).

(66) cf. les affaires *Oetjen v. Central Leather Co.* et *Ricaud v. American Metal Co. Ltd.*, citées *supra*, n° 273 ; et, bien entendu, l'affaire *Sabbatino* (n° 275).

(67) cf. *Underhill v. Hernandez*, *supra* n° 273 ; pour des exemples plus récents dans la jurisprudence des autres juridictions fédérales, v. *Arango v. Guzman Travel Advisors Corp.*, 621 F.2d 1371 (5th Cir. 1980) ; *Galu v. Swissair : Swiss Air Transport Co., Ltd.*, 734 F. Supp. 129 (S.D.N.Y. 1990).

(68) cf. les affaires costaricaines et mexicaines citées *supra*, n° 278.

(69) cf. l'analyse de J. Atwood/K. Brewster, *Antitrust and American Business Abroad*, 2^e éd., vol. I, Colorado Springs, 1981, p. 238 et s. ; *adde*, p. ex., *O.N.E. Shipping Ltd. v. Flota Mercantile Gracolumbiana, S.A.*, 830 F.2d 449 (2d Cir. 1987).

(70) *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba*, cité *supra*, n° 277, réformant, à une faible majorité, l'arrêt d'appel décidant le contraire.

(71) *W.S. Kirkpatrick & Co., Inc. v. Environmental Tectonics Corp., International*, 493 U.S. 400 (1990), confirmant 847 F.2d 1052 (3d Cir. 1988), qui avait lui-même réformé le jugement de première instance : 659 F. Supp. 1381 (D.N.J. 1987) ; *Lamb v. Phillip Morris, Inc.*, 915 F.2d 1024 (6th Cir. 1990), réformant le jugement de première instance.

(72) *Republic of the Philippines v. Marcos*, 862 F.2d 1355 (9th Cir. 1988), rétractant l'arrêt antérieur de la même Cour : 818 F.2d 1473 (1987).

(73) *Liu v. Republic of China*, 892 F.2d 1419 (9th Cir. 1989), réformant le jugement de première instance.

(74) cf. *supra*, n° 277 ; comp., à propos du caractère « confus » des exceptions et limites à la théorie, D. Chow, « Rethinking the Act of State Doctrine : An Analysis in Terms of Jurisdiction to Prescribe », 62 Wash. L. Rev. 397, 443-445 (1987).

L'une des raisons de ces incertitudes est que l'auteur de la théorie, la Cour Suprême, hésite à en définir les contours précis. Un arrêt rendu en 1990, tout en évitant soigneusement de statuer sur le contenu exact de la notion d'*Act of State*, a contribué au moins à dire ce que la théorie de l'*Act of State* n'est pas : ce n'est pas un principe général qui enjoit au juge américain de s'abstenir de juger, toutes les fois que sa décision serait de nature à gêner un Etat étranger — par exemple parce qu'il s'agit de savoir si une entreprise américaine a évincé, par la corruption de fonctionnaires étrangers, une concurrente d'un marché public. Simplement, le juge est obligé de tenir pour « valables » les actes de souveraineté intervenus sur le territoire de l'Etat étranger :

« The short of the matter is this : Courts in the United States have the power, and ordinarily the obligation, to decide cases and controversies properly presented to them. The act of state doctrine does not establish an exception for cases and controversies that may embarrass foreign governments, but merely requires that, in the process of deciding, the act of foreign sovereigns taken within their own jurisdictions shall be deemed valid. That doctrine has no application to the present case because the validity of no foreign sovereign act is at issue » (75).

Il restera à voir quel sera l'effet de cette mise au point ; on peut se demander, en particulier, si elle est de nature à freiner la tendance des juridictions à raisonner en termes d'*Act of State* là où l'application de quelques règles de droit privé paraîtrait suffisante.

282. A côté de son rôle technique, la théorie de l'*Act of State* sert à définir la fonction du juge dans les litiges ayant trait à certaines interventions des autorités d'Etats étrangers. A la définir — et à la limiter surtout ; l'affaire *Bernstein* en est un exemple extrême. L'affaire *Bernstein* montre aussi l'importance que peut avoir une prise de position du pouvoir exécutif dans un litige en cours ; elle peut en déterminer l'issue (76).

Cet effacement de la fonction juridictionnelle correspond, nous l'avons vu, à un choix conscient de la Cour Suprême ; l'arrêt *Sabbatino* le fonde expressément sur le fait que certaines questions se prêtent mieux à une solution diplomatique qu'à une solution judiciaire. De ce point de vue, la théorie de l'*Act of State* apparaît comme un volet d'une politique d'autolimitation des pouvoirs du juge — autolimitation qui se manifeste également à l'égard de certains actes de gouvernement américains, notamment dans le domaine des relations extérieures des Etats-Unis (77).

(75) *W.S. Kirkpatrick & Co., Inc. v. Environmental Tectonics Corp., International*, précit., p. 409-410.

(76) La question du rôle que le pouvoir exécutif doit pouvoir jouer dans les affaires d'*Act of State* portées devant les tribunaux a été discutée (mais non définitivement résolue, faute de consensus) par les juges de la Cour Suprême dans l'affaire *First National City Bank of New York v. Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S. 759 (1972).

(77) Il s'agit, en droit interne, de la *Political Question Doctrine*, dont le caractère exceptionnel a toujours été souligné par la jurisprudence : v. d'une manière générale L. Henkin, « Is There a "Political Question" Doctrine ? », 85 Yale L. J. 592 (1976) ; J. Nowak/R. Rotunda, *Constitutional Law*, 4^e éd., St. Paul, 1991, p. 104 et s. ; *adde*, spécifiquement en matière de relations extérieures, *Restatement Third, op. cit.*, § 1, *Reporters' note* 4 ; L. Henkin, *Foreign Affairs and the Constitution*, 1^{re} éd. 1972, rééd. New

L'autolimitation des pouvoirs du juge à l'égard des actes de souveraineté étrangers est-elle indispensable ? Dans l'affaire *Sabbatino*, la Cour Suprême l'a pensé ; son point de vue n'est pas partagé par tous. Le Département d'Etat a eu l'occasion — là encore dans le cadre d'un procès pendant devant la Cour — d'exprimer l'opinion que l'abandon de la théorie de l'*Act of State* ne générerait pas réellement la diplomatie américaine (78). Malgré tout, la doctrine américaine s'accorde à considérer l'abandon de la théorie par la Cour Suprême comme hautement improbable (79).

283. Ce que nous retiendrons, pour les besoins de la présente discussion, de la théorie de l'*Act of State* est qu'elle peut constituer dans la pratique judiciaire un instrument qui permet de donner effet aux normes contraignantes étrangères, selon des critères — parfois mal définis — qui ne relèvent ni des règles de conflit traditionnelles, ni de règles de droit matériel (80). Si les résultats pratiques de l'application de la théorie ne s'éloignent, en matière contractuelle, pas toujours de ceux de l'application du droit commun, la méthode employée en diffère profondément : elle gravite autour de l'idée de pouvoir étatique territorialement défini, et elle tente de déterminer les droits et obligations résultant d'un contrat en les localisant soit dans la sphère de souveraineté ainsi délimitée, soit en dehors d'elle. En revanche, elle omet toute référence à la répartition, selon des critères de droit contractuel, des risques de l'intervention étatique entre les parties.

La méthode est donc originale. Ce qu'il s'agit de rechercher à présent, c'est si et dans quelle mesure cette méthode — ou des traces de cette méthode — peuvent inspirer l'approche judiciaire des phénomènes de contrainte étatique en dehors des Etats-Unis, et plus particulièrement dans la pratique judiciaire française (81).

York/Londres, 1975, p. 210 et s. ; T. Franck, *Political Questions/Judicial Answers : Does the Rule of Law Apply to Foreign Affairs ?*, Princeton, 1992 ; et pour l'affirmation d'un juge de la Cour Suprême que la théorie de l'*Act of State* n'est qu'une application de la *Political Question Doctrine*, v. *First National City Bank of New York v. Banco Nacional de Cuba*, précit., p. 787-788 (Brennan J.).

(78) cf. la lettre du 26 novembre 1975 reproduite en annexe à l'arrêt *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba*, 425 U.S. 682, 710-711 (1976) ; comp. dans le même sens la lettre du 19 novembre 1982, reproduite 22 LL.M. 207 (1983).

(79) cf. L. Henkin/A. Lowenfeld, « Letter to the Editor in Chief », 79 A.J.L.L. 717, 718 (1985) ; v. aussi M. Bazylar, « Abolishing the Act of State Doctrine », 134 U. Pa. L. Rev. 252, 396 (1986), qui estime que l'abandon de la théorie devrait être imposé par voie législative.

(80) cf. G. Berman, « Public Law in the Conflict of Laws », 34 Am. J. Comp. L. (Supplement) 157, 175 (1986), qui décrit la théorie comme « [a] device operating outside the ordinary choice of law process that tends to favor application of foreign policies, especially policies "public" and often political in character ».

(81) La même recherche serait possible à propos d'autres systèmes juridiques : en matière d'expropriation de biens corporels (mais non en matière contractuelle), la pratique anglaise s'est fortement inspirée du droit américain depuis *Aksionairnoye Obschestvo A.M. Luther v. James Sagor & Co.* [1921] 3 K.B. 532, C.A. ; *Princess Paley Olga v. Weisz* [1929] 1 K.B. 718, C.A. ; et v. *Buttes Gas and Oil Co. v. Hammer* [1982] A.C. 888 ; adde les commentaires critiques de F.A. Mann, « The Sacrosanctity of the Foreign Act of State » (1943) 59 L.Q.R. 42 et *Foreign Affairs in English Courts*, Oxford, 1986, p. 164 et s. — La jurisprudence allemande, sans reprendre à son compte la théorie de l'*Act of State* (pour son rejet exprès, v. BGH 3 novembre 1992, NJW 1993. 141, 142), est néanmoins très favorable à la reconnaissance des expropriations de biens situés sur le territoire de l'Etat nationalisateur

§ 2. — La théorie de l'*Act of State* et la jurisprudence française

284. Pour qu'un équivalent de la théorie de l'*Act of State* puisse exister dans la pratique judiciaire française, une condition préalable doit être remplie : dans la mesure où la théorie est une manifestation de la conception que le juge américain se fait des limites de sa mission dans certains litiges internationaux, il faut que cette conception se retrouve, d'une manière ou d'une autre, dans la pratique française. Si la tendance à l'autolimitation des pouvoirs d'appréciation et de décision du juge était absolument étrangère à la tradition française, on chercherait assurément en vain, dans la jurisprudence française, des parallèles à une théorie dont le fondement ultime — tel qu'il a été expliqué dans l'arrêt *Sabbatino* de la Cour Suprême des Etats-Unis (82) — est la « profonde conviction » des tribunaux que certaines questions, même si elles apparaissent dans le cadre d'un litige de droit privé, touchent en fait de si près aux relations extérieures de l'Etat qu'il vaut mieux en laisser la solution à la diplomatie et au pouvoir exécutif. Certes — et nous le verrons — la jurisprudence judiciaire française n'est pas marquée, dans les litiges internationaux, d'une si profonde conviction de l'inutilité ou de l'inopportunité d'une intervention du juge au nom de la règle de droit. Mais cette conviction n'est pas non plus fondamentalement étrangère à la pratique des tribunaux français. L'abstention judiciaire et la déférence à l'égard du pouvoir exécutif s'y retrouvent aussi — elles s'y retrouvent de moins en moins peut-être, mais elle s'y retrouvent toujours.

Et d'abord à l'égard de certains actes du gouvernement français — les « actes de gouvernement », dans la terminologie consacrée. La référence au droit interne

(pour un rappel du rôle presque inexistant de l'ordre public du for, v. l'important arrêt BVerfG 23 avril 1991, BVerfGE 84. 90, 123-124, statuant sur la constitutionnalité de la reconnaissance définitive des expropriations soviétiques sur le territoire de l'ancienne R.D.A.), et a appliqué en matière d'expropriation de créances, voire de contrôle des changes, des solutions (de localisation de la créance affectée et de reconnaissance des seules mesures frappant les créances « situées » sur le territoire de l'Etat étranger) qui ne sont pas sans analogie avec la jurisprudence américaine citée *supra*, nos 276 et 278 : v. not. BGH 17 décembre 1959, BGHZ 31. 367 ; 28 janvier 1965, IZRSpr. 1964-65, n° 68, arrêts qui fondent cette solution sur l'idée de « territorialité » du droit public étranger, soustrait aux règles normales du droit international privé. Le principal promoteur doctrinal de la théorie est M. Kegel : cf. p. ex. G. Kegel/I. Seidl-Hohenveldern, « Zum Territorialitätsprinzip im internationalen öffentlichen Recht », *Festschrift Murad Ferid*, Munich, 1978, p. 233 et s. ; G. Kegel, « Die Rolle des öffentlichen Rechts im internationalen Privatrecht », *Festschrift Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, 1988, p. 243 et s. Pour une tendance analogue en jurisprudence suisse, v. TF 26 mars 1953, ATF 79 II 193 (qui reconnaît la confiscation d'une créance « située » en Allemagne et estime que l'ordre public suisse ne peut justifier une condamnation du débiteur à procéder à un second paiement entre les mains du créancier dépossédé). — V. également, en Belgique, R. Ergec, « La doctrine de l'*Act of State* et la jurisprudence belge », *Rev. dr. int. dr. comp.* 1984. 61. — Adde, pour une étude systématique de la question, I. Seidl-Hohenveldern, *Internationales Konfiskations- und Enteignungsrecht*, Berlin/Tübingen, 1952 ; cf. également G. van Hecke, « Principes et méthodes de solution des conflits de lois », R.C.A.D.I. 1969-I. 399, 514-531, 549-563, et du même auteur « Notes critiques sur la théorie de la non-justiciabilité », *Mélanges François Rigaux*, Bruxelles, 1993, p. 517 et s.

(82) cf. le passage cité *supra*, n° 275.

n'est pas inutile. « Survivance de la raison d'Etat » (83), la théorie de l'acte de gouvernement — qui soustrait certains actes du pouvoir exécutif, en raison de leur nature, à tout contrôle juridictionnel — reste un élément respecté du droit du contentieux administratif (84) et apparaît même parfois, et sous des formes parfois surprenantes, dans le contentieux judiciaire (85). Son champ d'application s'est rétréci, c'est vrai ; en particulier, l'acte administratif à « mobile politique », considéré au siècle dernier comme le type même de l'acte soustrait au contrôle du juge, ne jouit plus d'aucune immunité et apparaît aujourd'hui, bien au contraire, comme un acte entaché de détournement de pouvoir (86). Mais dans deux domaines au moins, la théorie de l'acte de gouvernement est toujours d'actualité : le domaine des rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, et — surtout — le domaine des relations internationales de la France, qui reste dans une certaine mesure le « paradis des actes de gouvernement » (87).

Que les relations internationales sont un domaine sensible, dans lequel le juge hésite à s'aventurer alors même qu'il a été régulièrement saisi d'un litige qui y a trait, apparaît encore (ou apparaissait traditionnellement) à propos de l'interprétation judiciaire des traités internationaux ; on a pu souligner le lien qui existait entre la

(83) cf. l'un des ouvrages classiques consacrés à la théorie de l'acte de gouvernement : A. Gros, *Survivance de la raison d'Etat*, thèse Paris, 1932.

(84) Même les auteurs hostiles de la théorie dans sa forme traditionnelle (v. p. ex. M. Virally, « L'introuvable "acte de gouvernement" », R.D.P. 1952. 317 ; G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, 12^e éd., 1992, t. I, p. 511 et s.) ne mettent pas en doute le bienfondé des solutions jurisprudentielles, mais la possibilité (ou l'utilité) de les systématiser dans une théorie autonome des « actes de gouvernement ».

(85) V. p. ex. Versailles 22 mars 1990, *Association Européenne « Droit contre raison d'Etat » c. Société Dassault*, J.D.I. 1991. 691, 2^e esp., note critique Oppetit ; J.C.P. 1992. II. 21954, note critique Viney, cassé par Civ. 1^{re} 30 juin 1992, J.D.I. 1993. 126, note Oppetit ; v. aussi la référence — moins surprenante — à l'idée d'acte de gouvernement, dans le contexte de l'affaire *Eurodif*, par l'arrêt de la Cour de Paris du 12 juillet 1982 confirmé — mais par substitution de motifs — par Civ. 1^{re} 14 mars 1984, 2^e arrêt, D. 1984. 629, rapport Fabre, note Robert ; J.C.P. 1984. II. 20205, concl. Gulphe, note Synvet (cf. la discussion de la question dans le rapport et les conclusions).

(86) cf. le commentaire de l'arrêt *Prince Napoléon* (C.E. 19 février 1875, Rec., p. 155) par MM. Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois : *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 10^e éd., 1993, n^o 3, spéc. p. 18.

(87) P. Duez, *Les actes de gouvernement*, 1935, p. 52. — Sur l'application de la théorie de l'acte de gouvernement dans ce domaine, v. E. Zoller, *Droit des relations extérieures*, 1992, n^{os} 239 et s. ; J. Moreau, « Internationalisation du droit administratif français et déclin de l'acte de gouvernement », *Mélanges Yvon Loussouarn*, 1994, p. 293 et s. ; et pour un aperçu de la jurisprudence, v. Auby et Drago, *Traité de contentieux administratif*, 3^e éd., 1984, t. I, n^{os} 96 et s. ; J. Georgel, « Recours pour excès de pouvoir — Conditions particulières de recevabilité », *Juriscl. Administratif*, fasc. 1140, n^{os} 63 et s. ; B. Odent, *Rép. Dalloz Contentieux administratif*, v^o *Actes de gouvernement*, n^{os} 42 et s. — Pour une comparaison du droit français avec le droit belge, v. R. Ergéc, « Le contrôle juridictionnel de l'administration dans les matières qui se rattachent aux rapports internationaux : Actes de gouvernement ou réserve de pouvoir discrétionnaire ? », *Rev. dr. int. dr. comp.* 1986. 72. — Comp. d'ailleurs, en jurisprudence communautaire, C.J.C.E. 7 novembre 1985, *Adams/Commission*, aff. 53/84, Rec., p. 3596, 3601 : « une décision de saisir ou de ne pas saisir le comité mixte [institué par l'accord de libre-échange entre la Communauté et la Suisse] de cette affaire ne peut être prise qu'en vue des seuls intérêts généraux de la Communauté, à la suite d'une appréciation essentiellement politique qu'un particulier ne peut pas attaquer en justice ».

théorie des actes de gouvernement et la jurisprudence, aujourd'hui abandonnée par le Conseil d'Etat, qui réservait au pouvoir exécutif l'interprétation des traités : la « préoccupation ... selon laquelle la conduite des relations internationales doit être laissée à la totale discrétion de l'exécutif, même lorsqu'elle interfère avec des intérêts individuels dont la mise en cause a fait naître l'instance » (88).

Pas plus que le juge américain, le juge français ne s'estime par conséquent tenu de statuer dans tous les cas sans pouvoir tenir compte des répercussions (réelles ou purement hypothétiques) que son jugement pourrait avoir sur les relations internationales de l'Etat. Cette attitude peut être projetée dans l'ordre international et être maintenue lorsque c'est à l'action d'un service public non plus français, mais étranger, que le litige a trait ; et elle peut aller très loin, trop loin même : comme on le sait, des tribunaux français se sont déclarés incompétents pour connaître, non seulement d'actions en annulation de saisies ordonnées à l'étranger ou de marques enregistrées à l'étranger, mais encore — et toujours pour des motifs de « souveraineté publique » — de demandes en dommages-intérêts entre personnes privées, fondées sur une saisie abusive (89) ou sur l'inexécution d'un contrat de cession de marque (90). Il pourrait y avoir, en tout cela, les bases d'une théorie de l'*Act of State* à la française.

285. Et pourtant, l'acte de souveraineté étranger ne se voit pas appliquer, en droit français, un régime dérogatoire au droit commun des conflits de lois et de juridictions. Du moins dans la jurisprudence de la Cour de cassation, on chercherait en vain l'équivalent des arrêts *Bernstein* et *Sabbatino* (91). Dans le contexte des nationalisations soviétiques, la Cour de Paris — qui statuait dans le cadre d'une saisie-arrêt formée par la victime d'une expropriation sans indemnité contre la Représentation commerciale de l'U.R.S.S. — a, il est vrai, jugé « que la question de savoir si cette dépossession est le fait d'un Etat souverain ou d'un Etat accomplissant des actes de commerce ou de gestion ne pourra être résolue que lorsque la situation sera réglée par des traités internationaux ; que ce n'est qu'à ce moment que le principe de la créance pourra être définitivement tranché » (92) ; le renvoi à une solution diplomatique du litige est net. De même, certaines juridictions du fond ont estimé, à propos des nationalisations de l'Espagne républicaine, qu'il ne leur appartenait pas d'y opposer l'ordre public du for (93).

La Cour de cassation l'a toujours vu différemment : elle a estimé, dans l'affaire *La Ropit*, que le décret soviétique de nationalisation de la flotte marchande instituait

(88) F. Sabiani, note sous C.E. 29 juin 1990, *G.I.S.T.I.*, R.D.P. 1990. 1579, 1587-1588 ; sur l'arrêt *G.I.S.T.I.* (Rec., p. 171), v. aussi les notes de F. Julien-Laferrrière, J.D.I. 1990. 965 et de P. Lagarde, R. 1991. 61, avec les références à la pratique suivie par les différentes formations de la Cour de cassation.

(89) V. les réf. citées *supra*, n^o 117, note 45.

(90) Paris 17 octobre 1990, R. 1991. 400, note critique Gautier ; J.D.I. 1991. 729, note critique Huet.

(91) cf. *supra*, n^{os} 274 et 275, respectivement.

(92) Paris 12 février 1941, Gaz. Pal. 1941. I. 139, réformant Trib. civ. Seine 12 janvier 1940, Gaz. Pal. 1940. I. 44. La saisie-arrêt a, en conséquence, été annulée.

(93) Trib. civ. La Rochelle (réf.) 18 octobre 1937, J.D.I. 1938. 57 ; Poitiers 20 décembre 1937, J.D.I. 1938. 287.

« un mode d'acquisition de la propriété que les tribunaux français ne peuvent reconnaître » (94). Et dans l'affaire *Potasas Ibericas*, la question de l'*Act of State* a été clairement posée et résolue : statuant dans un litige entre la société dépossédée et le tiers détenteur d'une cargaison de potasse extraite de ses mines espagnoles, la Cour de Montpellier avait jugé que « la mainmise sur les 550 tonnes de potasse expédiées de Barcelone ne devrait apparaître que comme un acte accompli dans sa souveraineté par le Gouvernement espagnol » et que « le juge français, n'ayant point qualité pour en apprécier la légalité, ne saurait s'opposer à la livraison au porteur d'un connaissement régulier des marchandises expédiées en exécution de cet acte ». La Chambre civile a censuré cette motivation, en rappelant que « les tribunaux français ne sauraient reconnaître aucune dépossession d'un droit de propriété, en dehors du consentement de propriétaire, sans une juste et préalable indemnité ». Elle n'a pas pour autant estimé que cette référence à l'ordre public épuisait le débat ; il s'agissait, après tout, d'une action en revendication mobilière entre personnes privées : la suite de son arrêt — rendu au visa non seulement de l'article 545 du Code civil, mais encore de l'article 2279, alinéa 1^{er} — reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si le détenteur des marchandises était ou non un possesseur de bonne foi (95). Cette double référence au droit commun, conciliant les exigences de l'ordre public du for et celles de la justice entre particuliers, ne peut qu'être approuvée ; elle est à l'évidence très éloignée de la théorie de l'*Act of State* (96).

La Cour de cassation a maintenu et confirmé son attitude dans l'affaire des nationalisations algériennes (97) — ce qui ne l'a pas empêchée, dans les procès entre locataires d'immeubles expropriés en Algérie et propriétaires dépossédés, de prendre en considération l'effet de fait des mesures algériennes (98) : mais si elle l'a fait, c'était dans un souci de justice matérielle, non par respect de l'acte de souveraineté étranger.

Il faut conclure de cette jurisprudence, qui est approuvée par la doctrine (99), que l'acte de puissance publique étranger ne bénéficie pas, devant les tribunaux français, des tabous qui constituent la principale caractéristique de la théorie de l'*Act of State*. C'est un point essentiel, qu'il conviendra de garder à l'esprit en abordant le

(94) Req. 5 mars 1928, R. 1929. 288, note Niboyet ; Ancel et Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 2^e éd., 1992, n° 13.

(95) Civ. 14 mars 1939, R. 1939. 280. — Saisie sur renvoi après cassation, la Cour de Nîmes (19 mai 1941, Nouvelle Revue 1942. 389) décida que les conditions d'application de l'art. 2279, al. 1^{er} n'étaient en l'espèce pas réunies et ordonna la restitution des marchandises.

(96) Pour s'en rendre compte, il suffit de comparer le raisonnement de l'arrêt *Potasas Ibericas* avec celui de la Cour d'appel pour le Second Circuit dans l'affaire, à certains égards similaire, *Bernstein v. Van Heyghen Frères Société Anonyme*, 163 F.2d 246 (1947), citée *supra*, n° 274.

(97) Civ. 1^{re} 23 avril 1969, plusieurs arrêts, J.C.P. 1969. II. 15897, concl. Blondeau ; D. 1969. 341, concl. Blondeau ; R. 1969. 717, note Schaeffer ; J.D.I. 1969. 912, note Chardenon ; v. aussi, depuis lors, Com. 19 mars 1979, R. 1981. 524, note critique Lagarde.

(98) cf. *supra*, n°s 194 et 195.

(99) V. not. Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, t. I, 8^e éd. 1993, n° 357 ; P. Mayer, *Droit international privé*, 4^e éd., 1991, n° 330.

rôle (ou le non-rôle) de la notion d'acte de souveraineté dans le droit international privé français des obligations.

286. Même sans la théorie de l'*Act of State*, le pouvoir du juge français de statuer sur certains litiges impliquant l'activité des pouvoirs publics étrangers est limité par l'immunité de juridiction dont peut bénéficier l'Etat étranger : c'est elle, par exemple, qui empêche le juge français de condamner l'Etat étranger (ou l'une de ses émanations) à des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par un particulier du fait d'une nationalisation (100) ou d'un autre acte de puissance publique (101). Techniquement, l'immunité de juridiction ne joue que lorsque l'Etat étranger est défendeur à l'instance, et, « différant en cela de la doctrine de l'*Act of State*, ne préserve pas l'Etat d'une simple affirmation incidente relative à l'un de ses actes, même de pure souveraineté » (102).

Ceci dit, la conception française de l'immunité de juridiction est telle que peuvent en bénéficier certaines activités qui ne seraient pas couvertes par l'immunité dans une conception moins extensive : tel est le cas des actes étatiques *jure gestionis* accomplis « dans l'intérêt d'un service public » (103) ; tel est le cas aussi des actes d'organismes purement privés occasionnellement chargés d'une mission de service public — critère qui a permis, dans l'affaire *Banque du Japon*, à la Cour de cassation de considérer comme un « acte de puissance publique » relevant de l'immunité de juridiction une faute délictuelle commise par la délivrance d'une fausse attestation (104). Encourageant ainsi l'irruption de la notion d'acte de puissance publique dans l'appréciation d'une activité commerciale par sa forme, cette jurisprudence ne risque-t-elle pas d'étendre l'immunité à des faits d'inexécution d'une obligation contractuelle par l'Etat ou ses émanations, pourvu qu'elle soit motivée par des considérations politiques « de service public » ? On retrouverait ainsi, sous une autre forme, l'un des excès les plus graves de la théorie de l'*Act of State* : l'hésitation à condamner la répudiation, politiquement motivée, d'obligations contractuelles (105). Le risque peut toutefois être écarté aussi longtemps que l'objet de la qualification en termes d'actes *jure gestionis* et *jure imperii* reste l'activité dont résulte l'obligation inexécutée, par opposition à l'acte qui a provoqué l'inexécution : on glisserait de l'immunité de juridiction à la théorie de l'*Act of State* si un organisme étatique, refusant pour des raisons politiques

(100) Civ. 1^{re} 2 mai 1978, J.D.I. 1978. 904, note Kahn ; 20 octobre 1987, R. 1988. 727, note Mayer.

(101) Civ. 1^{re} 4 février 1986, R. 1986. 718, note Mayer (« rétention arbitraire » d'un navire dans un port libyen) ; comp. Paris 2 octobre 1991, *République de Lettonie*, D. 1991 I.R. 255 (« action d'une République visant à faire constater par huissier l'occupation illicite de son immeuble par un autre Etat étranger ») ainsi que Civ. 1^{re} 30 juin 1993, *République de Lituanie*, Bull. civ. I, n° 234 (selon cet arrêt, l'admissibilité de pareille demande dépend de l'attitude procédurale adoptée par l'Etat étranger concerné).

(102) P. Mayer, note précit., p. 721.

(103) cf. *supra*, n° 141.

(104) Civ. 1^{re} 19 mai 1976, J.D.I. 1976. 687, note Kahn ; R. 1977. 359, note Batiffol ; comp. déjà Paris 26 février 1880, maintenu par Civ. 21 avril 1886, D.P. 1886. I. 393.

(105) V. les décisions américaines citées *supra*, n° 277.

d'exécuter ses obligations commerciales, pouvait prétendre qu'il agit ainsi dans un but « public », couvert par l'immunité (106).

Ce glissement de l'immunité de juridiction à l'*Act of State* paraît caractériser la proposition, avancée en 1950 par Niboyet, de substituer au raisonnement en termes d'immunité de juridiction, personnelle à l'Etat étranger, un raisonnement en termes d'« incompétence d'attribution », *ratione materiae*, du juge français pour connaître des actes de puissance publique (« actes de fonction ») étrangers (107). Cette conception, que la Cour de cassation avait accueillie par un arrêt, isolé, du 3 novembre 1952 (108), qui avait trouvé un écho dans quelques décisions des juges du fond (109), et qu'on aurait pu croire définitivement abandonnée, continue apparemment de survivre à l'état endémique (110). Une décision de 1983 démontre que même en matière contractuelle, le raisonnement en termes d'actes de souveraineté reste toujours, en marge des règles normales du droit international privé, une réelle tentation.

Le contexte de l'affaire y invitait peut-être. Le litige opposait la Banque centrale d'Iraq à la Banque commerciale de Syrie (établissement public syrien), auprès de laquelle elle a avait déposé la somme de 80 millions de dollars américains, somme que la banque syrienne refusait de lui restituer depuis qu'une décision du gouvernement syrien avait « ordonné le "blocage des avoirs et droits revenant au

(106) V. sur ce point F.A. Mann, « A New Aspect of the Restrictive Theory of Sovereign Immunity » (1982) 31 I.C.L.Q. 573 (observations sur l'arrêt *I Congreso del Partido* [1983] 1 A.C. 244, cité *supra*, n° 141).

(107) J.-P. Niboyet, « Immunité de juridiction et incompétence d'attribution », R. 1950. 139. Niboyet en déduisait d'une part que cette incompétence d'attribution ne dépendait, contrairement à l'immunité de juridiction, pas de la qualité d'Etat souverain du défendeur et, d'autre part, qu'étant d'ordre public, elle ne pouvait faire l'objet d'une renonciation par celui-ci.

(108) Civ. 1^{re} 3 novembre 1952, R. 1953. 425, note Freyria, à propos d'une demande en dommages-intérêts dirigée contre la Banque d'Espagne pour fautes commises dans une activité d'estampillage de billets de banque périmés, « opération accomplie dans des conditions rigoureusement imposées par l'Etat espagnol par représentation de ce dernier » : l'arrêt énonce que « la Banque, en la circonstance, n'a été qu'un agent de l'Etat espagnol, accomplissant dans la plénitude de ses pouvoirs un acte de puissance publique ; que, dès lors, les actes critiqués, même abstraction faite du principe de l'immunité de juridiction, constituaient des actes d'autorité échappant à tout contrôle juridictionnel français ».

(109) Trib. civ. Seine (réf.) 12 juillet 1954, R. 1955. 500, 2^e esp., note Mezger ; commenté également par Sarraute et Tager, « Immunité de juridiction et mesures conservatoires (affaire Picasso) », Gaz. Pal. 1954. 2. Doctr. 12 ; Paris 10 février 1961, R. 1963. 588, note critique Terré. — On notera avec intérêt que les auteurs américains du second *Restatement* (*op. cit. supra*, n° 273, note 2), § 41, *Reporters' note* 2 (p. 134-135), qui s'y connaissent, ont pu citer l'arrêt de la Cour de cassation du 3 novembre 1952 et l'ordonnance du 12 juillet 1954 comme faisant application de la théorie de l'*Act of State*. V. aussi H.F. van Panhuys, « In the Borderland Between the Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities » (1964) 13 I.C.L.Q. 1193.

(110) Comp., en matière de nationalisation, la motivation de T.G.I. Paris (réf.) 5 mars 1993, R.I.D.A. 1993. 240 (affaire de l'exposition « *Matisse 1904-1917* ») : « il n'appartient pas au juge des référés ... d'apprécier en son absence si le mode d'acquisition par l'Etat Soviétique, aujourd'hui la Fédération de Russie, outre qu'il résulte d'un acte de puissance publique, porte à l'ordre public français, en raison de son caractère spoliateur, une atteinte d'une gravité telle qu'il puisse être privé d'effet en France » (c'est nous qui soulignons).

Gouvernement Iraquien", avec "application immédiate" et "sous peine de toute responsabilité" ». La banque irakienne avait tenté d'obtenir néanmoins le paiement qui lui était dû et avait, à cette fin, pratiqué saisie-arrêt, à Paris, sur les avoirs détenus par la banque syrienne auprès de plusieurs banques françaises. Le tribunal de Paris ne souhaitait manifestement pas s'immiscer dans ce qui était en substance un litige, par émanations interposées, entre deux Etats étrangers. L'immunité de juridiction (ou d'exécution) proprement dite de la banque syrienne lui semblait sans doute un moyen technique peu sûr pour résoudre l'affaire ; l'activité d'un banquier dépositaire de fonds est, après tout, une activité *jure gestionis*. Il n'en restait pas moins que le refus de restitution était, au-delà de toute inexécution contractuelle, un acte dont la motivation politique était évidente et qui n'était qu'une suite de la décision que venait de prendre le gouvernement syrien. C'est là l'idée sur laquelle le tribunal — statuant en état de référé — a, en définitive, choisi de se fonder pour ordonner la mainlevée de la saisie :

« Attendu qu'en se refusant à régler à la Banque Centrale d'Iraq le montant de la créance invoquée par celle-ci — et au surplus non contestée — la Banque Commerciale de Syrie apparaît, dans un premier temps, et sous réserve d'un débat plus ample échappant à la compétence du juge des référés, comme n'étant qu'un agent de l'Etat syrien accomplissant, pour le compte et en représentation de celui-ci, un acte de "blocage" qui, exclusif de l'activité commerciale normale d'une banque, présente les caractéristiques d'un acte de puissance ou de gestion publique ;

Qu'abstraction faite du principe de l'immunité de juridiction des Etats étrangers, cet acte, qui échappe au contrôle juridictionnel français, en vertu du principe de l'indépendance des Etats souverains, exclut toute mesure de contrainte ou de violence juridique qui lui ferait pièce et, notamment, toute saisie-arrêt, malgré le caractère simplement conservatoire reconnu à la phase initiale de cette saisie » (111).

S'il n'est pas difficile de comprendre les soucis qui paraissent avoir animé les magistrats parisiens, il est permis de regretter certains aspects de la motivation de leur décision. Selon celle-ci, une immunité peut s'attacher, indépendamment de toute immunité de juridiction personnelle du défendeur, à un acte de « blocage » accompli par un banquier — c'est-à-dire à un acte d'inexécution contractuelle — en raison de la motivation politique de celui-ci. Pour cette seule raison, l'acte « échappe au contrôle juridictionnel français » : le juge français ne peut sanctionner l'inexécution de l'obligation. La qualité des parties à ce litige et l'éloignement des données de celui-ci par rapport à l'ordre juridique français ne doivent faire oublier les dangers que recèle ce raisonnement si abstrait, parfaitement transposable à un autre litige : il justifie (tout à fait dans une logique d'*Act of State*) un abandon par le juge de son rôle normal, qui est précisément la sanction de l'inexécution des obligations de droit privé. La volonté d'abdication ainsi affichée par le tribunal est d'autant plus regrettable qu'en l'espèce, l'application pure et simple des principes de

(111) T.G.I. Paris (réf.) 16 décembre 1983, sommaire au D. 1984. Somm. 262, obs. Vasseur. L'influence de la motivation de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 novembre 1952 (*supra*, note 108) sur le jugement est évidente.

droit commun lui aurait permis d'atteindre le même résultat concret (112). Sans doute le jugement de 1983 n'est-il pas typique de l'attitude des tribunaux (113). Mais il illustre les dangers de l'appel au « principe de l'indépendance des Etats souverains » comme seule *ratio decidendi* dans un litige ayant trait à des obligations contractuelles.

287. Il reste une dernière caractéristique, d'ordre méthodologique celle-là, de la théorie américaine de l'*Act of State* : le raisonnement en termes de « situation » des créances et des dettes, se substituant à l'application d'une règle de conflit bilatérale lorsqu'il s'agit de savoir si les effets d'une norme contraignante étrangère sur une obligation doivent ou non être reconnus par le juge. Le juge français s'inspire-t-il de cette méthode ?

La question s'est posée le plus nettement à propos des nationalisations de biens incorporels. Comme on le sait, il a été proposé en doctrine, par M. Mayer (114), de renoncer à considérer les actes de nationalisation comme des règles qu'il s'agit d'appliquer à condition qu'elles fassent partie de la loi désignée par la règle de conflit du for ; il faudrait plutôt, selon cette analyse, y voir des *décisions* qu'il s'agit de reconnaître, à condition qu'elles ne heurtent pas l'ordre public du for et que l'Etat étranger soit resté dans les limites de sa compétence — d'ailleurs identifiée comme étant non pas son territoire, mais sa « sphère économique ». Quels que soient les mérites de cette analyse, il faut reconnaître qu'elle n'a exercé, jusqu'à présent, qu'une influence superficielle sur la jurisprudence (115). L'arrêt *Société méditerranéenne de combustibles* de 1979 (116) fait certes état d'une « mesure étrangère de nationalisation » qui « ne peut avoir effet que sur le territoire de l'Etat

(112) Il suffirait de mettre l'accent non pas sur l'« acte de blocage » commis par la banque, mais sur l'ordre du gouvernement syrien en vertu duquel la banque y avait procédé ; peu importe que techniquement, cet ordre soit analysé comme une règle ou une décision (cf. *infra*, n° 287), puisque tant la compétence internationale du gouvernement syrien pour l'émettre que l'applicabilité de la loi syrienne à un dépôt en banque auprès d'une banque établie en Syrie sont difficilement contestables, et que le tribunal aurait pu décider que l'ordre public du for, n'étant en rien concerné par l'opération de blocage, ne s'opposait pas à sa reconnaissance ou application. Comp., sur ce dernier point, l'arrêt du Tribunal fédéral suisse rendu dans l'affaire opposant la Banque Centrale du Chili à la Banque Nationale de Cuba, à propos du non-remboursement du prêt consenti à l'organisme cubain par virement sur son compte bancaire zurichois (TF 20 juillet 1992, ATF 118 II 348 : *supra*, n° 172) : le Tribunal fédéral y laisse entendre, incidemment (p. 353) qu'en raison de son caractère « discriminatoire », la loi d'embargo cubaine pourrait être considérée comme contraire à l'ordre public suisse ; on observera que du fait de la localisation des avoirs prêtés, cette affaire n'était pas dépourvue de liens avec le territoire du for.

(113) C'est précisément en raison de sa motivation purement politique qu'en 1982, l'appel par des bénéficiaires iraniens à des garanties à première demande émises par des banques américaines a été jugé, en Belgique et en France, « abusif et manifestement frauduleux » : Trib. com. Bruxelles (réf.) 6 avril 1982 et Trib. com. Paris (réf.) 12 février 1982, D. 1982. 504, note Vasseur.

(114) P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, 1973, n°s 156 et s. ; 257 et s. ; v. aussi, du même auteur, *Droit international privé*, *op. cit.*, n°s 98 et s. ; 662 et s.

(115) V. d'ailleurs en ce sens l'analyse de la jurisprudence française par P. Mayer, « Le rôle du droit public en droit international privé français » in *Colloque de Bâle sur le rôle du droit public en droit international privé*, Bâle/Francfort, 1991, p. 63 et s., n° 13.

(116) Civ. 1^{re} 20 février 1979, J.C.P. 1979. II. 19147, concl. Gulphe ; R. 1979. 803, note Batiffol ; Ancel et Lequette, *op. cit.*, n° 57.

qui la prend » ; dans la suite de sa motivation il paraît toutefois, comme on l'a relevé, accorder une importance déterminante au fait que la créance que l'Etat algérien avait prétendu s'approprier était régie par la loi française (117). De même, l'arrêt *Total Afrique* de 1981 (118) caractérise expressément une ordonnance malgache comme étant une « décision étrangère de nationalisation », non contraire à l'ordre public français et donc « efficace » ; mais pour juger ensuite que la créance litigieuse devait être attribuée à l'Etat nationalisateur, l'arrêt souligne, au vu d'une « recherche de l'intention implicite des parties », à laquelle s'étaient livrés les juges du fond, que la créance était régie par la loi malgache : c'est de cette constatation qu'il a déduit « que cette créance avait été atteinte par la décision de nationalisation ». Ces arrêts ont beau déclarer que les nationalisations sont des décisions ; ils n'abandonnent pas pour autant, à leur propos, la méthode la plus classique des conflits de lois. Il restera à voir si cette position est définitivement arrêtée.

En tout cas, ces arrêts démontrent aussi — par un excès peut-être — que même en présence d'une intervention des autorités publiques d'un Etat étranger, la règle de conflit bilatérale garde dans la pratique judiciaire française son utilité ; et en fait, dans la plupart des hypothèses, son application est entièrement justifiée. Il ne suffit pas que la norme étrangère puisse être considérée, en raison de son caractère contraignant, comme un « acte de puissance publique » pour que la méthode des conflits de lois doive aussitôt être écartée ; les « actes de puissance publique » qui sont des lois de police (et donc des « règles ») peuvent parfaitement être appliqués par le juge français comme éléments de la *lex causae* (119). La distinction entre règles et décisions a incontestablement son importance en droit international privé ; mais la catégorie des « décisions », soustraites au mécanisme normal des conflits de lois, ne doit pas pour autant devenir envahissante. Il n'est pas certain, par exemple, que les lois de moratoire puissent être considérées comme des « décisions collectives » dont le juge devrait — sous la seule réserve de l'ordre public — reconnaître les effets sur les catégories de créances visées par le législateur étranger (120) ; la jurisprudence française y a appliqué la méthode des conflits de lois (121), et il semble bien qu'il faille l'approuver sur ce point.

(117) cf. H. Batiffol, note précit., p. 806-807.

(118) Civ. 1^{re} 1^{er} juillet 1981, J.D.I. 1982. 148, note Bourel ; R. 1982. 336, note Lagarde.

(119) cf. les exemples cités *supra*, n° 270, notes 6 à 8 ; *adde* Civ. 1^{re} 15 novembre 1983, J.D.I. 1984. 887, note Courbe ; R. 1985. 100, note Batiffol, donnant effet à une loi de police (pour cette qualification, v. H. Batiffol, note, p. 106-107) qui établissait une contribution forcée frappant, au profit du Trésor algérien, certaines créances : « acte étranger de puissance publique qui portait sur des droits incorporels soumis à la loi algérienne ».

(120) M. Mayer propose cette qualification, au motif que « les lois de moratoire, bien que collectives, sont des décisions car elles ont pour seul effet de retarder l'échéance de dettes antérieurement contractées : elles ne sont pas permanentes » (*La distinction ..., op. cit.*, n° 174 ; v. aussi n°s 284-286). — L'idée repose sur une conception particulièrement extensive de la notion de décision (pour une conception plus restrictive, v. en droit administratif français la distinction proposée par A. de Laubadère, *Droit administratif*, t. I, 12^e éd. par J.-C. Venezia et Y. Gaudemet, 1992, n° 804 : « l'acte réglementaire régit une situation considérée en termes généraux ; l'acte individuel caractérise la situation de droit d'un administré nommé désigné dans l'acte », étant observé que l'« acte collectif » est celui qui vise plusieurs administrés ainsi déterminés dont les situations individuelles sont solidaires : cf. P.

288. Une conclusion, que l'on peut trouver rassurante, se déduit de tout ce qui précède : la théorie de l'*Act of State* n'a pas sa place en droit international privé français. Le juge français ne s'estime pas obligé d'éviter toute appréciation de la compatibilité des actes de puissance publique étrangers, invoqués devant lui, avec les conceptions fondamentales de l'ordre juridique du for ; il ne s'estime pas non plus tenu de mettre à l'écart les règles de droit commun, aptes à fournir la juste solution d'un différend entre particuliers, dans le jugement des litiges qui font intervenir la contrainte étatique sous l'une ou l'autre de ses formes.

Il est vrai que parfois, le raisonnement en purs termes de droit public, l'appel au « principe de l'indépendance des Etats souverains » comme seul principe de décision, apparaissent même dans des affaires où ils ne devraient pas être déterminants. Mais il s'agit là, sans doute, d'archaïsmes juridiques : on n'enseigne plus, aujourd'hui, que « tout conflit de lois recouvre ... un conflit de souverainetés et doit emprunter sa solution à des raisons de droit public » (122) et on n'estime plus, en matière de conflits de juridictions, qu'un critère de sujétion politique est le critère le plus adéquat dans la vérification de la compétence internationale des tribunaux étrangers (123) ; simplement, si ces réflexes ont définitivement disparu du raisonnement des tribunaux là où toutes les normes en présence sont des normes de droit privé, il peut parfois être tentant d'y avoir recours en présence d'un « acte de puissance publique ». C'est une tentation à laquelle les tribunaux français résistent le plus souvent avec succès.

Delvolvé, *L'acte administratif*, 1983, nos 252 et 253). Surtout, elle est d'une singulière portée, puisqu'elle pourrait aboutir à mettre à l'écart la méthode des conflits de lois à propos de tous les cas d'intervention législative dans les contrats en cours : quelle que fût la loi applicable aux contrats, ils se trouveraient automatiquement atteints, devant le juge du for, par les dispositions de la loi étrangère. Une analyse en termes de lois de police (et non plus en termes de « décisions collectives ») ne fait pas naître le même risque. Quant au choix entre les différentes méthodes, il pourrait utilement reposer sur des critères fonctionnels (quelle est la méthode la plus appropriée à chaque type de situation ?) ; et la méthode de la reconnaissance des « décisions » étrangères paraît mieux convenir aux nationalisations qu'aux moratoires !

(121) Trib. com. Marseille 27 novembre 1931, J.D.I. 1934. 927, qui refuse de faire application, au profit d'un débiteur bulgare, d'un moratoire législatif bulgare à un contrat régi par la loi française ; v. aussi Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, t. II, 7^e éd., 1983, n° 612, note 3. — Pour l'application d'un moratoire allemand à une créance régie par la loi allemande, v., en jurisprudence anglaise, *Re Claim by Helbert Wagg & Co. Ltd.* [1956] Ch. 323.

(122) A. Pillet, « Le droit international privé. Essai d'un système général de solution des conflits de lois », J.D.I. 1896. 5, 25 (conclusion de son article publié au J.D.I. 1894. 417 ; 711 ; 1895. 241 ; 500 ; 929) ; cf. aussi ses *Principes de droit international privé*, 1903, n° 23 (« Toute question de conflits de lois est une question de conflit de souverainetés »). — Sur le déclin de la conception publiciste des conflits de lois, v. P. Mayer, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits*, n° 2 (1985), p. 129 et s. ; v. aussi A. Nussbaum, « Rise and Decline of the Law-of-Nations Doctrine in the Conflict of Laws », 42 *Colum. L. Rev.* 189 (1942).

(123) V., à propos du passage d'une conception publiciste du contrôle de la compétence indirecte : la doctrine classique du juge naturel » à la conception privatiste actuelle, D. Holleaux, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, 1970, nos 201 et s. (n° 377 : « la doctrine publiciste, qui a correspondu à un certain stade du développement des règles de compétence internationale, est ensuite devenue, sauf cas particuliers, un placage artificiel de notions de droit public sur un fond de droit privé »).

SECTION II

UNE TECHNIQUE ALTERNATIVE : LE RATTACHEMENT SPÉCIAL DES LOIS DE POLICE ÉTRANGÈRES

289. Alors que la théorie de l'*Act of State* s'est développée en marge du droit commun des règles de conflit, la théorie du rattachement spécial des lois de police étrangères a été construite par ses auteurs (1) en réaction aux résultats, considérés comme insatisfaisants, de la méthode bilatéraliste traditionnelle (2). Le reproche, comme nous aurons l'occasion de le voir, est double : d'un côté la méthode traditionnelle définirait mal les conditions de l'application des lois de police étrangères, en la faisant dépendre de la désignation de la loi étrangère par la règle de conflit du for ; la théorie du rattachement spécial propose, au contraire, au juge de se laisser guider, dans une certaine mesure du moins, par la volonté d'application de la loi étrangère (3). D'un autre côté, la simple prise en considération de certaines lois de police étrangères « inapplicables » — qui fait partie intégrante de la méthode traditionnelle — serait un palliatif, tout à fait insuffisant, apporté aux déficiences fondamentales de la méthode : là encore, elle aboutirait à respecter inadéquatement la volonté d'application de la loi étrangère, tant en ce qui concerne son champ d'application spatial qu'en ce qui concerne les sanctions de sa méconnaissance par les contractants.

Nous aurons à examiner si et dans quelle mesure ces reproches sont à considérer comme fondés et peuvent justifier, soit l'abandon complet de la méthode traditionnelle, soit certains aménagements, le tout en fonction de considérations d'opportunité auxquelles nous aurons l'occasion de revenir (Sous-section II). Mais avant cela, il conviendra de vérifier que la question du rattachement spécial des lois

(1) V. les références bibliographiques citées *infra*, n° 299.

(2) Sur le contenu de la méthode bilatéraliste en matière contractuelle, v. *supra*, n° 270.

(3) Nous résumons sous l'expression « rattachement spécial des lois de police étrangères » des théories ou méthodes qui ont comme point commun le respect de la volonté d'application immédiate de la norme étrangère, mais qui ne se recoupent pas sur tous les points. M. Lagarde (note sous C.E. 5 juin 1987, *Lalain*, R. 1989. 688, 691-692) propose de réserver, terminologiquement, l'expression « méthode des rattachements spéciaux » à la méthode qui exclut entièrement, en ce qui concerne les lois de police, la référence à la *lex contractus*, même pour ce qui est de l'application des lois de police qui en font partie ; la méthode qui ne fait qu'ajouter, à l'application des lois de police de la *lex causae*, le rattachement spécial de certaines lois de police d'un Etat tiers devrait, selon lui, être désignée comme « méthode des lois de police ». La distinction entre les deux méthodes est certainement réelle, mais il ne nous a pas paru indispensable, dans le présent contexte, d'en tenir compte dans la terminologie employée.

de police étrangères est bien une question d'opportunité, et non une question de logique juridique dont la réponse est imposée, en tout ou en partie, par des règles préexistantes (Sous-section I).

SOUS-SECTION I

LE RATTACHEMENT SPÉCIAL DES LOIS DE POLICE ÉTRANGÈRES : UNE QUESTION DE LOGIQUE JURIDIQUE ?

290. Les considérations de logique juridique pure qui pourraient infléchir l'attitude des tribunaux dans les litiges faisant intervenir certaines normes contraignantes étrangères sont de deux ordres. Il se pourrait en premier lieu que ces normes régissent en réalité les « modalités d'exécution » de l'obligation, soumises, par l'effet d'une règle bien établie du droit international privé, à la loi du lieu d'exécution (§ 1) ; il se pourrait, en second lieu — ou du moins s'agit-il là d'une opinion qui n'est pas sans influence en doctrine française —, que dans la mesure où les normes dont il s'agit relèvent presque toujours du droit public de l'Etat étranger intéressé, elles doivent se voir reconnaître, en vertu d'une règle de droit international public, ou en vertu de la nature même des choses, une « compétence exclusive » pour réglementer la question (§ 2).

§ 1. — Lois de police étrangères et modalités d'exécution des obligations

291. La règle selon laquelle les « modalités d'exécution » des obligations résultant d'un contrat international relèvent de la loi du lieu d'exécution est traditionnelle (4) ; les auteurs de la Convention de Rome du 19 juin 1980 l'ont codifiée à l'alinéa 2 de l'article 10 de la Convention, consacré au « domaine de la loi du contrat » :

« En ce qui concerne les modalités d'exécution et les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut dans l'exécution on aura égard à la loi du pays où l'exécution a lieu ».

A première vue, la règle ainsi présentée pourrait apparaître comme une règle de conflit dérogeant, au profit de la *lex loci solutionis*, à la compétence de la loi du contrat pour tout ce qui concerne l'exécution du contrat. Tel n'est cependant, de toute évidence, pas le cas ; l'alinéa 1^{er} du même article prend d'ailleurs soin de préciser que c'est la loi applicable au contrat qui « régit notamment ... b) l'exécution des obligations qu'il engendre ». Il existe donc une différence entre l'exécution elle-

(4) cf. A. Toubiana, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, 1972, n° 117, et les références doctrinales et jurisprudentielles ; *adde*, en droit international privé américain, American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Conflict of Laws*, St. Paul, 1971, § 206 ; v. aussi, en droit suisse, l'art. 125 L.D.I.P.

même et les simples modalités de l'exécution. Le rapport explicatif de la Convention (5), tout en soulignant que la notion de modalité d'exécution « ne paraît pas avoir ... un contenu uniforme et précis dans les divers droits et dans les diverses conceptions doctrinales », en propose comme exemples la réglementation des jours fériés, celle des modalités d'examen de la marchandise ainsi que les mesures à prendre en cas de refus de celle-ci (6). Il faut en conclure que la Convention s'en tient à une conception restrictive de la notion de modalités d'exécution. Il importe peu, à cet égard, que l'on définisse cette notion d'une manière négative, en l'opposant aux questions touchant à la substance même de l'obligation (7) ou d'une manière positive, en y voyant les « détails mineurs » de l'exécution de l'obligation (8) ; l'idée est fondamentalement la même, et la distinction entre substance de l'obligation et modalités d'exécution paraît correspondre parfaitement au champ d'application respectif des alinéas 1^{er} b) et 2 de l'article 10 de la Convention de Rome.

Ensuite, on observera que l'article 10, alinéa 2 de la Convention ne prescrit pas au juge une *application*, par rattachement spécial, des lois de police du lieu d'exécution. Les règles locales relatives à la réglementation des jours fériés, à l'examen des marchandises et aux mesures à prendre en cas de non-conformité ne sont pas toutes des lois de police au sens, par exemple, de l'article 7 de la Convention ; et elles ne sont pas « appliquées » — si l'on entend par là que la loi du lieu d'exécution fournirait la « solution substantielle » d'une partie du litige (9). Il semble plus exact de dire que ces règles sont des *local data* dont l'article 10, alinéa 2 de la Convention prescrit la prise en considération ; ne justifie-t-on pas, après tout, la solution traditionnelle, codifiée dans la Convention de Rome, par une considération de fait, à savoir « la référence tacite des parties à la loi du lieu d'exécution pour des matières réputées facultatives par la loi du contrat et qu'il serait plus commode de régler par la loi du lieu où les actes qui y sont relatifs auront été accomplis » ? (10).

292. Autant dire que la règle relative aux modalités d'exécution n'apporte aucune solution réelle au problème qui nous occupe : il est ici question de l'intervention d'une norme contraignante étrangère dans l'exécution de contrat, non pas pour préciser — dans une matière « réputée facultative par la loi du contrat » —

(5) Rapport Giuliano/Lagarde, J.O.C.E., n° C 282 du 31 octobre 1980, p. 33.

(6) Comme l'indique la note 49 au Rapport (p. 47), cette énumération s'inspire partiellement (en ce qui concerne l'examen des marchandises et ses suites) de l'article 4 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

(7) cf. A. Toubiana, *op. cit.*, n° 119 ; H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, 1938, n° 552 (« intérêts substantiels des parties »).

(8) « *Minor details of performance* » : Cheshire and North, *Private International Law*, 12^e éd., 1992, p. 515. L'intitulé de la section 206 du *Restatement* américain (précit.) est « *Details of Performance* ».

(9) cf. *supra*, n° 244. — L'article 4 de la Convention de La Haye (*supra*, note 6) indique, il est vrai, que sauf clause expresse contraire, la loi du pays où doit avoir lieu l'examen des marchandises « est applicable » aux modalités de cet examen.

(10) H. Batiffol, *loc. cit.* ; *adde* P. Mayer, *Droit international privé*, 4^e éd., 1991, n° 738, qui se réfère également à la volonté présumée des parties.

tel ou tel détail mineur que les parties ont omis ou négligé de prévoir expressément dans leur contrat, mais pour interdire l'exécution même du contrat ou la réglementer de manière à porter atteinte à la « substance de l'obligation ». Les normes prohibitives, les interdictions d'exportation, la réglementation des changes ne relèvent pas de la catégorie des simples modalités d'exécution du contrat. Il n'est pas inutile de le préciser, du moins en ce qui concerne la réglementation des changes. La monnaie de règlement et la manière du paiement sont en effet souvent rattachées, en droit international privé français, à la catégorie des modalités d'exécution (11) : il ne s'ensuit pas pour autant que la référence à la loi du lieu d'exécution ait à cet égard un caractère d'ordre public, puisqu'il est admis, là encore, qu'elle « résulte plutôt d'une interprétation de la volonté des contractants qui ont toujours la possibilité dans un contrat international de choisir entre la monnaie locale et une monnaie étrangère » (12).

Par conséquent, si les parties ont expressément stipulé un paiement en francs français à Alger et que le paiement en francs vient à être interdit par le contrôle des changes algérien, ce n'est pas la règle de droit international privé relative aux modalités d'exécution qui imposerait le respect de cette nouvelle réglementation : au contraire, si le contrat est régi par la loi française, le paiement en francs reste en principe dû et ce ne sera que l'« impossibilité d'exécuter le contrat dans la monnaie due », cas de force majeure, qui justifiera la libération du débiteur par un paiement en dinars (13). En jugeant ainsi, le juge français ne raisonne plus en termes de modalités d'exécution ; il décide de la substance de l'obligation en prenant en considération une norme prohibitive étrangère dans le cadre de l'application de la loi française.

L'effet que le juge doit donner aux lois de police intervenant par voie d'autorité dans l'exécution du contrat ne relève par conséquent pas de la règle relative aux modalités d'exécution et de l'article 10, alinéa 2 de la Convention de Rome. Il s'en déduit d'un côté qu'à la référence exclusive à la loi du lieu d'exécution que pourrait impliquer l'application de ce texte, le juge peut préférer des solutions plus souples,

(11) Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, 7^e éd., t. II, 1983, n° 613 ; Loussouarn et Bourel, *Droit international privé*, 4^e éd., 1993, n° 384. S'il faut suivre l'indication du Rapport explicatif de la Convention de Rome (*loc. cit.*) selon laquelle la notion de « modalités d'exécution » de l'article 10, alinéa 2 n'est pas une notion autonome, mais relève de la qualification *lege fori*, cette solution devrait se maintenir, après l'entrée en vigueur de la Convention, devant le juge français.

(12) Loussouarn et Bourel, *loc. cit.*, p. 413 ; *adde* J.-P. Eck, *Rép. Dalloz Droit international*, v° *Paiement*, n°s 51 et s. ; v. aussi l'article 1^{er} de l'annexe à la Convention européenne relative aux obligations en monnaie étrangère (Convention de Paris du 11 décembre 1967, *Série des Traités européens*, n° 60, non en vigueur) : « Une somme d'argent due dans une monnaie autre que celle du lieu de paiement peut être payée dans la monnaie du lieu de paiement, sauf intention contraire des parties ou usage contraire » ; *contra* : R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, 1992, n° 454. — *Comp.* toutefois la solution particulière adoptée par le législateur suisse de 1987 : art. 147, al. 3 L.D.I.P. ; *adde* F. Vischer, « Probleme des Währungsrechts nach dem Entwurf des schweizerischen IPR-Gesetzes », *Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht*, Berne, 1987, p. 425, 428-433.

(13) Civ. 3^e 14 décembre 1977, Bull. civ. III, n° 447, cité *supra*, n° 201.

puisées dans le droit matériel applicable (14). Mais il s'en déduit aussi que la prise en considération des normes en vigueur sur le territoire du pays où s'exécute l'obligation n'est, quant à elle, pas limitée aux « détails mineurs » de l'exécution. Il n'est pas possible, par conséquent, de suivre la proposition, naguère formulée par le doyen Batiffol (15), de limiter l'intervention des lois de police étrangères à des « points relativement accessoires dans le contrat ». En partant de cette idée, l'éminent auteur a été amené à exprimer « de grands doutes sur une décision anglaise bien connue rendue en 1920, l'affaire *Ralli Bros. v. Compañía Naviera Sota y Aznar* » (16), qui, en libérant le débiteur de son obligation de payer un prix illégal au regard de la loi espagnole du lieu de paiement, aurait « admis très largement l'application d'une loi de police touchant à la substance même des obligations des parties » (17). Le grief n'est pas justifié : l'arrêt *Ralli* n'a pas appliqué la norme prohibitive étrangère, mais l'a prise en considération comme obstacle irrésistible à l'exécution de l'obligation ; ce faisant, il n'a pas rendu possible, par le jeu du mécanisme de conflits du for, une atteinte à la substance de l'obligation, mais s'est borné à tirer les conséquences d'une atteinte que les parties avaient dès à présent subie en fait. Et il n'est pas concevable, à la vérité, de restreindre la prise en considération des normes étrangères à des points « relativement accessoires » : ce serait refuser d'attribuer un effet libératoire aux normes vraiment contraignantes du lieu d'exécution !

§ 2. — Le droit public étranger comme ensemble de « lois de compétence exclusive »

293. La question de la prise en considération des normes prohibitives étrangères deviendrait dans une large mesure sans objet si leur application s'imposait nécessairement au juge du for du seul fait de leur appartenance au droit public de l'Etat étranger ; et c'est effectivement là ce que soutient, à la suite de M. Pierre Mayer, une partie de la doctrine française de droit international privé. Il faut, semble-t-il, avoir égard à deux variantes de la théorie : celle qui justifie cette position en faisant appel à la répartition des compétences étatiques par le droit international public (A), et celle qui préfère considérer qu'elle se justifie par la nature même de la question posée (B). Les deux sont, en réalité, étroitement liées.

(14) Ainsi, au cas où le juge impose au débiteur un transfert du lieu d'exécution (possibilité discutée *supra*, n°s 200 et s.), l'ordre de la loi étrangère n'aura été ni suivi à la lettre, ni méconnu.

(15) H. Batiffol, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », R.C.A.D.I. 1973-II, 75, 141.

(16) [1920] 2 K.B. 287, C.A. : *supra*, n° 38.

(17) *ibid.* ; v. aussi l'intervention de Batiffol à la Session de Zagreb de l'Institut de Droit International : *Annuaire*, 1971, t. II, p. 330, selon laquelle l'affaire *Ralli* témoignerait du risque de « dénaturer le contrat » par l'« application des dispositions impératives du lieu d'exécution ».

A. — L'APPEL AU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

294. Cette thèse, développée par M. Mayer (18) et suivie par d'autres auteurs (19), est la plus radicale : le juge du for n'a pas le choix d'appliquer ou de ne pas appliquer une loi étrangère relevant du droit public, puisque l'attitude à adopter lui est dictée par le droit international.

Le raisonnement de M. Mayer s'inscrit dans une démarche doctrinale d'une incontestable originalité (20). La distinction entre droit privé et droit public a, selon lui, un profond effet sur le rôle du droit international dans l'application des normes étatiques ; en matière de droit privé, la compétence matérielle des Etats est, au regard du droit international, concurrente et leur compétence spatiale est illimitée : les Etats sont absolument libres d'édicter telles règles et décisions que bon leur semble ; « aucun Etat n'est incompétent pour prononcer un jugement sur un litige quelconque » (21) et ses règles de droit privé « possèdent une vocation universelle » (22) ; il peut, s'il le souhaite, appliquer à chaque situation sa propre loi de préférence à celle d'un autre Etat. Tel n'est plus le cas en matière de droit public, puisque l'Etat y est « impliqué dans la substance de la situation juridique » : en matière de droit public, la compétence matérielle de l'Etat impliqué est exclusive ; un Etat tiers n'est compétent ni pour réglementer une situation dans laquelle l'Etat étranger est « impliqué », ni pour émettre à ce propos une décision. Cette incompétence étant absolue, il s'ensuit, « au niveau du droit international privé », que ni conflits de lois, ni conflits de décisions ne sont envisageables et que l'application du droit de l'Etat étranger « s'impose logiquement » (23).

M. Mayer entreprend ensuite de démontrer l'exactitude de ces déductions à partir de quelques exemples. Ainsi les règles de droit public relatives à l'attribution de la nationalité de l'Etat ou à la définition de sa monnaie « impliquent » l'Etat (par sa population, élément constitutif de l'Etat, dans le premier cas et par le fait que « le possesseur de monnaie peut être considéré comme titulaire d'une créance sur l'Etat qui l'a émise » dans le second) ; c'est par conséquent à l'Etat « impliqué », et à lui

(18) P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », R. 1979. 1 ; 349 ; 537 ; v. aussi, du même auteur, *Droit international privé*, 4^e éd., 1991, nos 100 et s. ; « Le rôle du droit public en droit international privé », Rev. int. dr. comp. 1986. 467 ; « Le rôle du droit public en droit international privé français » in *Colloque de Bâle sur le rôle du droit public en droit international privé*, Bâle/Francfort, 1991, p. 63 et s.

(19) J.-M. Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, 1983, nos 454 et s. (c'est de l'ouvrage de M. Jacquet que provient l'expression « lois de compétence exclusive ») ; B. Audit, « Extraterritorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », R. 1983. 401, 430 ; E. Loquin, « Délimitation juridique des espaces monétaires nationaux et espace monétaire transnational » in *Droit et monnaie (Etats et espace monétaire transnational)* (Ph. Kahn, éd.), 1988, p. 425 et s.

(20) Sauf indication contraire, les développements qui suivent se réfèrent à l'exposé de la thèse de M. Mayer dans sa contribution de 1979 à la *Revue critique de droit international privé*.

(21) p. 552.

(22) p. 556. Pour un point de vue différent, v. les références citées *supra*, n° 113, note 3 et *infra*, note 30.

(23) p. 353, 359.

seul, qu'il appartient de dire qui sont ses nationaux et quelle est sa monnaie ; toute référence du juge au droit d'un autre Etat méconnaîtrait le droit international (24).

Mais il peut encore y avoir « implication de l'Etat par son territoire » ; M. Mayer rappelle à cet égard que « chaque Etat a compétence exclusive pour déterminer à quelles conditions les personnes, les marchandises ou les instruments monétaires peuvent pénétrer sur son territoire ou en sortir » (25). Les autres Etats ne peuvent donc édicter de règle en la matière. « Cette abstention est pour eux une obligation internationale ». Il en va de même de l'« incompétence décisionnelle des Etats non impliqués » : il ne leur est pas permis d'« émettre une décision sur une question relevant de la compétence exclusive d'un autre Etat. On ne conçoit pas, par exemple, qu'un organe français accorde une licence d'exportation d'une marchandise d'Algérie en France » (26). Ceci étant acquis, M. Mayer en déduit les conséquences de droit international privé. Quels sont les effets, sur un contrat international, de la méconnaissance d'une réglementation douanière étrangère ? La réponse est claire : « si un contrat a pour objet l'introduction clandestine d'alcool sur le territoire des Etats-Unis, la loi compétente pour déterminer si l'importation est illicite, et si en conséquence le contrat est nul, est évidemment la loi américaine » (27). Selon la même logique, le juge ne peut qu'appliquer la loi étrangère à la licéité d'un paiement international dont la contrariété à la réglementation des changes de l'Etat étranger est invoquée (28).

En somme, la thèse de M. Mayer estime que le choix entre l'application et la non-application des lois étrangères de droit public, lorsqu'elles se veulent applicables à une situation, n'en est pas un : une seule loi — la loi étrangère — étant compétente au regard du droit international public, cette loi est, par la force des choses, seule applicable au sens du droit international privé (29).

(24) p. 351. — Contrairement aux développements par lesquels M. Mayer étend sa théorie aux lois de police interdisant l'exécution d'une obligation (v. au texte, *infra*), les développements consacrés à la loi applicable à l'attribution de la nationalité d'un Etat ou à la détermination de sa monnaie correspondent, en substance, à des principes généralement admis. On observera, simplement, qu'en ce qui concerne la *lex monetae*, son rôle ne doit pas être exagéré : il ne concerne que la définition même de l'unité monétaire considérée, non la substance des obligations des parties à un contrat faisant intervenir cette monnaie (cf. en jurisprudence suisse TF 1^{er} février 1938, ATF 64 II 88, 94-95 : la licéité d'une clause d'indexation sur l'or relève de la *lex contractus*, non de la *lex monetae* ; adde G. van Hecke, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, 2^e éd., Leyde, 1964, p. 143 et s., spéc. p. 149 ; v. aussi p. 206 ; mais pour une conception apparemment très extensive de la compétence de la *lex monetae*, cf. E. Loquin, *op. cit.*, nos 19, 25 et 85-86).

(25) p. 351, citant H. Thierry/J. Combacau/S. Sur/Ch. Vallée, *Droit international public*, 1^{re} éd., 1975, p. 443. La citation n'est pas littérale, mais correspond au sens, bien compris, du texte cité.

(26) p. 362.

(27) *Droit international privé*, n° 106.

(28) *Colloque de Bâle*, p. 64-65. Comme le fait observer M. Mayer (*ibid.*, note 4), « la notion d'« exportation de devises » évoque un transfert physique de fonds. Dans la réalité les transferts s'effectuent le plus souvent par des jeux d'écritures. Il n'en reste pas moins possible de parler de transfert d'une valeur monétaire d'un territoire à un autre ».

(29) C'est entièrement dans la logique de ce raisonnement que M. Mayer est amené (*Colloque de Bâle*, p. 67) à estimer que l'article 7, alinéa 1^{er} de la Convention de Rome du 19 juin 1980 (cf. *infra*, n° 325), qui ne fait qu'impartir au juge une faculté de tenir compte des lois de police étrangères, « ne se

295. Il ne nous paraît pas, malgré la logique apparente de la démonstration, qu'elle soit vraiment de nature à résoudre le problème de l'application des lois étrangères de droit public aux contrats internationaux.

Il faut s'entendre, en premier lieu, sur le sens de la notion de « compétence exclusive » en droit international public. On peut admettre, certes, que le droit international a parfois — exceptionnellement — un rôle à jouer dans le règlement des conflits de lois ; il a ainsi été avancé que lorsqu'une situation juridique n'a de liens substantiels qu'avec un seul Etat, cet Etat doit avoir seule compétence pour la réglementer, sans que les autorités des autres Etats puissent légitimement refuser de reconnaître les droits acquis en vertu de la loi de l'Etat objectivement compétent (30). Mais ce n'est pas là le sens dans lequel la notion de « compétence exclusive » est habituellement employée en droit international public. Le sens normal de l'expression — qui n'a, comme on le constatera, aucun lien avec les conflits de lois — apparaît dans l'un des textes fondamentaux de l'histoire du droit international, l'article 15, alinéa 8 du Pacte de la Société des Nations. L'article 15 régit en détail le rôle du Conseil de la S.D.N. dans le règlement des différends entre Etats membres, mais formule une restriction : « Si l'une des Parties prétend et si le Conseil reconnaît que le différend porte sur une question que le droit international laisse à la compétence exclusive de cette Partie, le Conseil le constatera dans un rapport, mais sans recommander aucune solution ». Cette disposition, reprise en substance par l'article 2, alinéa 7 de la Charte des Nations Unies (31), ne vise — selon l'interprétation qui en a toujours été retenue — pas l'exclusivité de la compétence de l'Etat par rapport aux autres Etats, mais par rapport au droit international lui-même : « la compétence exclusive est la compétence que le droit international n'est pas venu lier » (32). Il s'agit du « domaine réservé de compétence

montre pas lui-même tout à fait adapté » aux lois étrangères de droit public : « il ne traduit pas l'automatisme de la compétence qui doit être reconnue à la loi étrangère ».

(30) cf. W. Wengler, *Internationales Privatrecht*, t. I, Berlin/New York, 1981, p. 13 et s., qui applique ce principe également (et surtout) en matière civile. M. Mayer, quant à lui, est d'avis (p. 27, 555-558) que le juge est toujours libre de refuser, au nom de l'ordre public du for, d'appliquer effectivement une loi étrangère — y compris, paradoxalement, lorsque cette loi est « exclusivement compétente » au regard du droit international (p. 370-373). C'est oublier, semble-t-il, que l'ordre public n'est qu'une institution du droit interne, que les autorités d'un Etat ne peuvent invoquer à l'encontre d'une obligation internationale de l'Etat : v. C. Staker, « Public International Law and the *lex situs* Rule in Property Conflicts and Foreign Expropriations » (1987) 58 B.Y.B.I.L. 151, 219-234, qui en déduit notamment qu'un Etat ne peut refuser, au nom de l'ordre public, de reconnaître le transfert de la propriété de biens situés sur le territoire d'un autre Etat et ayant fait l'objet d'une nationalisation conforme au droit international (la pratique judiciaire française ne méconnaît, comme le souligne l'auteur, pas cette règle : p. 222-223).

(31) « Aucune essence de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat [...] ». Pour la comparaison des deux textes, v. D. Carreau, *Droit international*, 3^e éd., 1991, n^{os} 906 et s.

(32) J. Basdevant, « Règles générales du droit de la paix », R.C.A.D.I. 1936-IV. 475, 608. La compétence « exclusive face aux autres Etats » est, selon l'auteur (p. 605-606), la compétence qu'un Etat peut, s'il le souhaite, exercer seul et sans le concours d'un autre Etat intéressé. — Adde C.P.J.I., Avis consultatif n^o 4 du 7 février 1923, *Affaire des décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc*, Série B, n^o 4, p. 23-24 (« Les mots "compétence exclusive" semblent plutôt envisager certaines matières qui, bien que pouvant toucher de très près aux intérêts de plus d'un Etat, ne sont pas, en principe, réglées par le

nationale ». C'est en ce sens précis qu'il est effectivement admis, en droit international, que chaque Etat a *en principe* compétence exclusive (c'est-à-dire dispose d'une liberté d'action discrétionnaire) en matière d'admission des étrangers sur son territoire, en matière fiscale, douanière ou cambiale, et ainsi de suite (33). Le principe n'a rien d'absolu, puisque l'Etat peut se lier par traité ; c'est ainsi que les Etats membres des Communautés européennes ne bénéficient entre eux certainement plus d'une compétence exclusive dans les domaines que nous venons d'énumérer (34). Mais cette notion de compétence exclusive n'a, précisément, aucune incidence sur des questions de droit international privé.

Ensuite, il paraît inexact de dire que ni conflits de lois, ni conflits de décisions ne sont concevables dès lors qu'une norme étrangère de droit public est en cause et qu'elle définit les conditions auxquelles l'Etat étranger entend subordonner l'admission ou la sortie des personnes, marchandises ou instruments monétaires sur son territoire ou de son territoire. Et dans ce contexte, il ne semble pas que l'exemple de la licence d'exportation du territoire algérien, accordée par un « organe français », soit probant : personne ne songerait à demander à l'administration française de délivrer pareille licence, c'est évident ; mais ce n'est pas ainsi que le conflit peut se présenter en pratique. L'hypothèse à envisager est plutôt celle où la sortie des marchandises, problème de droit public pour les autorités algériennes, devient un problème de droit privé pour les autorités françaises — concrètement, pour le juge français. Supposons qu'un commerçant français se soit engagé par un contrat soumis au droit français à exporter des marchandises, qu'il a acquises en Algérie et revendues à son cocontractant, d'Algérie en France. L'article 1134 du Code civil français l'oblige à exécuter son contrat. Le juge français peut-il lui ordonner de l'exécuter en nature ? Assurément, et par sa décision il n'autorise pas seulement l'exportation, mais la rend obligatoire. Ce faisant, le juge ne viole pas les règles de compétence du droit international public ; la compétence personnelle des tribunaux français à l'égard d'un Français est incontestable, et rien ne s'oppose à ce qu'ils lui ordonnent l'accomplissement d'un acte à l'étranger (35).

L'intervention du droit public algérien pose problème si, et seulement si le droit algérien interdit en l'espèce, dans ce cas concret, l'exportation : mais dans ce cas, on est précisément en présence d'un conflit de compétences concurrentes — conflit que la thèse développée par M. Mayer déclare inconcevable. Il est sans importance, à cet égard, que les deux compétences soient fondées sur des titres différents — compétence territoriale dans un cas, compétence personnelle dans

droit international. En ce qui concerne ces matières, chaque Etat est maître de ses décisions. » ; R.-J. Dupuy, *Rép. Dalloz Droit International*, v^o *Souveraineté*, n^o 79 (« compétence "exclusive", c'est-à-dire discrétionnaire en vertu du droit international »), et d'une manière générale I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4^e éd., Oxford, 1990, p. 291 et s.

(33) cf. le passage de l'ouvrage de MM. Thierry, Combacau, Sur et Vallée cité par M. Mayer (réf. *supra*, note 25), qui a exactement cette signification : « sous réserve de traités contraires, un Etat peut interdire l'entrée sur son territoire de biens », etc.

(34) cf. les motifs de C.J.C.E. 10 décembre 1969, *Commission/France*, aff. jointes 6 et 11/69, Rec., p. 523.

(35) V. sur ce point les développements *supra*, n^{os} 115 et s.

l'autre — et que les commandements en cause résultent l'un d'une norme de droit public, l'autre d'une norme de droit privé : ils visent tous les deux la même situation concrète, le même comportement. La distinction entre existence de la compétence et exercice effectif de la compétence reste fondamentale (36) : la compétence française existe, même s'il y a en l'espèce d'excellentes raisons de penser que son exercice à l'encontre de la loi territoriale serait illégitime et abusif (37). Si cette compétence française existe, la compétence algérienne n'est pas exclusive et l'application de la loi algérienne ne peut donc, « au niveau du droit international privé », « s'imposer logiquement ». Le juge français est certes obligé de tenir compte de la prohibition de la loi algérienne, mais il n'est pas pour autant obligé d'appliquer cette loi et d'annuler le contrat si elle le prescrit. La loi française — qui reste compétente — peut, sans méconnaître une quelconque obligation internationale de la France, se contenter de prendre en considération l'obstacle résultant du droit public algérien — par exemple en imposant au défendeur le recours à une solution de rechange qui resterait praticable tout en procurant au cocontractant un avantage substantiellement équivalent (38). Pour déterminer les conséquences de droit privé de pareille situation, la loi algérienne n'est ni exclusivement compétente au regard du droit international public, ni exclusivement applicable au sens du droit international privé.

Une dernière objection peut être dirigée contre la théorie des lois de compétence exclusive : le droit international public ne prescrit même pas le respect ou la prise en considération de toutes les normes de droit public de tous les Etats du monde. Il se borne à donner la préférence aux commandements de l'Etat sur le territoire duquel un comportement a lieu, dans certains conflits entre normes territoriales et normes extraterritoriales (39). Mais toutes les normes de droit public sont-elles des normes territoriales ? Peut-on sérieusement soutenir que la réglementation des changes de la plupart des pays ne fait que réglementer la sortie des devises du territoire national ? L'obligation, pour les résidents français, de rapatrier en France les avoirs détenus à l'étranger a pendant longtemps fait partie du droit positif français (40). Il s'agit là incontestablement d'une obligation de droit public. L'Etat français a-t-il compétence exclusive pour ordonner ce rapatriement ? Ou l'Etat sur le territoire duquel les avoirs sont détenus a-t-il compétence exclusive pour l'interdire ? Les deux Etats ont-ils compétence exclusive à propos du même acte ? Si tel est le cas, l'appel au droit international et à la notion de « compétence exclusive » perd évidemment tout sens (41).

(36) cf. *supra*, n° 118 et la référence citée en note 46.

(37) V. *supra*, n° 123.

(38) cf. *supra*, n°s 197 et s.

(39) cf. *supra*, n° 166, en ce qui concerne les normes prohibitives elles-mêmes extraterritoriales. Et le droit international ne contient, bien entendu, aucune indication sur les conséquences de droit *civil* d'un conflit de compétences.

(40) Pour un rappel du contenu de cette réglementation, v. T. Jacomet, « L'obligation de rapatriement », D.P.C.I. 1985. 57.

(41) Même ambiguïté dans la notion de « compétence exclusive » telle qu'elle est utilisée par B. Audit, *op. cit.* (*supra*, note 19) : après avoir montré que dans l'affaire du gazoduc sibérien, les Etats-Unis avaient dépassé leur compétence internationale en interdisant à une société néerlandaise l'exportation de matériel en Union Soviétique, l'auteur est amené à écrire : « Les dispositions américaines en question

B. — POSER LA QUESTION, C'EST LA RÉSOUDRE

296. Le droit international public n'est, à la vérité, pas une référence indispensable à l'argumentation des auteurs qui considèrent l'application des lois étrangères de droit public comme une nécessité juridique. La logique pure peut, apparemment, y suffire. Ainsi, selon MM. Holleaux, Foyer et de Geouffre de la Pradelle, « le droit public ne suscite pas le problème central du conflit de lois, c'est-à-dire celui de l'identification de la loi applicable à une question de droit pouvant se formuler sans référence à un Etat et à sa loi. Car, les questions de droit public étatique n'ont précisément de sens et ne sont donc formulables que par rapport à un Etat déterminé (par exemple, les questions ... relatives à l'entrée *en France* ou à la sortie *de France* des marchandises ou des devises), de sorte que l'énoncé de la question suffit à identifier la loi applicable. Cela reste vrai quant aux effets de droit privé qu'une règle de droit public peut avoir, comme la nullité d'un contrat conclu en violation ... d'une réglementation douanière ou des changes » (42).

Un raisonnement si abstrait peut paraître suspect. Il est certes vrai que pour savoir si un contrat est contraire au droit public costaricain, il faut interroger le droit public costaricain : a-t-on pour autant identifié « la loi applicable » devant le juge français ? N'y a-t-il pas plutôt là une pétition de principe ? Si le contrôle des changes costaricain interdit aux résidents du Costa Rica tout paiement non autorisé en France, un tribunal français est-il logiquement tenu d'annuler, par rattachement spécial des lois de police costaricaines, un contrat soumis à la loi française, mais contraire à la réglementation costaricaine ? Les tribunaux ne l'ont jamais admis ; bien loin d'annuler les contrats, soumis à la loi du for, qui prévoyaient un paiement incompatible avec la réglementation des changes du pays de la résidence du débiteur, ils n'ont même pas considéré que cette réglementation constituait un obstacle suffisant pour rendre impossible le paiement (43). On peut discuter l'opportunité de cette solution ; les Etats membres du Fonds monétaire international y ont, aussi bien, apporté certaines dérogations dans leurs relations réciproques (44) ; la solution traditionnelle n'était pas pour autant illogique.

Les auteurs du passage que nous venons de citer ne s'y trompent d'ailleurs guère. Ils admettent que les tribunaux ne tiennent pas toujours effectivement compte de la « loi applicable » et que, s'ils acceptent de le faire, ils se bornent normalement à la prendre en considération (pour en déduire l'illicéité de l'objet ou de la cause du

relèvent, parmi les différentes catégories de lois d'application immédiate, de celle des lois de droit public ... Seul l'Etat américain, puisque c'est de lui qu'il s'agit, est compétent pour régler cette matière » (n° 31, p. 431).

(42) *Droit international privé*, 1987, n° 646. — M. Mayer (*Colloque du Bâle*, p. 64-65) a pu exprimer une idée très similaire à l'appui de sa propre thèse. Elle en est, en réalité, difficilement dissociable, mais on observera que MM. Holleaux, Foyer et de Geouffre de la Pradelle ne font, quant à eux, aucune référence à la répartition des compétences étatiques par le droit international.

(43) cf. *supra*, n° 172.

(44) Sur l'article VIII.2.b des Statuts du F.M.I., v. *infra*, n°s 319 et s.

contrat) au lieu de l'appliquer (45). La théorie des *data* (46) explique parfaitement, nous semble-t-il, cette attitude des tribunaux : ils consultent certes — et c'est là, effectivement, une nécessité de fait — la loi étrangère de droit public pour savoir si elle interdit ou non l'acte envisagé ; mais il n'existe pour le juge aucune obligation logique de déduire les conséquences légales de ce *datum* en se référant à une règle de décision de droit privé provenant du même ordre juridique que la règle de conduite méconnue. La règle de décision peut provenir d'un autre ordre juridique, auquel cas la loi de police étrangère sera simplement prise en considération. La logique juridique, en tout cas, ne s'y oppose pas.

297. Il faut en conclure que la question du rattachement et de l'application des lois de police étrangères n'est pas la question purement technique à laquelle on a parfois voulu la réduire. Il s'agit, au contraire, d'un réel problème de politique jurisprudentielle ou législative : le rattachement spécial des lois de police étrangères, fussent-elles de droit public, n'est pas une nécessité logique. Il pourrait cependant être opportun, et c'est en termes d'opportunité qu'il convient d'aborder la question.

SOUS-SECTION II

LE RATTACHEMENT SPÉCIAL DES LOIS DE POLICE ÉTRANGÈRES, UNE QUESTION D'OPPORTUNITÉ

298. La théorie du rattachement spécial est une création doctrinale ; elle peut donc utilement faire l'objet d'une discussion théorique (§ 1) précédant la recherche de l'écho qu'elle a pu avoir en droit positif (§ 2).

§ 1. — Les éléments de la discussion

A. — LE DÉBAT DOCTRINAL

299. Le phénomène des lois de police n'est pas, en droit international privé, un phénomène nouveau ; des références aux lois de police du for (47) et même aux lois

(45) Holleaux, Foyer et de Geouffre de la Pradelle, *loc. cit.* Les auteurs considèrent apparemment le refus du juge d'« appliquer effectivement » la « loi applicable » comme une attitude qui peut se justifier. Ils ne s'expliquent pas autrement sur ce paradoxe.

(46) cf. *supra*, n° 246 et s.

(47) cf. l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil ; sur les origines de ce texte, v. A. Lainé, « La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé », R. 1905. 21, 52-53 ; *adde*, du même auteur, *Introduction au droit international privé*, t. II, 1892, p. 65 et s. (référence aux *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne* de Bouhier) ; pour les premières applications jurisprudentielles du texte, v. *Jurispr. gén. Dalloz*, v° *Lois* (t. XXX, 1853), n° 448 et s.

de police étrangères (48) se rencontrent dès avant le développement des solutions actuellement admises en matière de conflits de lois. C'est même, à la vérité, le triomphe de la méthode bilatéraliste de recherche de la loi applicable qui a rendu difficile l'intégration des lois de police dans le règlement des conflits de lois. Comme on le sait, Savigny lui-même en était conscient, puisqu'il estimait qu'il convenait d'admettre certaines exceptions au jeu normal des règles de conflit, et que la première de ces exceptions était la catégorie des « lois d'une nature strictement positive et obligatoire qui, en raison même de leur nature, ne sont pas susceptibles de ce libre traitement indépendant des frontières des différents Etats » (49). Tel est, selon lui, notamment le cas des lois fondées sur des considérations d'utilité publique, qu'elles soient de caractère politique, économique ou de police : chaque Etat applique nécessairement ses propres lois de ce type ; mais il ne tiendra pas compte, même là où une loi étrangère est normalement applicable, de ces dispositions d'exception de la loi étrangère (50). Comme on le constate, l'idée de la « stricte territorialité » des lois de police étrangères — y compris celles de la *lex causae* — correspond, même si elle est à présent abandonnée (51), à une tendance elle-même fort ancienne : il n'est pas étonnant, dès lors, que la proposition d'un rattachement spécial des lois de police étrangères ne faisant même pas partie de la *lex causae* ait quant à elle pu représenter une réelle innovation dans le cadre de la méthode bilatéraliste.

On s'accorde à situer l'origine doctrinale de la théorie du rattachement spécial dans certains travaux publiés en Allemagne par MM. Wengler et Zweigert, entre 1940 et 1942 (52). Le contexte économique, législatif et jurisprudentiel dans lequel s'insèrent ces travaux est celui de la crise économique et monétaire des années 1930, de la promulgation par de nombreux Etats d'une législation dirigiste en matière monétaire (invalidation des clauses-or insérées dans les contrats, puis contrôle des changes) et du refus de la plupart des tribunaux de donner effet à la législation monétaire des Etats étrangers (53). Les deux auteurs ne se bornent pas à regretter le

(48) cf. le passage du *De conflictu legum* de Huber cité *supra*, n° 39, note 27, et son influence sur la jurisprudence anglaise.

(49) F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, t. VIII, Berlin, 1849, § 349, p. 33.

(50) p. 36-37. L'exemple choisi par Savigny (et sans doute caractéristique de son époque) est celui des lois limitant le droit des juifs d'acquérir des immeubles : si le droit du for contient pareille loi, il l'appliquera aux juifs étrangers, quel que soit le contenu de leur loi nationale ; dans l'hypothèse inverse, les juifs étrangers seront toujours libres d'acquérir des immeubles sur le territoire du for, même si leur loi nationale est plus restrictive. « *Alle Gesetze solcher Art gehören zu den oben erwähnten Ausnahmefällen, so daß in Beziehung auf ihre Anwendung jeder Staat für sich als völlig abgeschlossen erscheint* ».

(51) cf. *supra*, n° 270.

(52) Il existe toutefois d'autres précurseurs de la théorie actuelle du rattachement spécial ; v. la référence aux travaux de l'auteur néerlandais L.I. de Winter par J.C. Schultsz, « Les lois de police étrangères », *Trav. Com. fr.* 1982-1983. 39, 40-43 ; v. également, du même auteur, « Dutch Antecedents and Parallels to Article 7 of the EEC Contracts Convention of 1980 », *RabelsZ* 1983. 267 ; comp. aussi (mais de manière plus indirecte) les auteurs français cités *infra*, note 65.

(53) Comp. la jurisprudence citée *supra*, n° 172, sur le sort réservé au contrôle des changes allemand devant les tribunaux étrangers. La motivation exacte de ces recherches et réflexions doctrinales (s'agissait-il de fournir des arguments aux industriels allemands émetteurs d'obligations régies par le

recours, à leurs yeux excessif, des tribunaux à l'exception d'ordre public, systématiquement opposée au contrôle des changes allemand ; c'est surtout l'applicabilité exclusive de la *lex contractus* à la validité des contrats internationaux qui leur paraît inopportune : s'agissant de la législation monétaire, il conviendrait de chercher un rattachement spécial (*Sonderanknüpfung*) indépendant de la loi d'autonomie, puisque celle-ci dépend trop étroitement de la volonté des parties pour convenir à la matière (54).

La seule solution adéquate, selon M. Wengler (55), est d'appliquer au contrat, outre la *lex contractus*, les « dispositions impératives » (56) — du for ou d'un Etat tiers — qui, eu égard à leur but, se veulent applicables à la situation, indépendamment de la loi du contrat. Si cette condition (l'« applicabilité immédiate » de la loi de police, dirions-nous) est suffisante pour justifier l'application d'une disposition impérative du for, des vérifications supplémentaires s'imposent avant que le juge ne puisse appliquer les dispositions impératives d'un droit étranger : celles-ci ne doivent pas être contraires à l'ordre public du for et, surtout, leur volonté d'application doit se justifier par l'existence d'une « relation suffisamment étroite » (57) entre l'Etat étranger et la situation réglementée. Sous ces conditions, l'application des dispositions impératives étrangères est opportune : l'harmonie internationale des solutions et la coopération judiciaire internationale n'y ont qu'à gagner. Quant aux conséquences civiles de la violation d'une disposition impérative étrangère, il paraît évident à M. Wengler qu'elles doivent relever de la loi étrangère elle-même : c'est dans l'ordre juridique étranger qu'il convient de rechercher s'il y a ou non nullité, partielle ou totale, du contrat ; le « détour » par des notions de droit matériel comme l'immoralité ou l'impossibilité d'exécution du contrat est parfaitement inutile (58).

Dans un article publié en 1942, M. Zweigert s'est, pour l'essentiel, rallié à cette conception (59), tout en précisant la notion centrale de la théorie de M. Wengler — la « relation suffisamment étroite » entre l'Etat auteur de la loi de police et la situation réglementée : en matière monétaire, une relation suffisamment étroite

droit new-yorkais ?) a donné lieu à une polémique entre F.A. Mann et M. Wengler : Mann, *Festschrift Eduard Wahl*, 1973, p. 157 ; Wengler, *JZ* 1978, p. 66, note 5 ; Mann, *Festschrift Günther Beitzke*, 1979, p. 612, note 27 ; Wengler, *IPRax* 1981, p. 220, note 1.

(54) « *Zweck und Wesen des Devisenrechts scheinen es im besonderen Maße zu gebieten, nach einer Sonderanknüpfung zu suchen, die sich von den schillernden Möglichkeiten des durch Parteiautonomie bestimmten Schuldstatus freimacht, um ein territorial gesichertes Anknüpfungsmoment an ihre Stelle zu setzen* » : K. Zweigert, compte-rendu bibliographique (de l'ouvrage de K. Koepfel, *Die deutsche Devisengesetzgebung im internationalen Privatrecht*), *RabelsZ* 1940, 298, 299.

(55) W. Wengler, « Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht », *ZvglRWiss* 1941, 168.

(56) « *Zwingende Bestimmungen* » ; les deux principaux exemples discutés par l'auteur — à partir de la jurisprudence contemporaine — sont les lois invalidant les clauses-or et la réglementation des changes.

(57) « *Genügend enge Beziehung* ».

(58) *Op. cit.*, p. 202-206 ; p. 212.

(59) K. Zweigert, « *Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote* », *RabelsZ* 1942,

n'existe pas seulement entre le contrat et l'Etat sur le territoire duquel le paiement doit avoir lieu (60), mais entre le contrat et chaque Etat sur le territoire duquel se déroule tout ou partie du « mouvement de valeurs » correspondant à l'exécution du contrat (61). Concrètement, MM. Wengler et Zweigert en viennent donc à justifier — à l'encontre de la solution admise en jurisprudence — l'effet libératoire du contrôle des changes, extraterritorial, de l'Etat de la résidence du débiteur. Mais au-delà de cet élément peut-être contingent, ils ont ainsi formulé l'essentiel de la théorie du rattachement spécial des lois de police étrangères : sa justification par des considérations d'opportunité d'un bel esprit internationaliste ; le respect de la volonté d'application immédiate de la loi étrangère ; l'exigence d'une « relation suffisamment étroite » entre l'Etat étranger et le contrat ; et enfin la référence à l'ordre juridique étranger pour la détermination de la sanction civile de la méconnaissance de la prohibition.

Un seul élément sera ajouté ultérieurement à la théorie : l'appréciation, par le juge, de la légitimité des intérêts ayant motivé l'adoption de la loi de police étrangère. La théorie telle que formulée en 1941 et 1942 impliquait une application automatique, sous la seule réserve de l'ordre public, des lois de police des Etats entretenant un rapport suffisamment étroit avec le contrat ; cette automaticité sera remplacée, dans des travaux doctrinaux ultérieurs, par une analyse préalable des intérêts étatiques en cause (62). C'est en incluant ce facteur de souplesse que la théorie a connu, en doctrine allemande, un succès considérable (63) ; et une récente résolution de l'Institut de Droit International démontre son influence internationale (64).

(60) Dans sa contribution de 1940 (*supra*, note 54), M. Zweigert n'avait fait allusion qu'au rôle éminent qu'il convenait d'accorder aux normes prohibitives du lieu de paiement.

(61) « *Ausländische Leistungsverbote sind dann anzuwenden, wenn sie nach ihrem eigenen Geltungskreis angewendet werden wollen und wenn die den Leistungsvorgang vermittelnde Wertbewegung sich ganz oder zum Teil im Gebiet des Verbotsstaats abspielt* » : p. 295. — Comp. K. Neumayer, « Die Notgesetzgebung des Wirtschaftsrechts im internationalen Privatrecht », *BerGesVR* 2 (1957) 35, 54, également « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *R.* 1957, 579 ; 1958, 53, 73, qui propose de « généraliser » la formule de M. Zweigert : « les règles qui sont impératives sur le plan international s'appliquent chaque fois que les éléments de fait visés par une disposition se réalisent en tout ou dans leur partie essentielle dans la sphère sociale relevant du législateur ayant édicté ladite disposition ».

(62) cf. K. Zweigert, « Internationales Privatrecht und öffentliches Recht » in *Fünfzig Jahre Institut für Internationales Recht an der Universität Kiel*, Hambourg, 1965, p. 124 et s., également « Droit international privé et droit public », *R.* 1965, 645, qui part d'une réflexion sur la jurisprudence allemande — approuvée, quant à son résultat, par l'auteur — refusant de donner effet à la réglementation des changes de l'Allemagne de l'Est.

(63) V. p. ex. MünchKomm/Martiny, Art. 34 EGBGB, et les références bibliographiques ; U. Drobnig, « Die Beachtung von ausländischen Eingriffsgesetzen — eine Interessenanalyse », *Festschrift Karl H. Neumayer*, Baden-Baden, 1985, p. 159 et s. ; K. Kreuzer, *Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Gerichten*, Heidelberg, 1986, p. 81 et s. ; *adde* les ouvrages, postérieurs à la transposition de la Convention de Rome du 19 juin 1980 en droit allemand, cités *infra*, n° 327, notes 255 et 257.

(64) Art. 9 de la résolution sur « l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées » (Session de Bâle, 1991, *Annuaire*, vol. 64-II, p. 386), prudemment rédigée : « S'il y a lieu de prendre en considération les dispositions impératives ... d'un droit autre que la loi du for ou la loi choisie par les parties, ces dispositions ne peuvent écarter

300. Qu'en est-il en France ?

La doctrine française ne s'est occupée du problème, tel qu'il est actuellement présenté, que tardivement (65). Francescakis, qui a consacré depuis 1958 plusieurs études d'une exceptionnelle importance aux lois d'application immédiate (66), a préféré limiter ses réflexions à la notion même de loi d'application immédiate d'une part, et au rattachement spécial des lois d'application immédiate du for de l'autre : quant aux lois d'application immédiate étrangères, il a eu l'occasion d'indiquer que l'application de pareilles lois étrangères suppose, « naturellement, qu'une règle de conflit de lois — et cette fois indiscutablement une règle du type que nous avons lié au nom de Savigny — conduise au droit d'un Etat étranger » (67). A la vérité, la question lui a paru prématurée : « pour essayer de mettre de l'ordre dans les idées, il faut commencer par réfléchir sur la nature des lois d'application immédiate dans notre propre système. C'est cette nature qui nous éclairera sur le sort à réserver aux lois étrangères du même type » (68). La même attitude réservée se retrouve, en doctrine française, dans les écrits des auteurs les plus attachés à la méthode bilatéraliste classique de règlement des conflits de lois, y compris en matière contractuelle (69).

Une attitude originale est adoptée par ceux qui estiment possible une bilatéralisation des critères de rattachement des lois de police du for : le juge français ne devrait appliquer que les lois de police étrangères qui entretiennent avec le contrat une relation telle qu'elle aurait déclenché l'applicabilité de la loi de police française correspondante si la même relation s'était retrouvée entre le contrat et la France (70). Cette théorie — qu'anime le souci de décharger le juge du soin de devoir déterminer, dans chaque litige individuel, s'il existe ou non une relation

l'application de la loi choisie que s'il existe un lien étroit entre le contrat et le pays de ce droit et que si elles poursuivent des fins généralement acceptées par la communauté internationale ».

(65) Ce n'est pas à dire, bien entendu, que la doctrine française ait toujours été favorable à une application, sans réserves, de la loi choisie par les parties : v. au contraire la référence aux travaux « anti-autonomistes » de Pillet par K. Neumayer, *op. cit.*, R. 1958, p. 73, note 3 et à ceux de Niboyet par K. Zweigert, *op. cit.*, *RechtsZ* 1942, p. 295, note 2 ; adde J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, t. V, 1948, n° 1413, développant une conception extensive de la notion de « modalité des paiements » : « la loi de l'acte juridique n'a plus aucune qualité pour intervenir, parce qu'il ne s'agit plus ici de matière contractuelle mais d'une réglementation de police dont les contrats ne sont que l'occasion, sans en constituer le centre ».

(66) V. not. *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, 1958, nos 7 et s. ; « Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », R. 1966. 1 ; « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *Trav. Com. fr.* 1966-1969. 149.

(67) *op. cit.*, R. 1966, p. 11.

(68) p. 12. L'auteur ajoute que c'est « une question distincte et nous avouons de surcroît qu'à son sujet notre propre opinion n'est pas encore arrêtée ».

(69) cf. H. Batiffol, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », R.C.A.D.I. 1973-II. 75, 136 et s. ; Y. Loussouarn, « Cours général de droit international privé », R.C.A.D.I. 1973-II. 271, 337 ; Loussouarn et Bourel, *Droit international privé*, 4^e éd., 1993, n° 133 ; également V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux*, 1990, nos 423 et s.

(70) A. Toubiana, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, 1972, n° 286 et s. ; F. Déby-Gérard, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, 1973, nos 72 et s.

suffisamment étroite entre l'Etat étranger et le contrat — a fait l'objet, du côté des partisans d'un véritable rattachement spécial des lois de police étrangères, d'une critique sans doute décisive : c'est méconnaître l'idée même de loi de police que de vouloir faire abstraction des buts, propres à l'Etat étranger, qui lui font déterminer le champ d'application nécessaire de cette disposition dans l'espace (71). Selon ces derniers auteurs, si déjà l'on est prêt à appliquer une loi de police indépendamment de la *lex contractus*, il faut le faire par référence aux critères d'application de la loi étrangère elle-même — sauf à vérifier, dans chaque cas particulier, que les intérêts en cause et les liens entre l'Etat étranger et le contrat le justifient (72). La théorie du rattachement spécial a donc bien sa place en doctrine française. On a souligné l'influence, au moins partielle, de la méthode unilatéraliste sur cette position doctrinale (73).

301. Nous ne pensons pas qu'il soit indiqué de prendre partie, globalement, pour l'application exclusive de la méthode bilatéraliste aux contrats et donc pour le rejet total de la théorie du rattachement spécial ; nous ne pensons pas non plus que le rattachement spécial des lois de police étrangères soit nécessaire dans tous les cas où il est préconisé par ses partisans les plus résolus. Le même traitement ne convient en effet pas, nous semble-t-il, à toutes les lois de police. L'étude de la théorie des *data* nous aura permis d'entrevoir qu'il peut exister deux types de lois de police qui se distinguent tellement, du point de vue de la technique juridique, qu'il n'est pas possible — ou du moins pas souhaitable — de leur appliquer exactement le même régime.

B. — DEUX TYPES DE LOIS DE POLICE : RÈGLES DE DÉCISION ET RÈGLES DE CONDUITE

302. La catégorie des lois de police n'est pas homogène : l'observation a déjà été faite par de nombreux auteurs. Il peut y avoir plusieurs critères de sous-division de la catégorie, dont chacun peut avoir sa raison d'être et sa légitimité (74). Une proposition, faite par une partie de la doctrine, présente cependant dans notre contexte un intérêt particulier : elle consiste à isoler, au sein de la catégorie des lois d'application immédiate, les normes de *droit public* et à leur opposer les lois

(71) cf. la critique de P. Mayer, « Les lois de police étrangères », J.D.I. 1981. 277, 292-296.

(72) P. Mayer, *op. cit.*, p. 316 et s. ; *Droit international privé*, 4^e éd., n° 128 ; Holleaux, Foyer et de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, 1987, nos 668 s. ; B. Audit, *Droit international privé*, 1991, n° 118 ; adde C. Ferry, *La validité des contrats en droit international privé*, 1989, nos 340 et s. ; J.-C. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, 1992, nos 206 et s. — Pour une comparaison des différentes théories développées en France avec les critères de rattachement spécial proposés en doctrine allemande, v. F. Kösters, *Die Anwendung ausländischer Eingriffsnormen im französischen Recht*, thèse Münster, 1991, spéc. p. 130 et s.

(73) P. Gothot, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », R. 1971. 1 ; 209 ; 415, spéc. p. 236 et s., et du même auteur « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », *Trav. Com. fr.* 1975-1977. 201 ; mais v. P. Mayer, *op. cit.*, J.D.I. 1981, p. 296 et s.

(74) Un critère de distinction qui n'est certainement pas dépourvu d'intérêt est celui de la finalité (de protection individuelle ou de politique économique) de la loi de police ; comp. *infra*, n° 304.

d'application immédiate de droit privé — en matière contractuelle, celles qui définissent impérativement le contenu du contrat. Sperduti a ainsi suggéré d'opposer aux lois de droit public les « lois d'ordre public » (75), et M. Mayer avait même proposé, pendant un certain temps, de réserver l'expression « lois de police » à ces règles de droit privé (76).

La terminologie importe moins que le fond, et la distinction de fond est réelle. Certes, les lois de police (toutes sous-catégories confondues) font partie de cette « zone grise » du droit (77), où se mêlent finalités d'intérêt général et finalités de protection individuelle, dispositions de droit public et dispositions de droit privé. Du point de vue de la technique juridique, il n'en reste pas moins possible d'isoler, dans la zone grise, les dispositions de droit public. Si elles s'appliquent aux contractants, ce n'est pas pour régler leurs droits et obligations de caractère civil, mais pour régler leur comportement en tant qu'agents économiques. Pour reprendre la distinction terminologique introduite par Currie (78), ce sont des règles de conduite, non des règles de décision. Les lois de droit public étrangères peuvent fournir au juge un *datum* ; ils ne peuvent, sans le concours d'une règle de décision — que le juge choisira soit dans le même ordre juridique que la règle de conduite, soit dans un autre ordre juridique — fournir la solution substantielle de tout ou partie d'un litige de droit privé entre contractants. C'est ce qui les distingue, précisément, des « lois d'ordre public », des lois de police de droit privé qui ont pour objet de régler directement le contenu d'un contrat : une loi de police qui prescrit impérativement le paiement d'un salaire minimum aux salariés travaillant sur le territoire de l'Etat concerné est une règle de décision ; elle fonde, directement et sans le concours d'une autre règle, le droit du salarié au paiement de cette somme.

La distinction entre les lois de droit public et les autres lois de police est donc incontestablement utile, sans qu'elle doive pour autant avoir une valeur absolue. Notre propos n'est pas, après tout, d'isoler les lois de droit public étrangères en tant que telles — soit pour les déclarer « lois strictement territoriales » toujours inapplicables, soit au contraire pour les proclamer « lois de compétence exclusive ». Il s'agit ici de distinguer suivant la fonction que peut avoir la référence au droit étranger dans un litige contractuel : or, à cet égard, s'il reste vrai que toutes les règles de droit public sont à l'égard des contractants des règles de conduite, il n'est pas entièrement exact que toutes les règles de droit privé soient ou puissent être des règles de décision pour le juge du contrat. Nous avons vu que des normes étrangères interdisant un acte d'exécution du contrat sont susceptibles d'être prises en

considération comme fait du prince, alors même que leur inobservation n'est sanctionnée que civilement, par la responsabilité du débiteur à l'égard d'un tiers (79). Prenons l'exemple du droit de la concurrence : si la mise en oeuvre d'une entente sur le territoire d'un Etat étranger s'y heurte à une norme prohibitive nouvellement édictée, il importe peu que la violation de cette norme soit sanctionnée par une amende pénale, une amende administrative ou par des dommages-intérêts dus à une victime de l'entente (80). Le rôle du droit (public ou privé) de la concurrence est ici toujours le même : la mise en oeuvre de l'entente est devenue illicite au regard de la loi du lieu d'exécution ; dans les relations entre parties, il faut tenir compte de l'impossibilité d'exécution qui en résulte et répartir les risques de l'inexécution entre les contractants.

Le critère de distinction entre les différents types de lois de police que nous nous proposons de suivre ici est donc tiré de la distinction entre règles de décision (relevant nécessairement du droit privé) et règles de conduite (relevant en général du droit public). Ce critère n'a rien d'excentrique ; il correspond, pour l'essentiel, à la distinction entre « lois de police ayant pour objet le rapport contractuel en tant que tel » et « lois de police ayant seulement pour objet un comportement trouvant sa source dans un contrat » proposée par M. Jacquet (81). De même, M. van Hecke (82) paraît utiliser un critère similaire lorsqu'il propose de distinguer, parmi les différents types de lois de police en matière monétaire, entre l'invalidation législative des clauses-or insérées dans les contrats — « mesure de droit contractuel impératif » (83) — et le contrôle des changes, ensemble de dispositions de droit public, qui « interdit certains actes matériels sans se préoccuper de la nature ou du contenu du cadre contractuel dans lequel ils peuvent s'insérer » (84). De même encore, selon MM. Rigaux et Fallon, « on ne confondra pas la problématique des lois de police contractuelle avec celle, voisine, des lois de police interdisant, sous peine de sanctions de nature répressive ou administrative, un comportement déterminé », étant entendu que « seules les premières intéressent le contenu même du régime contractuel, décrivant les droits et obligations issus du contrat » (85).

Et, comme il n'y a en matière de lois de police pas de terminologie définitivement arrêtée, chacun doit nécessairement choisir la sienne, sans qu'il puisse prétendre lui donner une valeur absolue : nous proposons dès lors de retenir l'expression « lois de police contractuelle » pour désigner les règles de décision qui ont pour objet d'imposer impérativement un certain contenu au rapport contractuel,

(79) cf. *supra*, n° 149 ; comp. n° 262.

(80) V. *supra*, n° 149, l'exemple de la législation *antitrust* américaine, dont la responsabilité civile (avec octroi de *treble damages* aux victimes) est considérée comme un élément essentiel.

(81) J.-M. Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, 1983, n°s 432 et s.

(82) G. van Hecke, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, 2^e éd., Leyde, 1964, p. 194 et s., spéc. p. 216-217.

(83) p. 216 ; v. aussi p. 207-208. Il convient de préciser toutefois que M. van Hecke n'est pas partisan d'un traitement conflictualiste spécial de ces mesures, à titre de « lois impératives de police économique et financière » : p. 136-137, p. 205.

(84) p. 217 ; comp. la définition particulière des « lois de police » de M. Vander Elst, citée *supra*, n° 255.

(85) *Droit international privé*, t. II : *Droit positif belge*, 2^e éd., Bruxelles, 1993, n° 1280.

(75) G. Sperduti, « Droit international privé et droit public étranger », J.D.I. 1977, 5, 9-11.

(76) *op. cit.*, J.D.I. 1981, p. 301 et s. L'auteur paraît cependant avoir abandonné cette acception restrictive de la notion de « loi de police », en y incluant désormais les lois de droit public : P. Mayer, « Les lois de police », *Trav. Com. fr., Journée du cinquantième* (1985), p. 105 et s. ; cette acception large correspond effectivement aux traditions terminologiques du droit français : cf. l'art. 3, al. 1^{er} C. civ. et Civ. 3^e 14 décembre 1977, Bull. civ. III, n° 447, cité *supra*, n° 201 et note 28.

(77) cf. Ph. Francescakis, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 56 (session de Wiesbaden, 1975), p. 195 et déjà P. Fedozzi, « De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public », R.C.A.D.I. 1929-II, 141, 154.

(78) cf. *supra*, n° 246.

et d'appeler « règles de conduite » les normes qui ont pour objet de réglementer — et fréquemment de prohiber — un comportement pouvant être d'origine contractuelle.

303. Les deux types de lois de police posent à notre avis des problèmes de méthode très différents, et la méthode qui peut convenir aux règles de conduite ne convient pas nécessairement aux lois de police contractuelle. A la limite, les lois de police contractuelle pourraient être entièrement éliminées de notre discussion, sans qu'elle s'en ressente.

Ce n'est pas à dire que la question du rattachement spécial des lois de police contractuelle ne se pose pas. Au contraire, si le juge veut donner un quelconque effet à une loi de police contractuelle qui ne fait pas partie de la *lex contractus*, il faut nécessairement qu'il l'applique par rattachement spécial. Comme les lois de police contractuelle sont elles-mêmes des règles de décision, la possibilité de leur donner effet par simple prise en considération dans le cadre de l'application des règles de décision de la *lex contractus* n'existe pas (86). S'il faut leur donner effet, c'est obligatoirement par dérogation au rattachement de la validité substantielle et des effets du contrat à la seule loi d'autonomie. Prenons l'exemple suivant : la loi du contrat, qui est aussi la loi du for, valide la clause par laquelle un fournisseur professionnel de biens ou services s'exonère de sa responsabilité à l'égard d'un consommateur ; une loi de police du pays de la résidence du consommateur l'annule. Le juge doit choisir l'une des deux règles de décision en présence : il peut décider de faire prévaloir la loi de police et annuler la clause ; il peut faire prévaloir la loi du contrat et exonérer le fournisseur. Mais il n'a pas d'autre option.

La meilleure démonstration de la distinction, sous ce rapport, des deux types de lois de police peut toutefois être faite en comparant deux affaires, en apparence similaires, soumises aux juridictions anglaises. La première de ces affaires, qui nous est déjà connue, est l'affaire *Ralli* (87). Rappelons-en les circonstances de fait essentielles : un décret espagnol, édicté postérieurement à la conclusion d'un contrat de transport qui prévoyait le paiement à Barcelone de la somme de 50 livres sterling par tonne de marchandise, avait fixé le prix maximum à la somme — bien inférieure — de 875 pesetas par tonne. Le paiement d'une somme supérieure était pénalement sanctionné. Ce décret formulait, d'un côté, une règle de décision de droit privé : un élément essentiel du contenu du contrat de transport, le prix, était impérativement réglementé, et le destinataire des marchandises était dispensé du paiement de toute somme allant au-delà du prix maximum. Mais il contenait également une règle de conduite (de droit pénal, donc public) : le destinataire ne pouvait, même volontairement, payer plus que le maximum réglementaire. Le juge anglais déclare applicable au contrat la loi anglaise, à laquelle il emprunte les règles de décision. L'une de ces règles libère le débiteur qui invoque l'illégalité de l'exécution du contrat au regard de la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'exécution a lieu. C'est à ce titre que la règle de conduite espagnole est prise en considération dans le cadre de l'application de la *lex contractus* anglaise.

(86) comp. P. Mayer, *op. cit.*, J.D.I. 1981, p. 308-309.

(87) *Ralli Brothers v. Compañía Naviera Sota y Aznar* [1920] 2 K.B. 287, C.A. : *supra*, n° 38.

La seconde affaire est l'affaire *R. v. International Trustee for the Protection of Bondholders Aktiengesellschaft* (88). Le gouvernement britannique avait en 1917 lancé un emprunt obligataire sur le marché new-yorkais ; le principal devait être remboursé à New York en 1937 ; une clause-or, insérée dans le contrat, prévoyait (selon l'interprétation qui en fut faite par la *Court of Appeal*) non pas un paiement effectif en dollars-or, mais l'indexation sur l'or de la somme à payer en monnaie américaine courante (89). Toutefois, une *joint resolution* du Congrès des Etats-Unis, votée en 1933 dans un but de stabilisation monétaire, avait déclaré contraires à l'ordre public les clauses-or insérées dans les contrats et prévu que tous paiements, même dus en vertu de contrats antérieurs au vote de la *joint resolution*, pouvaient désormais être valablement faits en monnaie courante et sans tenir compte de l'indexation sur l'or éventuellement stipulée (90). L'Etat britannique entendait se prévaloir de cette disposition ; les obligations émises en 1917 ne précisaient certes pas la loi qui leur était applicable, mais le gouvernement estimait qu'il ne pouvait s'agir que du droit new-yorkais ; subsidiairement et à supposer applicable le droit anglais, il faisait plaider que la *joint resolution*, expression de l'ordre public du pays du lieu de paiement, devait néanmoins prendre effet devant le juge anglais : c'était le précédent *Ralli* qui était invoqué à l'appui de cette seconde proposition.

La *Court of Appeal* déclara applicable le droit anglais (91). Quant à l'argumentation subsidiaire de l'Etat, l'arrêt constate que même si la loi américaine entend annuler la clause d'indexation et réduire le montant dû par l'émetteur des obligations, elle ne lui interdit pas de payer volontairement la totalité de la somme stipulée. Le paiement de la différence entre les deux montants serait considéré, au regard de la loi américaine, comme une libéralité ; il ne serait pas illégal. C'est ce qui distingue l'affaire du précédent *Ralli* : la solution de cet arrêt ne s'applique, comme le souligne la *Court of Appeal*, que si l'acte d'exécution du contrat est lui-même interdit par la loi étrangère (92). Certes, l'Etat défendeur avait encore fait valoir que « la juridiction anglaise ne devrait pas rendre un jugement qui aurait pour

(88) [1937] A.C. 500, C.A. et H.L.

(89) « Clause de valeur-or et non pas de monnaie-or » : G. Sauser-Hall, « La clause-or dans les contrats publics et privés », R.C.A.D.I. 1937-II, 651, 758.

(90) « Every provision contained in or made with respect to any obligation which purports to give the obligee a right to require payment in gold or a particular kind of coin or currency, or in an amount in money of the United States measured thereby, is declared to be against public policy ; and no such provision shall be contained in or made with respect to any obligation hereafter incurred. Every obligation, heretofore or hereafter incurred whether or not any such provision is contained therein or made with respect thereto, shall be discharged upon payment, dollar for dollar, in any coin or currency which at the time of payment is legal tender for public and private debts. Any such provision contained in any law authorising obligations to be issued by or under authority of the United States is hereby repealed, but the repeal of any such provision shall not invalidate any other provision or authority contained in such law » : [1937] A.C., p. 503.

(91) p. 511 ; l'arrêt se fonde, à cet égard, sur la considération que les obligations contractuelles d'un Etat doivent, sauf volonté contraire clairement exprimée des parties, être présumées régies par la loi de cet Etat. Un paiement à Londres constituait d'ailleurs une option subsidiaire ouverte aux porteurs d'obligations.

(92) « It only applies, in our opinion, if the act in question is prohibited by the foreign law » : p. 521.

effet de contrecarrer l'ordre public des Etats-Unis » ; mais cette argumentation, allant au-delà de la règle *Ralli*, a été rejetée par l'arrêt (93).

L'analyse de la dissimilitude des deux affaires, menée par la *Court of Appeal*, paraît exacte : la *joint resolution* américaine, contrairement au décret espagnol, n'était pas une règle de conduite. Dès lors que la Cour avait décidé d'appliquer le droit anglais aux obligations émises, elle ne pouvait pas tenir compte de cette loi de police contractuelle comme *datum* : aucune règle du droit matériel anglais des contrats n'en imposait ou permettait la prise en considération. En particulier, le débiteur n'était pas libéré par un fait du prince. La *joint resolution*, règle de décision, ne pouvait recevoir un effet quelconque que si elle était appliquée aux rapports contractuels des parties : effectivement, sur appel de l'Etat débiteur, la Chambre des Lords allait décider que la loi de l'Etat de New York était applicable aux obligations, et que le montant dû devait donc être réduit par application de la *joint resolution* (94). Le juge anglais aurait théoriquement pu appliquer, par rattachement spécial, la loi de police contractuelle américaine à un contrat soumis, pour le surplus, au droit anglais ; le rattachement spécial des lois invalidant les clauses-or a été, rappelons-le, proposé dès les premiers travaux doctrinaux allemands consacrés à la question (95), et la question du rattachement spécial des lois de police annulant les clauses d'indexation reste d'actualité (96). Au fond, l'argument de l'Etat britannique invitant la *Court of Appeal* à ne pas rendre une décision « ayant pour effet de contrecarrer l'ordre public des Etats-Unis » ressemble à s'y méprendre à l'un des principaux arguments des partisans du rattachement spécial des lois de police étrangères. Il n'a pas été retenu par les juges anglais ; s'il est toujours possible de débattre de l'opportunité de cette attitude, il faut certainement constater que c'est à juste titre que la *Court of Appeal* a estimé que la méthode de prise en considération utilisée dans l'affaire *Ralli* n'était pas transposable à une loi de police contractuelle qui réglementait, au niveau du droit privé, le contenu d'un contrat sans pour autant interdire au débiteur de l'exécuter.

304. Nous retiendrons donc que, l'option d'une simple prise en considération d'une loi de police contractuelle étrangère dans le cadre de l'application de la *lex contractus* n'étant pas ouverte au juge, la question du rattachement spécial des lois de police étrangères se pose en des termes très différents selon qu'il s'agit de lois de police contractuelle ou, au contraire, de règles de conduite.

Pour ce qui est des lois de police contractuelle étrangères, les arguments en faveur de leur rattachement spécial sont connus ; ce sont ceux que MM. Wengler et Zweigert ont formulés dès leurs premiers travaux : lutte contre certains effets excessifs de la liberté des parties dans la détermination de la loi applicable à leur

(93) *ibid.*

(94) *R. v. International Trustee for the Protection of Bondholders Aktiengesellschaft* [1937] A.C. 500. Selon les Lords, le fait qu'un Etat soit partie à un contrat de droit privé ne constitue qu'un indice — important — en faveur de l'applicabilité de la loi de cet Etat ; et en l'espèce d'autres indices, plus concluants (notamment l'existence de sûretés réelles manifestement régies par le droit new-yorkais), justifiaient l'application de la loi de New York.

(95) cf. les ouvrages de MM. Wengler et Zweigert cités *supra*, n° 299.

(96) cf. P. Mayer, *op. cit.*, J.D.I. 1981, p. 293-294.

contrat (97) ; harmonie internationale des solutions, puisque les tribunaux de l'Etat auteur de la loi de police devraient, eux, certainement l'appliquer à l'encontre de la loi du contrat (98) ; coopération à la mise en oeuvre de la politique économique et sociale de l'Etat étranger intéressé. Les objections de leurs adversaires ne le sont pas moins : limitation de la liberté contractuelle indispensable au commerce international ; implication du juge du for dans la mise en oeuvre de la politique dirigiste d'un Etat étranger ; imprécision des conditions du rattachement spécial et imprévisibilité de l'issue du litige. Aucun des arguments ainsi présentés de part et d'autre ne paraît dépourvu de valeur. En particulier, il est à présent très généralement admis que la liberté contractuelle a en matière internationale un rôle spécifique et important et que le choix d'une loi applicable au contrat peut légitimement avoir sinon pour but exclusif, du moins pour effet d'écarter l'application de certaines dispositions impératives (qui ne s'identifient pas nécessairement aux lois d'application immédiate) d'un droit qui aurait pu s'appliquer en l'absence de choix (99). En même temps, il existe un certain consensus en faveur de l'application des lois de police étrangères dont l'objet est la protection des parties faibles à certains types de contrats, notamment des salariés et des consommateurs (100). Ce consensus n'existe plus lorsqu'à travers la police du contrat, le législateur étranger ne vise pas la protection individuelle d'une partie, mais des objectifs de politique économique (101) ; c'est effectivement, semble-t-il,

(97) cf. en particulier l'opinion de M. Zweigert citée *supra*, n° 299, note 54.

(98) De même, un jugement refusant de donner effet à une loi de police étrangère risquerait de se voir refuser l'exequatur dans le pays étranger : cf. P. Mayer, *op. cit.*, p. 320. Le risque d'atteinte à l'harmonie internationale des solutions est particulièrement important si l'applicabilité d'une loi de police du pays étranger constitue, dans ce pays, un chef autonome de compétence judiciaire (tendance condamnée, en France, par Ass. plén. 14 octobre 1977, R. 1978. 166, note Batiffol ; J.D.I. 1978. 304, note Lyon-Caen).

(99) cf., *a contrario*, l'art. 3, alinéa 3 de la Convention de Rome de 1980 ; *adde* l'apologie discrète de l'*electio juris* par C.J.C.E. 24 janvier 1991, *Alsthom Atlantique/Compagnie de Construction Mécanique Sulzer*, aff. C-339/89, Rec., p. I-107, 124, à propos des effets — que la Cour refuse de considérer comme équivalents à ceux d'une restriction quantitative à l'exportation — de l'interprétation jurisprudentielle de l'art. 1643 C. civ. français : « Par ailleurs, les parties à un contrat de vente international sont généralement libres de déterminer le droit applicable à leurs relations contractuelles et d'éviter ainsi d'être soumises au droit français ». Comme l'indique un annotateur de l'arrêt, « le conseil, il faut l'avouer, ne manque pas de piquant, venant de la plus haute juridiction européenne » (C.J. Berr, note au D. 1991, p. 275). — Pour un point de vue différent, mais aujourd'hui minoritaire, v. V. Heuzé, *op. cit.* (*supra*, n° 300, note 69).

(100) Les articles 5 et 6 de la Convention de Rome traduisent l'existence de ce consensus ; s'il est vrai, là encore, que les « dispositions impératives » dont ils réservent l'application ne s'identifient pas aux seules lois de police, elles relèveront le plus souvent de cette catégorie. L'article 7, alinéa 1^{er} peut jouer un rôle analogue : cf. F. Pocar, « La protection de la partie faible en droit international privé », R.C.A.D.I. 1984-V. 339, 403. — V. toutefois F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, thèse Strasbourg, 1990, n°s 391 et s., qui estime inopportun, dans ce contexte, le recours à la notion de loi de police.

(101) Comp. A. Heini, « Der Entwurf eines Bundesgesetzes über das internationale Privat- und Zivilprozessrecht », SJZ 1978. 249, 257-258, pour cette distinction des lois de police selon leur finalité, et les conséquences qui peuvent en découler pour l'application de ces lois de police par le juge du for. Comp., en faveur d'une approche restrictive à l'égard de la seconde catégorie de lois de police, F.

avec beaucoup plus de prudence que le juge devrait envisager de donner effet, à l'encontre de la loi du contrat, à des dispositions poursuivant des finalités de politique économique dont il pourra le cas échéant difficilement apprécier la légitimité.

Cette dernière observation peut s'appliquer également, et à plus forte raison, à propos des critères d'un éventuel rattachement spécial des règles de conduite qui nous intéressent ici. Mais en ce qui les concerne, les éléments du débat sont différents : le juge n'est en effet pas tenu de choisir seulement entre leur application et leur non-application, mais encore entre leur application par rattachement spécial et leur prise en considération.

C. — RATTACHEMENT SPÉCIAL ET PRISE EN CONSIDÉRATION DES RÈGLES DE CONDUITE ÉTRANGÈRES

305. La comparaison des deux méthodes doit être faite non seulement en fonction des conditions de la référence à la loi étrangère (a), mais encore en fonction de ses effets (b).

a) Les conditions de la référence à la norme étrangère

306. Le reproche fondamental que les partisans du rattachement spécial des lois de police étrangères formulent à l'encontre de la méthode bilatéraliste classique (102) est celui de l'insuffisance des critères traditionnels de référence à ces normes étrangères : la méthode classique fait dépendre leur prise en considération, lorsqu'elles ne font pas partie de la *lex contractus*, du contenu des règles de droit matériel applicables ; ce faisant, elle reconnaît imparfaitement leur volonté d'application immédiate (103). La question mérite certainement d'être posée, mais

Vischer, « Zwingendes Recht und Eingriffsgesetze nach dem schweizerischen IPR-Gesetz », *RabelsZ* 1989. 438, 453-455.

(102) Pour l'exposé de cette méthode, v. *supra*, n° 270 ; et pour sa critique, v. notamment la doctrine allemande citée *supra*, n° 299, note 63 et *infra*, n° 327, notes 255 et 257, ainsi que R. Bär, *Kartellrecht und internationales Privatrecht*, Berne, 1965, p. 44 et s.

(103) Une autre critique, parfois formulée, est que la méthode classique aboutit à une discrimination injustifiée entre les normes étrangères qui font partie de la *lex contractus* (et qui sont donc automatiquement « appliquées ») et celles qui n'en font pas partie (et dont la prise en considération dépend donc des règles du droit matériel applicable) : v. not. F. Vischer, *op. cit.*, *RabelsZ* 1989. 438, 447-448 ; v. aussi O. Remien, « Außenwirtschaftsrecht in kollisionsrechtlicher Sicht », *RabelsZ* 1990. 431, 461-463. Ainsi formulée, la critique vise essentiellement le sort privilégié réservé aux lois de police étrangères lorsqu'elles font partie de la *lex contractus* (cf. F. Vischer, *op. cit.*, p. 445, qui estime — du moins en ce qui concerne les normes étrangères édictées dans un but de politique économique — que leur application ne saurait relever de la méthode bilatéraliste : « Der unilateralistische Ansatz ist wohl ganz allgemein zur Bewältigung wirtschaftspolitischer Eingriffsnormen angezeigt » ; comp. aussi la position intermédiaire de B. Audit, *Droit international privé*, 1991, n° 116 et *Colloque de Bâle sur le rôle du droit public en droit international privé*, Bâle, 1991, p. 126-127, selon laquelle il faudrait distinguer entre la détermination objective et la détermination subjective de la loi du contrat et n'appliquer que sélectivement les lois de police rendues applicables par suite d'une *electio juris*).

d'une manière moins abstraite : la prise en considération de ces lois de police étrangères dans le cadre de l'application du droit matériel est-elle susceptible de donner et donne-t-elle des résultats objectivement satisfaisants ?

Nous avons montré, à travers l'analyse de la méthode de prise en considération des normes étrangères, que cette méthode permet au juge de tenir compte des liens entre la situation dont il est saisi et une loi autre que celle désignée par le système de conflits du for ; les notions de droit matériel dont il sera fait utilisation dans ce contexte sont suffisamment « ouvertes » pour permettre le respect non seulement d'intérêts individuels, mais encore d'intérêts publics — y compris le respect de la souveraineté étrangère (104). Les critères auxquels la théorie du rattachement spécial subordonne l'application des lois de police étrangères sont donc bien présents, d'une manière sous-jacente, dans la méthode classique ; simplement, au lieu d'inviter le juge à se livrer lui-même dans chaque espèce à une application individuelle de ces critères, la méthode classique lui fournit une série de règles générales. Cela n'est évidemment pas désavantageux en soi. Il reste à évaluer le résultat pratique de l'application de ces règles. Rappelons-en les très grandes lignes (105) : abstraction faite de certains cas où la légitimité de la norme étrangère peut être contestée (106), les commandements et prohibitions de la loi du lieu d'exécution de tout ou partie du contrat seront toujours respectés — soit parce que le fait du prince étranger a un effet libératoire, soit parce que le contrat, tendant à la violation de la loi étrangère, est annulé pour objet illicite. En revanche, pour ce qui est des normes prohibitives *extraterritoriales*, leur prise en considération aboutit moins systématiquement à la libération du débiteur, puisque l'effectivité d'une norme *extraterritoriale* peut être contestable (107) ; de même, la jurisprudence relative à l'illicéité des contrats tendant à la violation d'une loi étrangère — du moins telle qu'elle est actuellement formulée — est très nettement fondée sur des considérations de souveraineté *territoriale* (108). La question qui demeure posée est

L'observation n'est certainement pas dépourvue d'importance, mais elle n'est pas suivie par la majorité des auteurs, la jurisprudence française (*supra*, n° 270) et, semble-t-il, la Convention de Rome du 19 juin 1980 (*infra*, n° 326), qui lui préférèrent la thèse de la plénitude de compétence de la *lex causae* dont on déduit l'applicabilité de ses lois de police. Et en fait, même dans ce système — qui a l'avantage de la simplicité —, il est possible de tenir compte dans une large mesure de la nécessité de procéder sélectivement à l'égard de certains types de lois de police : la réserve de l'ordre public du for peut, s'il y a lieu, servir de frein à l'implication du juge dans la mise en oeuvre d'une législation étrangère trop nettement politique (v. ainsi pour le refus, entre autres au nom de la neutralité suisse, d'appliquer un décret français sur le commerce avec l'ennemi aux obligations de la succursale suisse d'une compagnie d'assurances française : TF 17 avril 1916, ATF 42 II 179, 183-184 ; et dans l'affaire du blocage cubain des avoirs chiliens, TF 20 juillet 1992, ATF 118 II 348, 353, arrêt qui envisage d'opposer, à la loi d'embargo cubaine n° 1256, l'ordre public du for, mais aussi le refus de « reconnaître le droit public étranger ... dans la mesure où il sert seulement à la manifestation d'un pouvoir »).

(104) cf. *supra*, spéc. n° 252.

(105) Pour l'exposé complet, v. *supra*, spéc. le tableau au n° 238.

(106) Dans ces cas, le rattachement spécial de la norme étrangère est en effet lui-même certainement exclu.

(107) Spécialement lorsque l'obligation du débiteur doit être exécutée sur le territoire du for : *supra*, nos 169 et s.

(108) cf. *supra*, n° 237.

donc celle-ci : faut-il aller plus loin que ne l'a fait, jusqu'à présent, la jurisprudence ? Faut-il, concrètement, donner aux prohibitions extraterritoriales d'un Etat étranger un effet que leur refuserait la méthode classique ?

Ce n'est pas par hasard que la question se pose ainsi ; on se rappellera que la théorie du rattachement spécial a été développée vers 1940 par une doctrine allemande confrontée à l'inefficacité absolue, devant les tribunaux étrangers, du contrôle des changes extraterritorial allemand (109) : ces tribunaux auraient-ils dû appliquer (ou prendre en considération) la loi allemande qui se voulait applicable et déclarer les débiteurs libérés ?

307. Un premier point nous paraît certain : ce n'est pas l'intérêt légitime des parties qui imposerait au juge d'aller au-delà des solutions traditionnellement admises. Le créancier n'a évidemment pas intérêt à ce qu'il soit donné effet à une norme prohibitive. Quant au débiteur, les seules normes que la méthode classique ne lui permet pas d'invoquer sont des normes extraterritoriales qui, en cas de conflit avec le commandement du juge du for, apparaissent comme dépourvues d'effectivité ; le débiteur ne risque, concrètement, aucune sanction à l'étranger.

Ce sont dès lors les seuls intérêts politiques ou économiques de l'Etat étranger, auteur de la norme extraterritoriale, qui sont en cause. Les tribunaux du for doivent-ils s'en faire juges et les faire prévaloir sur la stabilité du rapport contractuel ? (110) La prudence s'impose d'autant plus que par hypothèse, le contrat ne s'exécute pas, même partiellement, sur le territoire de cet Etat et que la loi étrangère n'est pas non plus la *lex contractus* — soit parce que les parties ont été d'accord à en exclure l'application, soit parce que, en l'absence de choix de la loi applicable, le contrat n'est pas objectivement localisé dans le pays étranger en question !

(109) cf. *supra*, n° 299.

(110) Notons que Currie, dont le nom est associé à la méthode de l'« analyse des intérêts gouvernementaux » (*governmental interests analysis*) comme méthode générale de solution des conflits de lois, en était venu à considérer (*Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, 1963, p. 182) que « *assessment of the respective values of competing legitimate interests of two sovereign states, in order to determine which is to prevail, is a political function of a very high order. This is a function that should not be committed to courts in a democracy. It is a function that the courts cannot perform effectively, for they lack the necessary resources* ». — Il est vrai que l'arrêt *République du Guatemala* de la Cour de cassation (Civ. 1^{re} 2 mai 1990, J.D.I. 1991. 137, 1^{re} esp., chron. Dehaussy p. 109 ; R. 1991. 378, note Audit ; Ancel et Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 2^e éd., 1992, n° 73), qui a défini — sous l'influence doctrinale de l'Institut de droit international — les conditions sous lesquelles le juge français peut, exceptionnellement, accueillir une demande en justice fondée par un Etat étranger sur son droit public, indique que tel est le cas « notamment si, du point de vue du for, les exigences de la solidarité internationale ou la convergence des intérêts en cause le justifient ». L'arrêt n'en relève pas moins, sans désapprobation, les motifs de l'arrêt d'appel (Paris, 20 janvier 1988) qui justifiaient le rejet de la demande par la considération « que l'illicéité de l'exportation était fondée seulement au regard de la réglementation guatémaltèque du commerce extérieur et non sur la violation d'accords internationaux exprimant une exigence de solidarité entre la France et le Guatemala » (c'est nous qui soulignons). Il n'est pas certain dans quelle mesure l'arrêt *République du Guatemala* a entendu attribuer au juge un pouvoir d'appréciation autonome des intérêts étatiques en présence. — Adde, sur l'ensemble de la question et les perspectives d'avenir, H. Baade, « Operation of Foreign Public Law », *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, chap. 12 (1991).

Prenons quelques exemples concrets : ceux, précisément que nous avons utilisés pour illustrer l'ineffectivité de certaines normes prohibitives extraterritoriales en cas de conflit avec les commandements des autorités du for (111). Il ne nous semble pas que dans l'une quelconque des affaires discutées, les tribunaux auraient pris une autre décision s'ils s'étaient considérés comme habilités à procéder au rattachement spécial de la norme étrangère. Même en adoptant la théorie de MM. Wengler et Zweigert, les tribunaux étrangers n'auraient à l'époque certainement pas accepté de faire application, au profit des débiteurs allemands et au détriment des créanciers locaux, des lois allemandes sur les devises (112) ; dans l'affaire du blocage des avoirs libyens, les tribunaux anglais étaient d'avis que la « réputation » de la place financière de Londres était mise en péril par le blocage d'avoirs déposés auprès des succursales anglaises de banques américaines ; dans l'affaire *Fruehauf*, la Cour de Paris n'aurait certainement pas accepté de donner effet au *Trading with the Enemy Act* américain (au contraire : si malgré l'intervention énergique du juge français à l'encontre des initiatives américaines, l'arrêt reste motivé discrètement, c'est que la Cour n'avait pas à se référer expressément aux critères d'un éventuel rattachement spécial de la réglementation américaine !) ; et ainsi de suite. Des tribunaux qui interviennent spécifiquement pour garantir l'exécution de l'obligation, sur le territoire du for, à l'encontre d'une norme extraterritoriale ne seront en réalité pas prêts à procéder à un quelconque rattachement spécial de cette norme.

Ou prenons l'affaire *Sensor*, volet de l'affaire du « gazoduc euro-sibérien » porté devant un juge néerlandais disposé à appliquer, à ce litige, la théorie du rattachement spécial des lois de police étrangères (113). Pour écarter l'application de la loi de police américaine, le Président du Tribunal d'arrondissement de La Haye a cru devoir s'ériger en juge international et déclarer que le Président des Etats-Unis avait excédé sa compétence réglementaire internationale. Mais n'aurait-il pas pu statuer aussi, dans le cadre d'une balance globale du pour et du contre, sur la légitimité des intérêts étatiques poursuivis par les Etats-Unis ? C'est ainsi qu'il a été suggéré que la vraie question à résoudre par le juge néerlandais était celle-ci : « faut-il maintenir le vieux principe selon lequel les Etats d'Europe occidentale doivent se laisser guider, dans leur politique à l'égard des pays de l'Est, par la politique des Etats-Unis ? » (114) Vouloir vraiment poser cette question à un juge, et espérer une réponse, relève de la gageure. La question n'entre pas dans sa mission.

(111) Les références de ces affaires sont données *supra*, nos 171 à 173.

(112) Il suffit de consulter la motivation de ces décisions (cf. *supra*, nos 172 et 181), avec son appel systématique à l'exception d'ordre public, pour constater quelle était, abstraction faite de toute technique de droit international privé, l'attitude des juges étrangers à l'égard de ces lois.

(113) Trib. arr. La Haye 17 septembre 1982, cité *supra*, n° 185.

(114) B. von Hoffmann, *Colloque de Bâle*, op. cit., p. 254 : « *But at the heart of this again is this horrible political question : the Dutch judge who has to give effect or not to give effect to this American export prohibition in fact has to decide the question whether the old principle that we accept American leadership in the policies towards eastern Europe can still be upheld. Again I feel very unhappy in such a situation to put it to the judge, but it is the true question and he has to solve it* ».

Un dernier exemple — une analogie tirée de la jurisprudence américaine : la tentative de la Cour d'appel fédérale pour le Second Circuit de statuer, dans le cadre de l'affaire *Allied* (115) et en vue de l'application de la théorie de l'*Act of State*, sur la légitimité du contrôle des changes extraterritorial costaricain. Initiative louable d'un Etat fortement endetté ? Initiative inadmissible par son caractère unilatéral ? C'est en définitive une intervention du pouvoir exécutif américain dans le litige qui a amené la Cour à changer d'avis. Elle avait, semble-t-il, mal apprécié les intérêts en cause. L'exercice était-il vraiment utile ?

En réalité, il resterait à démontrer que la méthode du rattachement spécial permet d'atteindre des résultats utiles que la méthode classique ne permet pas d'atteindre. Il ne nous paraît pas que la démonstration soit faite (116).

La meilleure solution au problème des effets internationaux des normes prohibitives est incontestablement une solution politique, ou plus précisément diplomatique : la conclusion de traités réglant la question, moyennant réciprocité (117). L'article VIII.2.b des Statuts du Fonds monétaire international, destiné à résoudre les conflits en matière de contrôle des changes, en est le principal exemple (118). De même l'harmonisation matérielle des réglementations du commerce extérieur par un ensemble d'Etats poursuivant une politique étrangère commune peut éviter des conflits dans les relations entre ces Etats (119). La mise en oeuvre

(115) V. les références des deux arrêts de la Cour *supra*, n° 278.

(116) L'arrêt anglais *Regazzoni v. K. C. Sethia (1944) Ltd.* [1958] A.C. 301, fréquemment cité comme exemple réussi d'application d'une loi de police étrangère (embargo indien contre l'Afrique du Sud), ne relève en réalité pas de la technique du rattachement spécial, mais est expressément fondé sur l'applicabilité du seul droit anglais au contrat et sur la prise en considération du fait que le contrat tendait à la violation du droit indien sur le territoire indien (v. notamment p. 322-323, *per* Viscount Simonds, p. 324-325, *per* Lord Reid). La légitimité ou l'illégitimité de l'embargo — ou de la politique sud-africaine d'*apartheid* — n'a en rien intéressé les juges : v. p. 327, *per* Lord Keith of Avonholm : « *It is said that the Indian legislation is discriminatory legislation against a country which is a member of the Commonwealth and with which this country is on friendly terms. But that, in my opinion, is irrelevant. The English courts cannot be called on to adjudicate upon political issues between India and South Africa.* » ; p. 326, *per* Lord Reid : « *By recognising this Indian law so that an agreement which involves a breach of that law within Indian territory is unenforceable we express no opinion whatever either favourable or adverse as to the policy which caused its enactment.* »

(117) V. en ce sens O. Kahn-Freund, « General Problems of Private International Law », R.C.A.D.I. 1974-II. 139, 345 ; A. Heini, « Ausländische Staatsinteressen und internationales Privatrecht », Rev. dr. suisse 100 I (1981) 65, 78.

(118) V. *infra*, n° 319. — Pour un autre exemple, v. la Convention UNESCO signée à Paris le 14 novembre 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, texte in 10 I.L.M. 289 (1971). La matière de la protection des biens culturels donne lieu, actuellement, à une activité législative et conventionnelle presque aussi intense que l'attention doctrinale dont elle bénéficie : cf. les récentes contributions de MM. E. Jayme, F. Rigaux, I. Seidl-Hohenveldern et K. Siehr, *Mélanges Pierre Lalive*, Bâle/Francfort, 1993, pp. 717, 733, 753, 763, et de M. P. Lalive, *Mélanges François Rigaux*, Bruxelles, 1993, p. 283 ; *adde*, p. ex., K. Siehr, *Festschrift Werner Lorenz*, Tübingen, 1991, p. 525 ; H. Muir Watt, R. 1992. 1 ; *International Sales of Works of Art/La vente internationale d'oeuvres d'art*, Actes du Colloque de Genève des 11-13 avril 1985 (sous la dir. de P. Lalive), Paris/Genève, 1988.

(119) L'exemple peut-être le plus remarquable par sa longévité en a été le système de contrôle de l'exportation du matériel stratégique, qui est resté en vigueur pendant des décennies entre les Etats

des résolutions d'une organisation internationale par ses Etats membres peut avoir un effet similaire (120). La prise en considération, par le juge, des normes prohibitives étrangères atténuera notablement les conflits qui peuvent subsister. Il n'est pas certain que là où cette méthode n'aboutit pas à donner effet à une norme étrangère (c'est-à-dire à l'égard de certaines normes prohibitives extraterritoriales), une appréciation d'intérêts politiques par le juge doive prendre la relève. A supposer même que les tribunaux se reconnaissent ce pouvoir, ils hésiteront légitimement à s'en servir et ne l'exerceront qu'avec la plus grande circonspection.

308. De toute manière, la méthode du rattachement spécial, avec ses critères particuliers de référence aux normes étrangères, ne saurait évincer complètement la méthode de la prise en considération. En subordonnant dans tous les cas la référence aux lois de police étrangères à une appréciation préalable de la légitimité des mesures prises par l'Etat étranger, le juge méconnaîtrait en effet les finalités de droit privé de la méthode de la prise en considération. Il ne saurait être question, par exemple, de refuser de prendre en considération comme cas de force majeure une norme étrangère au seul motif qu'elle est contraire à l'ordre public du for ou même au droit international (121) ; et cette solution ne devient pas plus acceptable si elle est justifiée par l'idée que la référence à une loi de police étrangère n'est jamais possible qu'à la condition que cette loi poursuive un but jugé légitime par les tribunaux du for.

L'observation devrait être évidente. Elle ne l'est apparemment pas pour tous. Prenons l'affaire *Sensor* (122) : pour écarter le moyen tiré du cas de force majeure qu'aurait constitué l'embargo extraterritorial américain, le juge néerlandais se borne à répondre qu'il n'existe pas de lien suffisamment étroit entre la situation visée et l'Etat auteur de la loi de police. Il ne se demande pas, en revanche, si la réglementation américaine, même à la supposer abusive, ne constitue pas néanmoins un fait du prince effectif. Cette motivation est éminemment critiquable (123). Autre

membres de l'Alliance atlantique (système CoCom : *Coordinating Council for East-West Trade Policy* ; cf. B. Großfeld/A. Junker, *Das CoCom im Internationalen Wirtschaftsrecht*, Tübingen, 1991).

(120) V., sur l'application de l'article 16, paragraphe 1^{er} du Pacte de la S.D.N. (sanctions contre l'Italie, 1935) et de l'article 41 de la Charte des Nations Unies, P.M. Eisemann, commentaire de l'art. 41 in *La Charte des Nations Unies — Commentaire article par article* (sous la direction de J.-P. Cot et A. Pellet), 2^e éd., 1991, p. 691 et s. ; Simma/Frowein, *Charta der Vereinten Nationen — Kommentar*, Munich, 1991, Art. 41, p. 576 et s. *Adde* E. Lauterpacht et al. (éd.), *The Kuwait Crisis : Basic Documents*, Cambridge, 1991 et *The Kuwait Crisis : Sanctions and Their Economic Consequences* (deux vol.), Cambridge, 1991 ; comp. L. Landy-Osman, « L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats », D.P.C.I. 1991. 597 ; v. aussi, en jurisprudence suisse, TF 23 juin 1992, ATF 118 II 353, 358, et l'allusion au caractère « universel » de l'embargo contre l'Irak ainsi qu'à ses conséquences juridiques concevables. — Sur la pratique des Communautés européennes, v. M. Vaucher, « L'évolution récente de la pratique des sanctions communautaires à l'encontre des Etats tiers », Rev. trim. dr. eur. 1993. 39.

(121) V. *supra*, n°s 180 et s.

(122) *Supra*, n° 185.

(123) Comme le relève H. Baum, « Faktische und potentielle Eingriffsnormen », *RabelsZ* 1989. 146, l'application des critères du rattachement spécial est, en pareil cas, parfaitement irrationnelle : « *das Gegenteil juristischer Vernunft* » (p. 161) — ce qui ne signifie pas que la décision du Tribunal n'aurait pas pu être justifiée par d'autres motifs : *supra*, n° 185, *in fine*.

exemple : rappelons-nous l'arrêt du *Bundesgerichtshof* du 20 novembre 1990, qui constate que l'affréteur d'un navire, qui avait tenté de contourner frauduleusement un embargo thaïlandais sur les importations d'acier en provenance de l'Afrique du Sud, avait pu commettre ainsi une faute à l'égard du propriétaire du navire, victime indirecte de la saisie de la cargaison par les autorités thaïlandaises (124). Cet arrêt, comme nous l'avons vu, se fonde sur de pures considérations de droit privé et s'abstient de tout commentaire sur la légitimité des buts politiques de l'embargo. C'est ce qui lui a été reproché, au nom de la théorie du rattachement spécial, par un annotateur (125), qui fait grief à la Cour d'avoir subordonné la référence à la norme étrangère au contenu d'une règle de droit matériel, au lieu d'avoir recours à des critères « conflictualistes ». Il était indispensable, selon lui, de vérifier au préalable non seulement l'existence d'un lien suffisamment étroit entre la loi de police et la situation visée, mais encore la légitimité de l'embargo, et la réponse n'était, toujours selon cet auteur, pas évidente (126). Ce raisonnement, qui n'est pas celui de tous les partisans du rattachement spécial (127), ne saurait être approuvé. Dans les relations de droit privé entre les parties au litige, la fraude commise par l'affréteur au détriment du propriétaire du navire aurait été fautive même si l'embargo thaïlandais avait été manifestement contraire à l'ordre public du for et au droit international. L'illégitimité d'un embargo étranger n'autorise certainement pas un particulier à négliger ses obligations de prudence et de diligence à l'égard d'un autre opérateur du commerce international (128).

309. Nous en concluons ceci : pour ce qui est des conditions de la référence aux règles de conduite étrangères ne faisant pas partie de la *lex causae*, la méthode classique de la prise en considération permet elle-même d'atteindre la plupart des buts que se fixe la théorie du rattachement spécial ; ce ne sera en tout cas que très exceptionnellement qu'il pourra être demandé au juge d'aller au-delà des résultats auxquels aboutit la méthode de la prise en considération ; et il ne faut certainement

(124) BGH 20 novembre 1990, cité *supra*, n° 260.

(125) B. von Hoffmann, IPRax 1991. 345.

(126) M. von Hoffmann relève toutefois un élément qui militerait en faveur de la solution adoptée par le *Bundesgerichtshof* : le fait que la Communauté européenne ait elle-même décidé, en 1986, un embargo sur l'acier sud-africain ; l'auteur y voit un indice potentiel d'une convergence des intérêts étatiques allemands et thaïlandais.

(127) V. ainsi la position très raisonnable adoptée par A. Junker, « Schadensersatzpflicht bei einem Verstoß gegen ein ausländisches Embargo », JZ 1991. 699, qui approuve l'arrêt et admet qu'à côté du rattachement spécial de certaines lois de police étrangères, d'autres puissent être prises en considération pour des raisons de pur droit privé.

(128) On notera que M. Wilhelm Wengler lui-même s'est, d'une manière plus générale, exprimé en faveur d'une coexistence pacifique des méthodes du rattachement spécial et de la prise en considération des lois de police étrangères : cf. « Die Stellungnahme anderer Staaten zu heterogen verknüpften Sachverhalten als Faktum unter dem im Forumstaat anwendbaren Recht » in *Zur Rechtslage Deutschlands — Innerstaatlich und International*, Munich, 1990, p. 143, 147-150. V. aussi A. Junker, *op. cit.* ; A. Schnyder, *Wirtschaftskollisionsrecht*, Zurich, 1990, p. 288-290 ; K. Siehr, « Ausländische Eingriffsnormen im inländischen Wirtschaftskollisionsrecht », *RabelsZ* 1988. 41, 96-98 ; D. Zimmer, « Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Zivilgerichten : Zur Unterscheidung zwischen einer normativen Berücksichtigung fremder zwingender Normen und einer bloßen Beachtung ihrer tatsächlichen Folgen », IPRax 1993. 65.

pas lui demander de rester en deça, sacrifiant au passage les finalités de droit privé propres à cette méthode.

b) *Les effets de la référence à la norme étrangère*

310. La seconde critique formulée par les adversaires de la méthode de la prise en considération est celle-ci. Admettons même que dans la plupart des cas, tant le rattachement spécial que la prise en considération aboutissent fondamentalement au même résultat : le respect de la prohibition étrangère. Il n'en reste pas moins erroné de se borner à prendre en considération les normes prohibitives étrangères, et d'en déduire les conséquences civiles à l'aide d'une règle de décision qui ne fait pas partie de l'ordre juridique dont provient la norme prohibitive. Supposons qu'une réglementation de droit public en vigueur au lieu d'exécution de l'obligation soit méconnue par le contrat : il ne convient pas de séparer cette réglementation des sanctions civiles ou autres conséquences de droit privé qui sont les siennes dans l'ordre juridique étranger.

C'est pour cette raison que la construction jurisprudentielle relative au fait du prince étranger n'est pas compatible avec la théorie du rattachement spécial dans sa version la plus orthodoxe : selon celle-ci, la libération du débiteur ne peut résulter que de la loi étrangère elle-même ; si le débiteur est libéré, c'est parce qu'il peut invoquer l'ordre de la loi ou le commandement de l'autorité légitime — et non la force majeure (129).

Par ailleurs, tous les adversaires de la méthode de la prise en considération sont d'accord à considérer qu'une éventuelle nullité de contrats tendant à la violation d'une loi étrangère ne peut résulter que de la loi violée elle-même, et qu'il est faux de prononcer cette nullité par le détour d'une règle de droit matériel de la *lex contractus*, relative à l'illicéité de l'objet de contrat (130). Cette dernière proposition est parfois présentée comme étant l'évidence même : l'annulation d'un contrat méconnaissant une disposition légale ou réglementaire suppose toujours, logiquement, l'applicabilité de cette disposition (131). « En quoi peut-il être illicite ou immoral de ne pas respecter une loi qui n'est pas compétente ? » (132) Pourquoi la contrebande à l'étranger serait-elle illicite ? « Après tout, le contrebandier ne fait que mettre à exécution l'idée selon laquelle la norme étrangère n'entre pas en ligne

(129) V. en ce sens P. Mayer, note sous Soc. 8 mai 1974, R. 1975. 452, 459-460 ; M. Ekelmans, note au J.T. 1983. 727, 735.

(130) V. *supra*, n°s 235 et s., l'exposé de cette solution, traditionnelle en jurisprudence.

(131) K. Zweigert, « Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote », *RabelsZ* 1942. 283, 301.

(132) P. Mayer, note sous Reims 25 octobre 1976, J.D.I. 1978. 99, 104 ; v. aussi, du même auteur, « Les lois de police étrangères », J.D.I. 1981. 277, 309 ; « Le rôle du droit public en droit international privé français » in *Colloque de Bâle sur le rôle du droit public en droit international privé*, Bâle/Francfort, 1991, p. 63, 69 (« il n'est pas ... immoral d'agir en contrariété avec une loi que l'on n'a pas l'obligation de respecter puisqu'elle n'est pas applicable ») ; « La règle morale dans l'arbitrage international », *Mélanges Pierre Bellet*, 1991, p. 379, 385.

de compte » (133). Exprimé sous forme humoristique ou non, l'argument reste un jeu de mots. Le juge qui, sans appliquer une norme étrangère, la prend néanmoins en considération n'affirme pas par là que cette norme « n'entre pas en ligne de compte » et ne dénie pas à l'Etat étranger toute compétence pour régler le comportement en question. Bien au contraire : il constate que la norme constitue une expression, incontournable, de la souveraineté territoriale de l'Etat étranger et donc — au niveau du droit international privé — un *local datum* dont il faut tenir compte. Et s'il annule un contrat de contrebande, c'est parce que le respect de la norme étrangère s'imposait, précisément, au contrebandier (134).

311. Un autre argument d'ordre logique est encore invoqué pour justifier l'annulation, par application de la loi étrangère elle-même, des contrats méconnaissant les règles de conduite édictées par une loi de police ; il s'agit, cette fois-ci, plus spécifiquement d'une logique conflictualiste. Comme l'exprime M. Pierre Mayer, à propos de l'exemple d'un contrat régi par le droit français, mais tendant à la violation du contrôle des changes algérien : « Si la décision était prise d'appliquer la loi algérienne, la sanction de la prohibition qu'elle édicte devrait-elle être recherchée dans la loi algérienne elle-même, ou dans la règle française — *lex contractus* — qui déclare nuls les contrats dont l'objet est illicite ? La première solution paraît préférable, car c'est à la loi qui édicte la solution violée qu'il appartient ordinairement de préciser les sanctions de sa violation » (135).

L'argument est certainement de poids, puisqu'il fait appel à un principe fondamental du droit international privé (136). Il n'est cependant pas déterminant. Le principe en question a en effet été formulé — notamment dans le cadre des conflits de lois en matière matrimoniale — à propos de règles de décision civiles ; il n'est pas nécessairement transposable à des règles de conduite. Certes, « il semble peu contestable que la loi compétente pour fixer les règles de formation du mariage le soit également pour déterminer la sanction de leur violation, c'est-à-dire s'il y a nullité et dans quelles conditions : ce sont les deux aspects d'une seule et même question » (137). Mais, précisément, le droit civil étranger est dans ce cas « la loi compétente », c'est-à-dire applicable au rapport de droit entre les parties. En revanche, lorsque c'est une règle de conduite étrangère qui a été méconnue par un contrat soumis au droit français, cette règle de conduite ne définira pas elle-même les conséquences de droit civil de sa méconnaissance. Elle ne constitue, en toute hypothèse, qu'un *datum* pour le juge français. La règle de décision applicable aux conséquences de ce *datum* reste à déterminer : loi de l'Etat étranger en question ou

(133) « *Schließlich setzt der Schmuggler den Gedanken, daß die ausländische Norm unbeachtlich ist, ja nur in die Tat um* » : D. Martiny, *MünchKomm*, 2^e éd., 1990, Art. 34 EGBGB, n° 35.

(134) C'est en effet en ces termes que le problème de la contrebande à l'étranger s'est depuis toujours présenté : v. *supra*, n° 236, la discussion doctrinale au XVIII^e siècle entre Emerigon (« les loix du Roi Catholique ne sont pas des règles de conduite pour les François ») et Pothier.

(135) *op. cit.*, J.D.I. 1978, p. 104 ; v. dans le même sens P. Lagarde, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », R. 1991. 287, 328.

(136) cf. G. de La Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités*, 1967, n°s 325 et s.

(137) Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, 7^e éd., t. II, 1983, n° 428.

loi française ? Le principe de droit international privé invoqué n'intervient qu'après la détermination de la règle de décision applicable, et ne peut donc servir à sa détermination. Prenons l'exemple classique du contrat entre Français tendant à la contrebande en Espagne : le principe qui soumet la nullité à la loi de la condition violée est parfaitement respecté par un jugement français qui estime que, les « loix du Roi Catholique » étant « des règles de conduite pour les François », le contrat ne remplit pas une condition de validité imposée par le droit français des contrats, à savoir l'existence d'un objet et d'une cause licites de la convention ; dans ce cas, ce sera tout naturellement par application du seul droit civil français que la nullité sera prononcée (138).

Là encore, ce n'est donc pas la logique juridique pure qui pourrait imposer le rattachement spécial des lois de police étrangères — sanctions civiles comprises — de préférence à leur prise en considération dans le cadre du droit matériel applicable. Tout reste une question d'opportunité.

312. Et en fait, du point de vue de l'opportunité, la méthode de la prise en considération présente un avantage qui paraît décisif : elle permet de concilier le respect dû à la règle de conduite étrangère et la sauvegarde de l'équilibre contractuel tel qu'il résulte de la loi du contrat. Cette conciliation correspond, nous semble-t-il, le mieux aux intérêts qui sont vraiment en cause. L'Etat étranger a certes intérêt à ce que le juge français empêche l'accomplissement, en vertu d'un contrat régi par la loi française, d'un acte illégal au regard de la loi du lieu d'exécution ; mais le moyen technique mis en oeuvre par le juge ne touche plus aux intérêts essentiels de l'Etat étranger. Qu'il s'agisse d'une nullité prononcée par application du droit civil étranger, d'une nullité prononcée pour objet illicite au sens du droit français, d'une nullité pour impossibilité d'exécution *ab initio* (139) ou d'une résolution pour impossibilité survenue en cours d'exécution — le résultat est toujours le même : la prohibition étrangère sera respectée. Le choix entre ces différentes possibilités n'affecte que les conséquences de droit privé, dans les relations entre les parties, de l'illicéité ou impossibilité d'exécution constatée par le juge. L'intérêt des parties, quant à lui, doit être au centre des préoccupations du droit international privé (140) ; et en matière contractuelle, c'est l'intérêt des parties qui a toujours justifié l'adoption de l'une des rares règles de conflit presque incontestées — celle qui soumet la validité substantielle et l'exécution des contrats à la loi d'autonomie. La

(138) Comp. — mais dans le cadre du système, d'inspiration territorialiste, propre à l'auteur — J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, t. V, 1948, n° 1407, qui, tout en jugeant nécessaire la « consultation » systématique des lois de police en vigueur au lieu d'exécution de l'obligation (p. 103), estime que la sanction civile de leur méconnaissance relève de la *lex contractus*, « loi qui a posé la condition préalable » de l'existence d'un objet licite de l'obligation (p. 104). Cf. d'ailleurs l'art. 1108 C. civ. : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : ... un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation ».

(139) V. sur ce point précis *supra*, n° 25 et comp. n° 238, note 70.

(140) cf. G. Kegel, *Internationales Privatrecht*, 6^e éd., 1987, p. 78 et s. ; comp. H. Batiffol, « Les intérêts de droit international privé », *Festschrift Gerhard Kegel*, Francfort, 1977, p. 11 et s.

prévisibilité des solutions en dépend (141). Dès lors que l'intérêt de l'Etat étranger n'est plus réellement en cause, celui des parties est seul déterminant ; il ne faut donc pas déroger sans nécessité au domaine de la loi d'autonomie.

Ces observations sont d'une importance fondamentale dans tous les cas où la norme prohibitive étrangère apparaît pour les parties comme un fait du prince faisant obstacle à l'exécution du contrat : même s'il faut supposer que tous les systèmes juridiques sont aujourd'hui d'accord à exonérer le débiteur (142), certaines conséquences du fait du prince sur le contrat dépendent étroitement de la règle de décision appliquée par le juge (143) : la méthode de la prise en considération présente ici l'avantage important de permettre l'application de la loi du contrat à ces conséquences de droit privé de la contrainte étatique (144). L'équilibre contractuel serait sérieusement perturbé s'il fallait vraiment importer dans la relation contractuelle les conceptions que peut avoir, sur ce point de pur droit privé, la loi étrangère. Prenons un exemple : si la loi du contrat impose, par référence au principe de la bonne foi entre contractants, un transfert du lieu d'exécution — permettant ainsi l'exécution sur le territoire du for d'une obligation dont l'exécution à l'étranger est devenue illégale (145) —, c'est la loi du contrat qu'il faut appliquer sur ce point, non la loi étrangère.

Par ailleurs, les mêmes considérations devraient encore amener le juge à consulter la loi du contrat et non la loi étrangère, lorsqu'il s'agit de savoir sous quelles conditions la méconnaissance des règles de conduite étrangères entraîne la nullité du contrat. Dans ce contexte, deux arguments ont été avancés en faveur de l'application des sanctions civiles prévues par la loi étrangère : il a été soutenu que « leur régime (la possibilité de régularisation, notamment) est intimement lié à l'étendue de la prohibition » et aussi qu'« il y a un lien évident entre la nature des sanctions et l'esprit de la prohibition » (146). Qu'en est-il ?

1° L'argument tiré de la possibilité d'une régularisation ne nous semble pas pouvoir être retenu. Il est certes évident que c'est en fonction du seul droit public étranger que s'apprécie la possibilité, pour un contractant, de régulariser sa situation administrative en sollicitant *a posteriori* l'approbation administrative qu'il avait négligé d'obtenir avant de s'engager. Mais c'est là un *datum*, simple modalité de la réglementation étrangère de droit public. Les conséquences juridiques de ce *datum* dans les relations de droit privé entre les parties peuvent parfaitement être déduites,

(141) Sur l'importance de la *prévisibilité* du droit applicable, spécialement en matière contractuelle, v. W. Wengler, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », R. 1990. 657, 669-674.

(142) Mais la solution contraire n'est pas inimaginable ; v. le cas du droit anglais et américain jusqu'à la seconde moitié du XIX^e siècle : *supra*, n^{os} 32 et s ; 44 et s. Il s'agissait, même à l'époque, essentiellement d'une question de répartition des risques de la force majeure entre les parties.

(143) V. *supra*, n^o 27 (en particulier la question de l'imprévision ou *Wegfall der Geschäftsgrundlage*).

(144) Sur la mise en oeuvre de cette idée en droit positif, v. *infra*, n^{os} 330 et s., la question de la loi applicable à la prise en considération du fait du prince étranger.

(145) cf. *supra*, n^o 201 ; il convient de noter que tous les systèmes juridiques ne sont pas nécessairement d'accord sur cette application du principe de la bonne foi contractuelle.

(146) V. spéc. P. Mayer, *Colloque de Bâle*, *op. cit.*, p. 69 et 155.

par le juge, de la loi du contrat : ou bien le juge constate qu'il n'existe pas de possibilité de régularisation, et il en déduira l'impossibilité d'exécution définitive ou l'illicéité de l'objet du contrat ; ou bien il constate que la possibilité d'une régularisation existe, et ce sera la loi du contrat qui en déterminera les conséquences. C'est elle, notamment, qui désignera la partie à laquelle incombe le cas échéant l'obligation de solliciter la régularisation ainsi que la nature de cette obligation : obligation de moyens, de résultat ou de garantie (147). Ces questions touchent à la détermination des obligations contractuelles accessoires des parties et à leur responsabilité contractuelle ; il n'existe aucune raison objective de les soustraire à l'emprise de la loi du contrat (148).

2° Quant à l'argument tiré de l'« esprit de la prohibition », qui devrait déterminer la nature des sanctions, il peut être utilisé pour démontrer les dangers de la méthode du rattachement spécial plutôt que ses avantages. La sanction civile prévue par le droit étranger — en cas de transgression d'une prohibition législative ou réglementaire relevant du droit public économique — révélera en effet l'« esprit » du droit étranger des contrats illicites plutôt que celui d'une prohibition particulière ; et là encore, il n'y a pas de raison objective d'importer, dans une relation contractuelle qui n'est pas régie par le droit étranger, l'esprit de ses lois.

Voici un exemple concret. En droit français, un contrat de vente qui méconnaît une réglementation relevant du droit public économique est illicite, et donc nul. L'acheteur qui a payé le prix ne peut contraindre le vendeur à livrer la chose vendue ; il a cependant droit au remboursement du prix versé : la règle contraire — la maxime « *nemo auditur ...* », qui exclut la répétition des prestations fournies en vertu d'un contrat nul — ne s'applique pas aux contrats illicites en matière économique (149) ; si tant est qu'elle fait encore partie du droit positif français, elle s'applique — selon l'opinion dominante — uniquement aux « contrats immoraux », ou « dans les matières ayant trait à la morale sexuelle, particulièrement quant aux contrats portant sur des maisons de tolérance » (150).

Le droit anglais, quant à lui, est plus sévère à l'égard des contractants qui méconnaissent une norme prohibitive dans le domaine économique. En fait, le droit anglais prévoit deux types différents de sanctions civiles pour méconnaissance d'une

(147) Comp., *supra*, n^o 210, le problème général de l'obligation d'obtenir une licence administrative.

(148) V. d'ailleurs en ce sens BGH 11 mars 1970, NJW 1970. 1002 : même si l'article VIII.2.b des Statuts du F.M.I. impose au juge allemand de donner effet au contrôle des changes néerlandais, c'est conformément au droit privé allemand, non néerlandais qu'il convient d'apprécier si l'octroi *ex post* d'une licence de change peut opérer une régularisation d'un cautionnement expressément soumis au droit allemand.

(149) cf. B. Béraud, « L'exception d'indignité dans la jurisprudence récente », J.C.P. 1952. I. 1029, n^o 16 ; J. Schmidt-Szalewski, « Les conséquences de l'annulation d'un contrat », J.C.P. 1989. I. 3397, n^o 29 ; v. aussi J. Carbonnier, note sous Crim. 3 juillet 1947, J.C.P. 1948. II. 4474.

(150) H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1^{er}, 8^e éd., 1991, n^o 657. Ce point de vue doctrinal est adopté, ici, pour les besoins de la discussion ; notons que les auteurs n'expliquent pas comment se justifie une règle jurisprudentielle, dérogeant au droit commun, au champ d'application aussi étroitement circonscrit.

condition de validité des contrats (151) : le contrat peut être simplement nul (*void*) ou illégal (*illegal*). Paradoxalement peut-être, tous les contrats conclus en méconnaissance d'une prohibition législative (*contracts prohibited by statute*) relèvent de cette dernière catégorie (152), alors même que les parties auraient été dans l'ignorance de l'illégalité de leur contrat (153). La principale conséquence juridique de l'illégalité du contrat, par opposition à sa simple nullité, est l'applicabilité de la maxime « *In pari delicto potior est conditio defendentis* », équivalent anglais du « *Nemo auditur ...* » français. L'une des parties ne peut, après annulation du contrat, agir en répétition de sa prestation contre l'autre (154). L'application de cette maxime a ses raisons : selon des précédents qui remontent au XVIII^e siècle, elle doit constituer une sanction civile aggravée, frappant les parties à un contrat illégal, et les dissuader ainsi de sa conclusion (155).

Le juge français est saisi d'un litige ayant trait à un contrat de vente régi par le droit français, mais conclu en méconnaissance d'une loi de droit public anglaise. Le vendeur ne peut être contraint à livrer la marchandise, c'est certain ; mais faut-il vraiment aller jusqu'au bout, déterminer la sanction de la méconnaissance de la loi anglaise conformément au droit anglais, déclarer le contrat *illegal* et débouter l'acheteur de sa demande en répétition du prix ? Ce faisant, ne porterait-on pas gravement — et inutilement — atteinte à l'équilibre des obligations des parties, tel qu'il résulte de la loi française du contrat ? Le contrat ne porte pas sur une maison de tolérance ; l'on ne voit pas pourquoi il faudrait lui appliquer un régime qui correspond au régime français des « contrats immoraux » ! Posons la question autrement : la violation du droit public anglais par un contrat régi par la loi française doit-elle vraiment être sanctionnée, devant le juge français, plus sévèrement que ne le serait la violation de l'ordre public français — et cela parce que depuis le XVIII^e siècle, la jurisprudence anglaise considère cette sévérité comme opportune, ou se sent, tout simplement, liée par des précédents trop anciens pour être remis en cause sans intervention législative ? Le juge français doit-il vraiment faire sien l'« esprit » des prohibitions législatives anglaises, y compris en leurs sanctions civiles ? (156)

(151) cf. *Halsbury*, vol. ix, *Contract*, n^{os} 386 et s.

(152) *Halsbury*, n^o 423.

(153) cf. *Halsbury*, n^o 422 ; *adde* Lord Goff/G. Jones, *The Law of Restitution*, 4^e éd., Londres, 1993, p. 519-520, qui notent qu'au vu de l'inflation législative et réglementaire actuelle, cette règle traditionnelle a des effets d'autant plus regrettables qu'il ne peut être raisonnablement exigé des particuliers de connaître tous les textes prohibitifs.

(154) *Halsbury*, n^{os} 433 et s., qui énonce également un certain nombre d'exceptions d'importance mineure ; v. aussi Goff/Jones, *op. cit.*, p. 498 et s. — Pour une comparaison avec le droit français, v. E. Sabbath, « Denial of Restitution in Unlawful Transactions — A Study in Comparative Law » (1959) 8 *I.C.L.Q.* 486 ; 689.

(155) cf. Goff/Jones, p. 504-505 (v. aussi les références supplémentaires données par la 3^e éd. de l'ouvrage, 1986, p. 405-406).

(156) Encore s'agit-il là d'un exposé simplifié du problème. En réalité, il faut supposer que le contrat méconnaît une prohibition législative *britannique*, puisque le Royaume-Uni a un droit public économique en principe unique. Mais il n'a pas de droit civil unifié. Le droit écossais des contrats illicites, même s'il s'inspire du droit anglais (cf. D. Walker, *The Law of Contracts and Related Obligations in Scotland*, Londres, 1979, n^{os} 11.17 et s.), ne s'identifie pas nécessairement à lui. Par conséquent, si le droit public économique britannique (qui existe) a été méconnu, le juge français ne peut

L'application de la *lex contractus* française aboutit à un résultat plus satisfaisant : l'illicéité (non *illegality*) du contrat tendant à la violation des lois anglaises. Le contrat est annulé, certes ; mais les parties peuvent et doivent obtenir la restitution des prestations fournies en vertu du contrat illicite : rien ne s'oppose à ce que la règle française de droit commun, qui prévoit cette restitution, s'applique (157). Le juge français n'a pas à y déroger en se ralliant aux conceptions du droit anglais pour la seule raison que la loi de police méconnue fait partie du droit public anglais.

313. Nous croyons pouvoir en déduire qu'en ce qui concerne les conséquences de la référence à la norme prohibitive étrangère, la méthode de la prise en considération permet d'atteindre des résultats plus satisfaisants que la méthode du rattachement spécial. Cette observation vaut d'abord à l'égard de la version la plus radicale de la théorie du rattachement spécial : celle qui entend puiser dans l'ordre juridique étranger *toutes* les conséquences de droit civil de la méconnaissance de la norme prohibitive (158) ; l'inopportunité de ce système paraît manifeste (159). Mais la même observation vaut également à l'égard d'une espèce de compromis, suggérée par M. Zweigert dès 1942 (160) : selon lui, seul le principe même de la nullité comme sanction civile de la violation du droit étranger serait fourni par le droit étranger lui-même, les conséquences de la nullité, elles, pouvant relever de la loi du contrat. Comme le démontre l'exemple du droit anglais, il n'est pas certain que le droit étranger connaisse un seul type de nullité, et il est parfaitement possible que certaines conséquences de la nullité soient elles-mêmes une forme de sanction civile. Par ailleurs, le principe même de la nullité édictée par la loi étrangère ne s'impose pas au juge à l'encontre des solutions admises par la loi du contrat.

Une réserve pourrait toutefois être formulée pour les cas où les conséquences civiles de l'irrégularité ne se déduiraient, dans l'ordre juridique étranger, pas des conceptions générales du droit étranger en matière de contrats illicites, mais de règles de décision spécifiquement édictées pour les besoins de la réglementation en

en déduire les conséquences civiles du droit britannique des contrats (qui n'existe pas). Appliquera-t-il, à un contrat soumis au droit français, le droit anglais ou le droit écossais ?

(157) Pour un exemple, v. Civ. 1^{re} 18 juin 1969, *J.C.P.* 1969. II. 16131, note P.L. ; R. 1970. 464, note Drakidis : contrat de contrebande de devises en provenance d'Algérie ; cassation, au visa de l'art. 1376 du Code civil, d'un arrêt qui avait refusé d'ordonner la restitution des prestations.

(158) C'est, semble-t-il, le système de W. Wengler, « Die Anknüpfung des zwingenden Schulrechts im internationalen Privatrecht », *ZVgRWiss* 1941. 168, 212.

(159) Le système n'est d'ailleurs pas seulement inopportun, mais encore parfois impraticable : si un contrat soumis au droit suisse méconnaît une prohibition du droit communautaire de la concurrence, aucune conséquence de droit privé de cette méconnaissance, autre que le fait brut de la nullité des dispositions contractuelles affectées, ne peut être déduite du droit communautaire (cf. C.J.C.E. 14 décembre 1983, *Société de vente de ciments et bétons de l'Est/Kerpen & Kerpen*, aff. 319/82, Rec., p. 4173, et 18 décembre 1986, *VAG France/Magne*, aff. 10/86, Rec., p. 4071, qui renvoient pour le surplus au droit national applicable au contrat : le juge suisse, souhaitant appliquer la théorie du rattachement spécial, doit-il dans ce cas faire jouer — en matière contractuelle — le renvoi ?

(160) K. Zweigert, *op. cit.*, p. 300-301 (qui note, p. 301 n. 1, la position contraire de M. Wengler).

cause et considérées comme internationalement impératives (161). Le juge serait alors en présence, non seulement d'une norme prohibitive, mais encore d'une loi de police contractuelle susceptible d'être appliquée en tant que telle aux rapports juridiques entre les parties. Son application effective ne devrait être envisagée qu'avec la même prudence que celle qui s'impose à l'égard des autres lois de police contractuelle essentiellement édictées en vue de la protection d'intérêts étatiques (162). Il n'est pas exclu qu'il s'agisse là d'une hypothèse d'école, mais elle mérite d'être signalée.

314. En ce qui concerne l'effet international des règles de conduite étrangères ne faisant pas partie de la *lex contractus*, nos conclusions seront donc celles-ci : la méthode de la prise en considération permet une référence à ces normes dans toutes, ou presque toutes, les hypothèses où elle est raisonnablement souhaitable. Elle permet une combinaison, hautement opportune, de la norme étrangère et de la loi du contrat. Elle permet d'atteindre certains résultats — notamment l'effet libératoire de normes étrangères qui apparaissent comme illégitimes, mais s'imposent néanmoins au débiteur — que ne permet pas d'atteindre une version trop orthodoxe de la théorie du rattachement spécial. S'il reste envisageable que la méthode du rattachement spécial puisse venir la compléter dans quelques hypothèses assez exceptionnelles, il serait manifestement inopportun de vouloir soumettre systématiquement à la seule méthode du rattachement spécial les conditions et les effets de la référence aux règles de conduite étrangères.

Ce sont ces conclusions que nous allons confronter au droit positif.

§ 2. — Le droit positif

315. C'est dans la jurisprudence (A), puis dans les textes — notamment certaines conventions internationales — (B) que nous rechercherons les traces d'une consécration (ou, au contraire, d'un refus de consécration) de la théorie du rattachement spécial des lois de police étrangères.

A. — LA JURISPRUDENCE

316. Comme le montre la reconnaissance de l'effet libératoire du fait du prince étranger, les tribunaux acceptent — partout, semble-t-il — de prendre en considération, dans le cadre de l'application de règles de droit matériel, des règles de

(161) Il conviendrait de n'admettre l'existence de pareille règle de décision spéciale que si, par sa finalité, elle répondait à une nécessité particulière, ressentie par le législateur à propos de la mise en oeuvre de la réglementation concernée. Il serait insuffisant en revanche qu'un même texte législatif énonce d'une part la règle de conduite et, d'autre part, des sanctions de droit privé s'inspirant du droit commun du pays étranger.

(162) cf. *supra*, n° 304.

conduite étrangères. La technique du rattachement spécial, elle, n'a pas toujours rencontré la faveur des tribunaux. Dans son pays d'origine, où elle reste soutenue par un fort courant doctrinal (163), le *Bundesgerichtshof* l'a considérée et rejetée par un arrêt du 17 décembre 1959 (164) ; il n'est, depuis lors, pas revenu sur la solution ainsi adoptée. De même, en Angleterre, les arrêts par lesquels la *Court of Appeal* avait refusé de faire application, à un contrat régi par le droit anglais, du contrôle des changes du pays de la résidence du débiteur (165), ou d'une loi de police contractuelle invalidant les clauses-or (166), continuent à faire autorité (167). La même réticence à l'égard des lois de police étrangères a pu caractériser la jurisprudence suisse (168).

Du moins au plan des principes officiellement proclamés par les tribunaux, l'attitude inverse a été adoptée, en Europe, essentiellement en jurisprudence néerlandaise. Le retentissant arrêt *Alnati* de la Cour de cassation des Pays-Bas a certes cassé un arrêt de la Cour d'appel qui avait décidé que la désignation, par les parties, du droit néerlandais comme droit applicable à un contrat de transport maritime ne pouvait empêcher l'application des règles impératives de la loi belge qui aurait été applicable en l'absence de choix ; mais il a ajouté « que, par rapport aux contrats tels que celui dont il s'agit, il peut arriver que, pour un Etat étranger, l'observation de certaines de ces règles, même en dehors de son territoire, revête une importance telle que le juge néerlandais doive en tenir compte et, dès lors, les appliquer de préférence au droit d'un autre Etat qui aurait été choisi par les parties pour régir leur contrat », tout en relevant « que, dans la présente espèce, les règles belges appliquées par la Cour ne revêtent pas un caractère tel que le juge néerlandais serait tenu, eu égard aux intérêts belges qui sont en cause relativement à l'application de ces règles, de leur donner la priorité sur le droit néerlandais choisi par les parties » (169). L'arrêt *Sewrajsingh* de 1979 refuse, de même, d'appliquer à un contrat de vente d'immeuble régi par le droit néerlandais la réglementation des changes du Surinam, pays de la résidence de l'acquéreur : l'« intérêt considérable » du for au « libre fonctionnement du commerce juridique » relatif aux immeubles

(163) cf. *supra*, n° 299, note 63 et *infra*, n° 327, notes 255 et 257.

(164) BGHZ 31. 367, 373, à propos du contrôle des changes de l'Allemagne de l'Est ; l'arrêt estime que le rattachement spécial de normes de droit public, tel qu'il a été proposé par MM. Wengler et Zweigert, ne peut se justifier que s'il est prévu par une disposition expresse d'un traité entre l'Etat du for et l'Etat étranger.

(165) *Kleinwort, Sons & Co. v. Ungarische Baumwolle Industrie Aktiengesellschaft* [1939] 2 K.B. 678 (« Primarily it is our business to see that English contracts are observed and carried out according to English law » : p. 699, per du Parcq L.J.).

(166) *R. v. International Trustee for the Protection of Bondholders Aktiengesellschaft* [1937] A.C. 500 : cf. *supra*, n° 303.

(167) comp. L. Collins, rapport anglais au *Colloque de Bâle sur la loi régissant les obligations contractuelles*, Bâle/Francfort, 1983, p. 55, 58-59.

(168) cf. M. Erne, *Vertragsgültigkeit und drittstaatliche Eingriffsnormen*, Zurich, 1985, p. 12 et s. — Sur l'art. 19 L.D.I.P., issu de la réforme du droit international privé suisse en 1987, v. *infra*, n° 324.

(169) Cass. 13 mai 1966, R. 1967. 522, note Struycken. Il s'agissait, en l'espèce, de la réglementation belge de la responsabilité du transporteur maritime.

situés sur son territoire excluait l'annulation du contrat de vente (170). Une sentence arbitrale néerlandaise de 1982 s'est inspirée de cet arrêt pour décider que l'« importance considérable » que les contrats commerciaux internationaux ont pour les Pays-Bas devait amener les arbitres à refuser de faire application de la réglementation autrichienne des changes à un contrat de vente de céréales régi par le droit néerlandais (171). Comme le relève un auteur, à suivre le raisonnement de l'arrêt *Sewrajsingh* et de cette sentence, l'application d'une loi de police étrangère à l'encontre de la loi du contrat devient pratiquement inconcevable (172) ; aussi bien, il paraît que les tribunaux néerlandais n'ont en fait jamais mis en oeuvre la faculté de rattachement spécial ouverte par l'arrêt *Alnati* (173).

C'est en jurisprudence américaine que l'on peut trouver quelques exemples d'application effective de lois de police étrangères ne faisant pas partie de la loi désignée par les parties (174) ; encore faut-il observer que le droit international privé américain ne fait ainsi que confirmer son originalité, puisque — du moins selon la tendance doctrinale et jurisprudentielle exprimée en 1971 par le second *Restatement* des conflits de lois — l'analyse des « intérêts étatiques » en cause y constitue d'une manière générale l'une des méthodes fondamentales de la détermination de la loi applicable (175). Selon la section 188 du *Restatement*, ces directives fondamentales s'appliquent également à la détermination du droit applicable, en l'absence de choix, à une « question d'ordre contractuel » (*an issue in*

(170) Cass. 12 janvier 1979, R. 1980. 68, note van Rooij. Dans ses conclusions, le Procureur général avait exprimé son hostilité à une extension de la solution *Alnati* à des cas ne relevant pas des transports maritimes (cf. R. 1980, p. 70).

(171) Sentence d'appel de l'Association des marchands de grains d'Amsterdam du 11 janvier 1982, Y.B.C.A. 8 (1983) 158.

(172) J.C. Schultsz, « Les lois de police étrangères », *Trav. Com. fr. 1982-1983*, 39, 49, et du même auteur « Dutch Antecedents and Precedents for Article 7 of the EEC Contracts Convention of 1980 », *RabelsZ* 1983, 267, 279.

(173) cf. Schultsz, *op. cit.*, *RabelsZ* 1983, p. 282. Dans l'affaire-*Sensor* (Trib. arr. La Haye 17 septembre 1982 : *supra*, nos 185 et 308), l'application de la réglementation américaine a été refusée au motif qu'il n'existait pas de relation suffisamment étroite entre le contrat et les États-Unis.

(174) *Business Incentives Co., Inc. v. Sony Corp. of America*, 397 F. Supp. 63, 67 (S.D.N.Y. 1975) (application, à un contrat expressément soumis au droit new-yorkais, de la législation du New Jersey relative à la protection des concessionnaires de vente) ; *Southern International Sales Co., Inc. v. Potter & Brumfield Division*, 410 F. Supp. 1339 (S.D.N.Y. 1976) (application d'une loi de police contractuelle portoricaine à un contrat soumis au droit de l'Indiana) ; *Keystone Leasing Corp. v. Peoples Protective Life Insurance Co.*, 514 F. Supp. 841 (E.D.N.Y. 1981) (application de la législation sur les assurances du Tennessee à un contrat new-yorkais) ; *addé* les exemples analysés par E. Jayme, « Zur Anwendung ausländischer Verbotsgesetze durch den Supreme Court von Kalifornien », *IPRax* 1986, 46.

(175) *Restatement*, § 6(2), qui cite parmi les « facteurs » dont il convient de tenir compte dans la détermination de la loi applicable « (b) the relevant policies of the forum » et « (c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue ». — V. aussi l'article 3515 du Code civil louisianais, issu de la réforme législative du droit international privé de cet Etat en 1991 (texte publié en France à la R. 1992. 394) ; sur l'adoption, par le législateur louisianais, d'une méthode particulière de prise en compte des intérêts étatiques en cause, v. S. Symeonides, « Les grands problèmes de droit international privé et la nouvelle codification de Louisiane », R. 1992. 223, 233-235.

contract) (176) ; rien ne s'oppose d'ailleurs à l'application de lois différentes aux différentes « questions » (*issues*) pouvant apparaître, concrètement, dans une situation d'ordre contractuel ; à l'idée (ou à l'idéal) de l'applicabilité d'une *lex contractus* unique s'oppose ainsi une forte tendance au « dépeçage » du contrat (177). La section 187 du *Restatement* concerne le cas d'un choix de la loi applicable par les parties elles-mêmes ; si ce choix est toujours respecté en ce qui concerne les dispositions légales supplétives, il peut en aller différemment en présence de dispositions impératives : il peut être dérogé à la loi choisie, même en présence d'une *electio juris* raisonnable en elle-même, lorsque

« application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of § 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties » (178).

Comme on le constate, l'application des lois de police étrangères par les tribunaux américains — qui ne déroge pas fondamentalement à la règle de conflit de droit commun — s'insère tout naturellement dans un contexte juridique très particulier, et très difficilement exportable. Encore convient-il d'observer que les tribunaux américains sont très loin d'appliquer systématiquement les lois de police étrangères ; une Cour d'appel fédérale a même décidé que le principe formulé par la section 187 du *Restatement* ne devait pas prévaloir sur le respect des prévisions des parties quant à la loi applicable à leur contrat (179) ; de même, la jurisprudence new-yorkaise en matière de contrôle des changes n'est pas notablement plus favorable aux lois prohibitives étrangères que la jurisprudence anglaise (180). Ensuite, et pour ce qui est des techniques à utiliser pour donner effet aux normes étrangères, le *Restatement* lui-même réserve la possibilité d'une simple prise en considération de la norme étrangère (181) ; les tribunaux, quant à eux, préféreront

(176) § 188.

(177) cf. E. Scoles/P. Hay, *Conflict of Laws*, 2^e éd., St. Paul, 1992, p. 721 et s.

(178) cf. aussi l'article 3540 du Code civil louisianais, R. 1992, p. 398.

(179) *Northrop Corp. v. Triad International Marketing S.A.*, 811 F.2d 1265, 1270 (9th Cir. 1987) : la Cour en a déduit le refus d'appliquer, à un contrat d'intermédiaire expressément soumis au droit californien, une loi de police saoudienne prohibant le paiement de commissions sur les marchés d'armes conclus avec le gouvernement d'Arabie Saoudite ; l'arrêt prend soin de souligner que la loi de police (contractuelle), qui se borne à déclarer nulle pareille obligation de paiement, n'est pas de nature à empêcher effectivement l'exécution du contrat (p. 1268).

(180) cf. *J. Zeevi & Sons v. Grindlays Bank (Uganda) Ltd.*, 371 N.Y.S.2d 892 (Ct. App. 1975), qui déduit l'applicabilité exclusive du droit new-yorkais, et le refus de tenir compte de la réglementation étrangère, d'une *interests analysis* qui n'est pas sans rappeler le *dictum* anglais cité *supra*, note 165 : « *New York has an overriding and paramount interest in the outcome of this litigation. It is a financial capital of the world, serving as an international clearinghouse and market place for a plethora of international transactions ... In order to maintain its preeminent financial position, it is important that the justified expectations of the parties to the contract be protected* » (p. 898) ; v. aussi *infra*, n° 319, note 199, pour l'interprétation restrictive de l'art. VIII.2.b des Statuts du F.M.I.

(181) V. *supra*, n° 48, la référence à la section 202 du *Restatement*, à propos de l'illégalité *lege loci solutionis* (distinction entre existence et effets de l'illégalité). Le *Restatement* n'exclut toutefois pas qu'une « analyse des intérêts » puisse amener le juge à appliquer la loi étrangère méconnue aux effets de l'illégalité constatée : cf. § 202, *comments d et c*.

souvent s'affranchir d'un raisonnement en termes de droit privé, auquel ils substitueront le recours à la notion d'*Act of State* (182). Il n'est pas certain que la pratique américaine actuelle constitue, en dehors de son contexte particulier, une référence très utile.

317. La jurisprudence française, quant à elle, n'est pas absolument uniforme — ce qui est peut-être illustré par le fait qu'il a pu être soutenu qu'elle aurait consacré, dès avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, les solutions de l'article 7, alinéa 1^{er} de la Convention (183), mais aussi que « la jurisprudence française ne semble guère fournir d'exemples significatifs de prise en compte des lois de police étrangères » (184). Si cette dernière affirmation doit inclure l'application des lois de police de la *lex causae* (185) et la prise en considération de normes étrangères dans le cadre de l'application de la *lex contractus* française, elle est inexacte ; mais qu'en est-il du rattachement spécial des lois de police étrangères ?

Il y a d'abord le cas des lois de police contractuelle (qui ne relèvent pas, il est vrai, directement de notre propos) : la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation en matière de contrats de travail internationaux tend à les soumettre impérativement à la loi du lieu d'exécution du travail, sauf désignation par les parties d'une loi plus favorable au salarié (186) ; on peut y voir simplement l'expression d'une localisation objective de ce type de contrat (187), mais on peut y voir aussi la traduction du consensus qui existe en faveur de l'application impérative des dispositions locales protectrices des salariés (188) : la solution adoptée diffère formellement d'une application spéciale de ces dispositions protectrices à un contrat régi par une loi tierce, mais aboutit à un résultat substantiellement identique.

Reste alors les règles de conduite étrangères, et en particulier les lois de droit public. La Cour de cassation n'en a certainement pas consacré le rattachement

(182) cf. *supra*, nos 278 et 279. Mais v. au n° 280, spéc. note 61, la référence aux liens entre la théorie de l'*Act of State* et les techniques américaines de solution des conflits de lois.

(183) P. Bellet, intervention au *Colloque de Bâle* (*supra*, note 167), p. 247 : « depuis dix ans la Cour de Cassation — dans des arrêts qui sont passés inaperçus — avait tout bonnement appliqué une solution semblable en donnant effet en France aux dispositions monétaires algériennes ». — Il convient toutefois de noter que ces arrêts paraissent tous être fondés soit sur l'applicabilité de la loi algérienne au contrat (p. ex. Civ. 1^{re} 6 février 1973, J.D.I. 1975. 66, 1^{re} esp., note Audit), soit sur l'art. VIII.2.b des Statuts du F.M.L., seuls (Civ. 1^{re} 7 mai 1974, J.D.I. 1975. 66, 2^e esp.) ou en conjonction avec les art. 1131 et 1133 C. civ. (Civ. 1^{re} 18 juin 1969, J.C.P. 1969. II. 16131, note P.L. ; R. 1970. 464, note Drakidis), soit enfin sur l'impossibilité d'exécution résultant des textes algériens (Civ. 3^e 14 décembre 1977, Bull. civ. III, n° 447).

(184) J. Foyer, « Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », J.D.I. 1991. 601, 631. Selon cet auteur, la Convention de Rome n'y changera rien ; il s'agit d'« une sorte de "coup de chapeau" aux lois de police étrangères sans véritable portée pratique ».

(185) Effectivement, M. Foyer cite, en le présentant comme isolé, l'arrêt Civ. 1^{re} 25 octobre 1989, R. 1990. 732, note Courbe (cf. *supra*, n° 270, note 8).

(186) V. p. ex. Soc. 31 mars 1978, R. 1978. 701, 2^e esp., note A. Lyon-Caen ; 25 janvier 1984, R. 1985. 327.

(187) V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux*, 1990, n° 602.

(188) comp. *supra*, n° 304.

spécial (189), qui a même été clairement écarté par la plupart des décisions des juges du fond intervenues en la matière (190). Il n'y a toutefois, au niveau de la jurisprudence des juges du fond, pas d'unanimité en faveur de l'application pure et simple de la méthode bilatéraliste ; outre la tentation critiquable, mais non définitivement bannie, du recours à une théorie de l'*Act of State* à la française (191), il peut exister des décisions à la rédaction si embarrassée qu'elle permet toutes les interprétations. Le meilleur exemple en est un arrêt de la Cour de Paris du 15 mai 1975 qui a constaté la nullité, pour défaut de l'autorisation administrative requise par une ordonnance vietnamienne, d'une vente d'un immeuble situé au Vietnam, aux motifs que l'ordonnance vietnamienne était « une loi d'ordre public s'imposant aux contractants comme loi de police du contrat et à laquelle ne pouvait être opposée la loi d'autonomie des parties ; — Que l'application de ce texte s'impose avec d'autant plus de force qu'il s'agit en l'espèce de transfert des propriétés de biens qui sont des immeubles et qu'il n'est aucunement justifié que les parties aient même implicitement entendu se référer à la loi française » (192). La loi vietnamienne a-t-elle été appliquée en tant que loi d'application immédiate, en tant que loi réelle applicable au transfert de propriété, ou ... en tant que loi d'autonomie ?

318. Quelle conclusion peut-on tirer de ce bref examen de la pratique des tribunaux de quelques pays ? Peut-être celle-ci : abstraction faite des Etats-Unis, où l'application des lois de police étrangères peut apparaître comme un élément naturel d'un système très particulier de solution des conflits de lois, la théorie du rattachement spécial n'a pas profondément marqué la pratique judiciaire. Cela n'exclut pas qu'elle puisse, en principe, avoir parfois son utilité, mais indique qu'elle ne correspond guère aux besoins les plus impérieux de la pratique (193).

(189) Elle n'a même pas encore pris parti, d'une manière absolument claire, sur le problème de la licéité des contrats tendant à la violation d'une loi étrangère : *supra*, n° 236.

(190) T.G.I. Seine 23 février 1966, R. 1967. 130, note Dayant ; Paris 24 mars 1973, R. 1976. 73, note Malaurie ; Paris 13 juillet 1982, J.D.I. 1983. 383, note Kahn.

(191) cf. T.G.I. Paris (réf.) 16 décembre 1983, cité *supra*, n° 286.

(192) Paris 15 mai 1975, R. 1976. 690, note Batiffol.

(193) L'examen des sentences arbitrales publiées ne permet, à cet égard, pas d'autre conclusion que celui de la jurisprudence étatique ; les arbitres acceptent de prendre en considération des lois de police qui ne font pas partie de la *lex contractus* (*supra*, nos 50 et s. ; n° 237), mais leur pratique réelle n'est pas plus favorable au rattachement spécial que celle des juges étatiques. Sur les problèmes théoriques des relations entre l'arbitrage et l'application des lois de police (problèmes d'autant plus réels que pour certains, l'arbitre « transnational » ne peut être gardien d'un ordre public étatique : cette notion inclut-elle les lois d'application immédiate ?), v. d'une manière générale Y. Derains, « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », *Mélanges Berthold Goldman*, 1982, p. 29 et s., et du même auteur « Les tendances de la jurisprudence arbitrale », J.D.I. 1993. 829, 845-846 ; P. Mayer, « Les lois de police », *Trav. Com. fr., Cinquantenaire*, 1985, p. 105, 112-114, et la discussion p. 115-120 ; P. Mayer, « Mandatory Rules of Law in International Arbitration », *Arbitration International* 1986, p. 274 ; 322 ; U. Drobnig, « Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und wirtschaftsrechtliche Eingriffsnormen », *Festschrift Gerhard Kegel*, Stuttgart/Berlin/Cologne/Mayence, 1987, p. 95 et s. ; K.J. Schiffer, *Normen ausländischen "öffentlichen" Rechts in internationalen Handelsschiedsverfahren*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, 1990, et du même auteur « Sonderanknüpfung ausländischen "öffentlichen" Rechts durch Richterrecht in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit ? », *IPRax* 1991. 84 ; F. Jünger, « Lex mercatoria und Eingriffsnormen », *Festschrift Fritz Rittner*, Munich, 1991, p. 233 et s. ; F. Knoepfler, « L'article 19 LDIP est-il adapté à l'arbitrage international ? », *Mélanges Pierre*

B. — LES TEXTES

a) L'article VIII, section 2b) des Statuts du Fonds monétaire international

319. L'intention des participants à la Conférence de Bretton Woods lors de laquelle fut créé — par accord du 22 juillet 1944 — le Fonds monétaire international était de substituer, au nationalisme monétaire qui s'était développé pendant la période de crise économique des années 1930, un esprit nouveau de « coopération monétaire internationale » entre les Etats membres (194). La période des années 1930 s'était caractérisée d'un côté par l'introduction, par initiative purement unilatérale, de mesures de contrôle des changes et, d'un autre côté, par le refus des tribunaux des Etats tiers de tenir compte de ces mesures dans le jugement des litiges contractuels dont ils étaient saisis (195). Les Statuts du F.M.I. imposent des changements sur les deux points : consacré aux « obligations générales des Etats membres », l'article VIII contient une section 2, intitulée « Non-recours aux restrictions sur les paiements courants », qui interdit d'abord (alinéa a) en principe les restrictions, non autorisées par le Fonds, sur les paiements et transferts afférents aux transactions internationales courantes, mais qui entend assurer également (alinéa b) l'efficacité internationale des restrictions restant licites :

« Les contrats de change qui impliquent la monnaie d'un Etat-membre et qui sont contraires aux réglementations de change dudit Etat-membre, appliquées ou établies conformément aux termes du présent Accord, ne seront pas exécutoires sur les territoires des autres Etats-membres. En outre, les Etats-membres peuvent, par accord mutuel, prendre en commun des mesures ayant pour but de rendre plus efficaces les réglementations de change de l'un et l'autre membres, à condition que ces mesures et réglementations soient compatibles avec le présent Accord » (196).

La première phrase de ce texte est formulée d'une manière très catégorique, mais pas nécessairement très claire ; en fait, presque chaque mot a donné lieu et

Lalive, Bâle/Francfort, 1993, p. 531 et s. — Pour une sentence qui affirme que « lorsque la *lex mercatoria* est applicable — comme toute autre "proper law" du contrat — le juge ou l'arbitre devrait tenir compte d'une norme d'application immédiate ou d'ordre public appartenant à un autre système lorsqu'il y a de bonnes et justes raisons pour le faire », v. la sentence C.C.I. rendue en 1992 dans l'affaire n° 6500, J.D.I. 1992. 1015, 1017, obs. Arnaldez. *Contra* : B. Goldman, « Nouvelles réflexions sur la *Lex Mercatoria* », *Mélanges Pierre Lalive*, Bâle/Francfort, p. 241, 251 (« Il est fort douteux que la faculté [de tenir compte d'une loi de police étatique] puisse ... être reconnue à l'arbitre, par application analogique de l'article 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, car ce serait nier la transnationalité du contrat en cause » ; mais cf., *ibid.*, la réserve relative au droit de la concurrence).

(194) Art. I des Statuts.

(195) cf. la jurisprudence citée *supra*, n° 172. La même situation de fait a amené, comme nous l'avons vu, MM. Wengler et Zweigert à leurs réflexions sur le traitement conflictualiste des lois sur le contrôle des changes : n° 299.

(196) Le texte français est une traduction. Le texte anglais, seul authentique, de la première phrase est celui-ci : « *Exchange contracts which involve the currency of any member and which are contrary to the exchange control regulations of that member maintained or imposed consistently with this Agreement shall be unenforceable in the territories of any member* ».

continue de donner lieu à des divergences d'interprétation (197), qui sont encouragées par le fait que le Conseil d'administration du Fonds n'a qu'une seule fois — en 1949 — fait usage, à l'égard de ce texte, de son pouvoir d'interpréter officiellement les Statuts (198). Pour l'essentiel, la tâche de l'interpréter incombe dès lors aux tribunaux des Etats membres. Il s'ensuit que le champ d'application du texte reste incertain ; la notion de « contrat de change » est parfois — en particulier dans la jurisprudence anglaise et new-yorkaise — interprétée si restrictivement qu'elle exclut en fait la plupart des transactions commerciales et même financières (199) ; il reste douteux si l'article VIII.2.b ne s'applique qu'aux réglementations des changes poursuivant un but économique ou s'il peut s'appliquer également à des mesures de « blocage d'avoirs » motivées par des considérations de politique étrangère (200) ; il n'est pas certain non plus si le texte vise exclusivement les contrats qui méconnaissent une réglementation en vigueur au moment de leur conclusion, ou s'il concerne également le cas d'une réglementation édictée postérieurement à la conclusion, mais qui entend s'appliquer immédiatement aux

(197) L'article VIII.2.b a donné lieu à de très nombreuses études ; v. surtout J. Gold, *The Fund Agreement in the Courts*, Washington, D.C., quatre volumes (1962, 1982, 1986, 1989) ; F. Gianviti, « Réflexions sur l'article VIII, section 2 b) des Statuts du Fonds monétaire international », R. 1973. 471 et 629 ; F.A. Mann, *The Legal Aspect of Money*, 5^e éd., Oxford, 1992, p. 364-396 ; W. Ebke, *Internationales Devisenrecht*, Heidelberg, 1991, p. 158-311, et du même auteur « Article VIII, Section 2 (b), International Monetary Cooperation, and the Courts », *Festschrift Sir Joseph Gold*, Heidelberg, 1990, p. 63 et s.

(198) Décision n° 446-4 du 10 juin 1949, reproduite p. ex. in F. Gianviti, *op. cit.*, p. 475-476. Le contenu de cette décision interprétative tient pour l'essentiel en deux propositions : 1^o, le caractère « non exécutoire » des contrats de change illicites signifie que « les autorités judiciaires ou administratives des pays membres ne feront pas exécuter les obligations résultant de ces contrats, par exemple en ordonnant l'exécution des contrats ou en accordant des dommages-intérêts en cas d'inexécution », et 2^o, là où l'art. VIII.2.b le prévoit, cette sanction s'applique, même si la réglementation étrangère des changes ne fait pas partie de la *lex contractus* et sans que l'ordre public du for puisse lui être opposé.

(199) Selon cette interprétation restrictive — qui trouve son origine doctrinale dans les travaux d'Arthur Nussbaum, spéc. « Exchange Controls and the International Monetary Fund », 59 *Yale L.J.* 421, 426-427 (1950) et *Money in the Law, National and International*, 2^e éd., Brooklyn, 1950, p. 543 —, les « contrats de change » sont ceux dont l'objet direct est l'échange d'instruments monétaires ; les autres types de contrats ne sont visés qu'en cas de simulation, lorsque leur objet réel est l'échange de devises (« *monetary transactions in disguise* ») : v. en jurisprudence anglaise *United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada* [1983] 1 A.C. 168 et déjà *Wilson, Smithett & Cope Ltd. v. Terruzzi* [1976] Q.B. 683, C.A. et en jurisprudence new-yorkaise *J. Zeevi & Sons, Ltd. v. Grindlays Bank (Uganda) Ltd.*, 371 N.Y.S.2d 892 (Ct. App. 1975). L'interprétation extensive — développée par F.A. Mann : « The Private International Law of Exchange Control under the International Monetary Fund Agreement » (1953) 2 *I.C.L.Q.* 97, 102 et *The Legal Aspect of Money*, *op. cit.*, p. 378 et s. ; v. aussi J. Gold, *op. cit.*, *passim* — admet que les « contrats de change » sont tous les contrats susceptibles d'affecter les ressources de change d'un Etat membre ; c'est là l'interprétation reçue en jurisprudence française : v. dans l'affaire *Zavicha* Paris 14 mai 1970, confirmé par Com. 7 mars 1972, R. 1974. 486, note Eck.

(200) La question a été discutée (sans être résolue) à propos de l'affaire du blocage des avoirs iraniens de 1979 ; cf. R. Edwards, « Extraterritorial Application of the U.S. Iranian Assets Control Regulations », 75 *A.J.I.L.* 870, 881-902 (1981) ; F. Gianviti, « Le blocage des avoirs officiels iraniens par les Etats-Unis », R. 1980. 279, 281-296 ; J. Gold, *op. cit.*, vol. II, p. 360-427.

contrats en cours (201). Il y a là matière à une « coopération monétaire internationale » à plusieurs vitesses.

320. Quel peut être l'apport de l'article VIII.2.b à une discussion de la théorie du rattachement spécial des lois de police étrangères ?

Il est certain que ce texte ne constitue pas, au niveau technique, une application de la théorie du rattachement spécial. Il n'est même pas une règle de conflit, mais une règle matérielle de droit international privé (202). La sanction civile de la transgression des règles étrangères n'est pas empruntée au droit de l'Etat étranger intéressé, ni d'ailleurs à la loi du contrat ; une sanction spécifique est prévue : le caractère « non exécutoire » (*unenforceable*) des contrats de change contraires à la réglementation étrangère. Cette réglementation est prise en considération, non appliquée. La règle matérielle de l'article VIII.2.b n'en détermine cependant pas toutes les conséquences juridiques, et il appartiendra à la *lex causae*, désignée par la règle de conflit normale du for, de déterminer les suites que doit avoir, dans les relations entre les parties, le caractère « non exécutoire » de leur contrat (203).

En même temps, l'article VIII.2.b permet au juge de donner effet à des normes prohibitives étrangères ne faisant pas partie de la *lex contractus* (204), et ce dans la principale hypothèse où les tribunaux leur refusaient traditionnellement tout effet : celle du contrat dont l'exécution, qui peut ou doit avoir lieu sur le territoire du for, est interdite par l'Etat de la résidence du débiteur (205). Le juge n'a pas pour autant à se livrer à une vérification, au cas par cas, de l'existence d'une « relation suffisamment étroite » entre l'Etat étranger et le contrat ; il n'a pas non plus à analyser la légitimité des intérêts étatiques en cause, et à les comparer aux intérêts des parties au contrat. En contrepartie de la limitation des prérogatives des Etats membres en matière de changes, la sanction de l'article VIII.2.b doit être prononcée, en ce qui concerne les situations visées par ce texte, à la seule condition que la réglementation méconnue soit elle-même conforme aux Statuts du Fonds (206). L'article VIII.2.b apparaît ainsi, en définitive, comme un simple complément ponctuel à la méthode traditionnelle de solution des conflits de lois en matière

(201) V. en faveur de la première solution F.A. Mann, *The Legal Aspect of Money*, p. 370 et s. ; en faveur de la seconde J. Gold, *op. cit.*, p. ex. vol. III, p. 529-531.

(202) cf. W. Ebke, *Internationales Devisenrecht*, *op. cit.*, p. 179-180.

(203) cf. G. Delaume, « De l'élimination des conflits de lois en matière monétaire réalisée par les Statuts du Fonds Monétaire International et de ses limites », *J.D.I.* 1954. 332, 360-362, à propos des restitutions entre parties (mais comp. J. Gold, vol. II, p. 155-160, qui réserve l'hypothèse où la restitution affecterait elle-même les ressources de change de l'Etat membre en question ; v. aussi vol. III, p. 562-563) ; *adde*, pour la responsabilité (délictuelle) d'un contractant ayant provoqué le caractère « non exécutoire » du contrat en omettant de demander la licence de change requise, Paris 14 mai 1970 et Com. 7 mars 1972, précit.

(204) cf. *supra*, note 198, la décision interprétative du F.M.I.

(205) cf. *supra*, n° 172.

(206) Comme le signale la décision interprétative de 1949, les services du F.M.I. sont disposés à offrir leur assistance dans l'appréciation de la conformité d'une réglementation des changes aux Statuts ; pour un exemple de réponse du Fonds à une demande de renseignements, v. Paris 14 mai 1970, précit., p. 488-489.

contractuelle — complément dont l'utilité et l'opportunité ont été affirmées, une fois pour toutes, au niveau diplomatique.

b) *Les conventions de la Conférence de La Haye de droit international privé*

321. C'est au cours des années 1970 et 1980 qu'ont été élaborées, au sein de la Conférence de La Haye, une série de trois conventions dont le texte, ou du moins les travaux préparatoires, témoignent d'une prise de conscience, au niveau international, du problème de l'application des lois de police étrangères en dehors du jeu des règles de conflit bilatérales (207).

322. Deux des trois conventions contiennent des dispositions consacrées à la question et réservent au juge la faculté de tenir compte de lois d'application immédiate d'un Etat tiers ; il s'agit de l'article 16 de la Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation (208) :

« Lors de l'application de la présente Convention, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de tout Etat avec lequel la situation présente un lien effectif, si et dans la mesure où, selon le droit de cet Etat, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi désignée par ses règles de conflit »,

et de l'article 16 de la Convention du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (209) :

« La Convention ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du for dont l'application s'impose même aux situations internationales quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit de lois.

A titre exceptionnel, il peut également être donné effet aux règles de même nature d'un autre Etat qui présente avec l'objet du litige un lien suffisamment étroit ».

La formulation, légèrement plus prudente, adoptée en 1985 (« à titre exceptionnel ») ainsi que l'insertion, dans la Convention, d'une possibilité de réserve sur l'article 16 s'expliquent sans doute par le fait que le texte s'était heurté, au sein de la Conférence, à l'hostilité d'un certain nombre d'Etats (210).

323. Cette hostilité s'est exprimée encore plus nettement lors de l'élaboration de la Convention du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises (211) ; elle a eu une influence décisive sur le texte définitivement adopté.

(207) A la même époque, les travaux préparatoires de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles (*infra*, n°s 325 et s.) étaient en cours : l'avant-projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles (texte à la R. 1973. 209) date de 1972.

(208) Texte à la R. 1977. 639 ; v. le commentaire de P. Lagarde, R. 1978. 31.

(209) Texte à la R. 1984. 770 ; v. les commentaires de E. Gaillard et D. Trautman, R. 1986. 1, et de C. Jauffret-Spinozi, *J.D.I.* 1987. 23.

(210) cf. Gaillard et Trautman, p. 20. La Convention de 1985 prévoit en effet, comme la Convention de Rome, la possibilité d'une réserve sur ce point (art. 16, al. 3).

(211) Texte à la R. 1985. 773 ; v. le commentaire de Y. Loussouarn, R. 1986. 271 ; *adde* M. Pelichet, « La vente internationale de marchandises et le conflit de lois », *R.C.A.D.I.* 1987-I. 9.

Les commissions spéciales, chargées de l'élaboration d'un projet de convention, avaient envisagé l'insertion dans la Convention d'un texte similaire à celui de l'article 7, alinéa 1^{er} de la Convention de Rome de 1980 ou de l'article 16 de la Convention du 1^{er} juillet 1985 ; cependant, la majorité des experts avait rejeté cette proposition, « estimant que ces dispositions étaient trop vagues » (212). La question a été longuement discutée en session ; si une disposition relative aux lois de police du for a rapidement fait l'objet d'un consensus, un texte relatif aux lois de police étrangères, inspiré de l'alinéa 2 de l'article 16 de la Convention de 1985, a en définitive été rejeté. La raison qui en a été donnée au cours des débats était que le texte était un facteur de complications inutile. Facteur de complications : il a été fait état de « difficultés d'ordre à la fois pratique et politique » (213). Inutile : les représentants de plusieurs délégations ont fait observer qu'avec ou sans ce texte, « il est toujours possible de prendre en considération dans le cadre de la *lex causae* les dispositions impératives contenues dans une loi autre que la loi du for ou la loi du contrat » (214) et de tenir compte du cas de force majeure que peut représenter, dans l'exécution d'un contrat de vente, une interdiction d'exportation ou d'importation (215). En somme, la majorité des spécialistes réunis à La Haye a estimé que les solutions traditionnellement admises pouvaient suffire, et qu'il était inopportun d'aller au-delà.

La suppression, dans le texte définitif de la Convention, de toute mention relative aux lois de police étrangères a été regrettée même par certains de ceux qui n'étaient pas favorables à une application systématique de la théorie du rattachement spécial (216). Il est vrai que l'absence de pareille mention peut apparaître comme une lacune dans une convention qui n'a pas pour objet exclusif de définir les règles de conflit adaptées à une matière, mais entend se prononcer, en outre, sur l'incidence des principales questions générales de la technique de droit international privé ; du moment que la Convention fait état des lois de police du for, elle aurait pu mentionner également les lois de police étrangères. Quoi qu'il en soit, nous retiendrons que le texte définitif de la Convention laisse ouverte la possibilité d'une prise en considération des règles de conduite étrangères dans le cadre de l'application de la *lex causae* (217).

(212) Rapport préliminaire (septembre 1982) par M. Pelichet, *Actes et documents de la Session extraordinaire — 14 au 30 octobre 1985* (La Haye, 1987), p. 16, 138.

(213) Intervention de M. Lebedev (U.R.S.S.), *Actes et documents*, p. 484, approuvée par M. Diamond (Royaume-Uni), p. 486 ; v. aussi l'intervention de M. Mebroukine (Algérie), p. 484.

(214) M^{me} de Magalhães Collaço (Portugal), p. 488.

(215) M. Hjerner (Suède), p. 488 ; M. McLachlan (*Commonwealth Secretariat*), p. 492.

(216) M. Loussouarn (France), p. 492 : « une Convention moderne ne saurait les ignorer sauf à être une Convention "rétro" ou de "grand-papa" » ; v. aussi Loussouarn, *op. cit.*, R. 1986, p. 295 : « la Convention d'octobre 1985 à cause de cette lacune semble désuète avant même d'être en vigueur ». — Abstraction faite de ce défaut d'ordre esthétique, l'omission entraîne l'impossibilité, pour le juge, de tenir compte des lois de police contractuelle, règles de décision qui ne sont pas susceptibles d'être simplement prises en considération (cf. *supra*, n° 303) ; mais il convient de noter que les ventes aux consommateurs, qui posent le problème des lois de police contractuelle le plus nettement, font l'objet de travaux distincts dans le cadre de la Conférence de La Haye : Loussouarn, R. 1986, p. 294-295.

(217) cf. Y. Loussouarn, *op. cit.*, R. 1986, p. 296. — Il a même été soutenu que le texte définitif de la Convention « ne doit pas être interprété comme une interdiction faite aux juges des Etats contractants

c) La codification du droit international privé en Suisse et au Québec

324. Entrés en vigueur avant l'article 7 de la Convention de Rome de 1980, les articles 18 (relatif aux lois de police suisses) et 19 (consacré aux lois de police étrangères) de la loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987 en partagent l'esprit. Compte tenu peut-être des vives controverses auxquelles la question des lois de police étrangères avait donné lieu en Suisse (218) et de la jurisprudence très réservée du Tribunal fédéral (219), la possibilité d'une référence à ces lois en dehors du jeu des règles de conflit normales (220) a été entourée de nombreuses précautions :

« Art. 19 [Prise en considération de dispositions impératives du droit étranger] :

1. Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit.
2. Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit » (221).

d'appliquer des lois de police étrangères ... Le problème de l'application des lois de police étrangères a en quelque sorte été renvoyé au silence et à la discrétion dans lesquels les conventions internationales relèguent le plus souvent les questions générales du droit international privé » (P. Lagarde, « La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises », *Rev. int. dr. comp.*, n° spécial-*Journées de la Société de Législation comparée*, vol. 7 (1985), p. 327, 340 ; v. aussi M. Pelichet, *op. cit.*, R.C.A.D.I. 1987-I, p. 191 et note 167). Pour une critique de ce dernier point de vue doctrinal, cf. V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises — Droit uniforme*, 1992, n° 50.

(218) V. les réactions au projet suisse de 1982, citées par M. Erne, *Vertragsgültigkeit und drittsaatliche Eingriffsnormen*, Zurich, 1985, p. 167-169.

(219) Rappelons que le Tribunal fédéral est toujours resté favorable à la théorie de la « stricte territorialité » du droit public étranger, du moins — distinction remarquable — s'il ne sert qu'à protéger des intérêts étatiques (cf. Erne, *op. cit.*, p. 15-16) et qu'il n'a jamais admis sans réserves qu'un contrat soumis au droit suisse peut être illicite ou immoral lorsque son but est la violation du droit public économique d'un Etat étranger : Erne, p. 17-19 et cf. *supra*, n° 237, note 51.

(220) L'article 13, alinéa 2 L.D.I.P. prévoit désormais, à propos des normes faisant partie de la *lex causae*, que « l'application du droit étranger n'est pas exclue du seul fait qu'on attribue à la disposition un caractère de droit public ». La portée de cette disposition se révélera toutefois peut-être plus limitée qu'on aurait pu le croire : une partie de la doctrine suisse propose de la nuancer et de distinguer selon la finalité de la norme étrangère en cause (F. Vischer, « Zwingendes Recht und Eingriffsnormen nach dem schweizerischen IPR-Gesetz », *RabelsZ* 1989, 439, 439-445) ; et un *obiter dictum* de l'arrêt du Tribunal fédéral rendu dans l'affaire du blocage cubain des avoirs chiliens (TF 20 juillet 1992, ATF 118 II 348, 353 ; *supra*, n° 172) énonce que même sous l'empire de la L.D.I.P., « dans la mesure où il sert seulement à la manifestation d'un pouvoir, le droit public étranger [faisant partie de la *lex contractus*] ne permet pas de fonder un droit à la reconnaissance ». — V., dans un sens favorable à l'application du droit communautaire de la concurrence par un arbitre suisse, TF 28 avril 1992, ATF 118 II 193 ; *Rev. arb.* 1993, 124, note Idot.

(221) Texte publié en France à la R. 1988, 409, 412 ; v. le commentaire de F. Knoepfler et Ph. Schweizer, « La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale) », *ibid.*, p. 207, 229-232, qui insistent sur l'« aspect moral » de la nouvelle disposition (p. 232) — sans doute par comparaison avec la jurisprudence suisse antérieure.

Comme la jurisprudence suisse ne paraît pas encore avoir eu l'occasion de se prononcer sur ce que pourrait être l'application de ce texte, la question doit pour l'instant rester ouverte. Les tribunaux auront notamment à se prononcer sur l'incidence d'une différence fondamentale des différentes versions linguistiques du texte : contrairement au texte français ci-dessus cité, les versions allemande et italienne exigent que les « intérêts légitimes et manifestement prépondérants » soient ceux d'une partie (« *Interessen einer Partei* », « *interessi ... di una parte* »), par opposition aux intérêts purement étatiques (222). Un autre point important, dans l'interprétation de l'article 19 de la loi, sera sans doute le contenu même de la notion de « prise en considération » des dispositions impératives étrangères ; des travaux doctrinaux laissent entendre, en tout cas, que la « prise en considération » d'une norme prohibitive étrangère n'impose pas *ipso facto* au juge suisse l'application des sanctions civiles prévues par le droit étranger (223), et que même dans le système de l'article 19 L.D.I.P., les conséquences de droit privé d'une intervention étatique étrangère restent essentiellement une question de droit matériel (224).

(222) Il semble résulter des travaux préparatoires que la version française correspond, mieux que les autres versions, au déroulement des débats parlementaires (cf. A. von Overbeck, « Das neue schweizerische Bundesgesetz über das internationale Privatrecht », IPRax 1988. 329, 334) ; mais on a fait observer (F. Vischer, *op. cit.*, p. 452-453) que cette circonstance n'est pas déterminante, les différents textes faisant également foi ; selon M. Vischer, le texte allemand correspond même mieux aux « finalités de droit privé de la L.D.I.P. » ; v. dans le même sens T. Morscher, *Staatliche Rechtssetzungsakte als Leistungshindernisse im internationalen Warenkauf*, Bâle/Francfort, 1992, p. 104-106, 109-115. — Une sentence arbitrale rendue à Zurich en 1991 (affaire C.C.I. n° 6294, J.D.I. 1991. 1050, obs. Arnaldez) s'est référée à la version allemande de l'art. 19 L.D.I.P. pour refuser d'annuler un contrat de sous-traitance soumis au droit suisse, mais exécuté en Allemagne et qui constituait — selon l'une des parties — « un moyen de contourner l'interdiction du transfert de salariés faute d'autorisation de la part des autorités officielles ». Cette solution très restrictive est motivée par le fait que, le contrat ayant été exécuté « de fait et en droit », « l'intérêt de l'une des parties de voir annuler ledit contrat ne peut aujourd'hui résider que dans la tentative de se libérer d'obligations non honorées à l'égard de l'autre partie ». — Pour d'autres sentences arbitrales refusant de donner effet à des lois de police étrangères (interdiction des contrats d'intermédiaires) par application de l'art. 19 L.D.I.P., v. une sentence *ad hoc* rendue à Genève en 1989, Bulletin ASA 1991. 239 (qui se fonde, elle aussi, sur la version allemande du texte, qui considère que les conditions d'application du texte ne sont en l'espèce pas remplies — et estime que, de toute façon, il est « douteux » si l'art. 19 L.D.I.P. peut être appliqué par un arbitre international ; cf., sur ce dernier point, F. Knoepfler, « L'article 19 LDIP est-il adapté à l'arbitrage international ? », *Mélanges Pierre Lalive*, Bâle/Francfort, 1993, p. 531 et s.) ; et une sentence C.C.I. rendue en 1989, Bulletin ASA 1993. 216, 232-233 (qui se réfère, quant à elle, à la version française de l'art. 19, mais estime que « cette disposition peut être interprétée strictement » et que les intérêts étatiques étrangers ne sont pas « si prépondérants par rapport au droit suisse pour qu'ils doivent être pris en considération et invalider le Contrat [d'intermédiaire] »).

(223) F. Vischer, *op. cit.*, p. 454-455 ; F. Vischer in A. Heini/M. Keller/K. Siehr/F. Vischer/P. Volken, *IPRG-Kommentar*, Zurich, 1993, Art. 19, n° 30 et s.

(224) cf. T. Morscher, *op. cit.*, p. 124 et s., spéc. p. 127 : il s'ensuit, selon l'auteur, que ces sanctions civiles se déduisent en principe de la *lex contractus* ; exceptionnellement, le juge suisse y substituera, par application du second alinéa de l'art. 19 L.D.I.P., une solution lui paraissant plus conforme à la « conception suisse du droit ». C'est sur ce pouvoir créateur propre du juge suisse que l'accent est mis par F. Vischer, « General Course on Private International Law », R.C.A.D.I. 1992-I. 9, 173-174, 177.

324 bis. La disposition de l'article 19 de la L.D.I.P. (dans sa version française) a été reproduite presque textuellement par le législateur québécois lors de la récente réforme du code civil du Québec. Le livre X de ce code (« Du droit international privé ») contient, parmi ses « Dispositions générales », un article 3079 réservant l'incidence des lois de police :

« Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants l'exigent, il peut être donné effet à une disposition impérative de la loi d'un autre Etat avec lequel la situation présente un lien étroit.

Pour en décider, il est tenu compte du but de la disposition ainsi que des conséquences qui découleraient de son application » (225).

Là encore, il restera à voir quel usage la jurisprudence fera de ce texte qui n'a, au Canada même, pas toujours été accueilli avec faveur (226).

d) *L'article 7, alinéa 1^{er} de la Convention de Rome du 19 juin 1980*

325. L'article 7 de la Convention de Rome, consacré à la fois aux lois de police du for et aux lois de police étrangères (227), est ainsi rédigé :

« *Lois de police*

1. Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à des dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.

2. Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ».

(225) Loi du 18 décembre 1991 ; v. le texte à la R. 1992. 574, obs. Groffier ; v. aussi le commentaire de J.-G. Castel, J.D.I. 1992. 625, spéc. p. 628-629.

(226) Le Barreau du Québec s'était opposé à son adoption (E. Groffier, R. 1992, p. 591 et note 43), et un éminent commentateur (J.-G. Castel, p. 628-629) a pu exprimer à son sujet une incompréhension teintée d'hostilité : « Il est difficile d'imaginer ce que le législateur entend par "intérêts légitimes et manifestement prépondérants" ... Il a été suggéré que cet article permet de tenir compte des lois de police ou d'application nécessaire d'un système juridique *non désigné* par les règles de droit international privé du Québec ... Cela ne semble pas découler du texte ... Cet article ne pourra que semer la confusion dans les esprits et l'incertitude dans les relations juridiques ». — Pour un commentaire plus compréhensif, v. E. Groffier, p. 590-591.

(227) Pour des commentaires de ce texte, v., outre les ouvrages cités *infra*, J. Foyer, « Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », J.D.I. 1991. 601, 629-631 ; H. Gaudemet-Tallon, « Le nouveau droit international privé européen des contrats », Rev. trim. dr. eur. 1981. 215, 260-264, et du même auteur « La Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », Rev. int. dr. comp., n° spécial *Journées de la Société de Législation comparée*, vol. 7 (1985), p. 287 ; 301-302 ; « Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Juriscl. Europe*, fasc. 3200, n° 107 à 121 ; P.R. Williams, « The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations » (1986) 35 I.C.L.Q. 1, 22-24.

Selon le rapport explicatif de la Convention, « l'article 7 ne fait que consacrer des principes qui existent déjà dans les droits des Etats membres de la Communauté » (228) — affirmation qu'un auteur suisse a critiquée comme « inexacte et manquant de sérieux » (229), et qui aurait effectivement mérité d'être nuancée. Dans un passage plus prudent, le rapport explicatif se borne d'ailleurs à faire valoir que le principe formulé par l'alinéa 1^{er} « a été reconnu depuis quelques années aussi bien par la pratique que par la doctrine de certains de nos pays et d'autres également » (230), et à citer comme seul exemple jurisprudentiel l'arrêt *Alnati* de la Cour de cassation néerlandaise (231). Abstraction faite de ce précédent jurisprudentiel, l'inspiration de l'article 7, alinéa 1^{er} a été essentiellement doctrinale, et l'entrée en vigueur de la Convention modifiera dans une certaine mesure l'état du droit positif des Etats qui l'ont adoptée sans formuler de réserve à propos de cette disposition (232). Reste à savoir dans quelle mesure le droit positif se verra modifié.

326. Il ne semble pas, en premier lieu, que l'entrée en vigueur de la Convention puisse affecter le statut particulier dont bénéficient, selon la méthode bilatéraliste, les lois de police — fussent-elles même de droit public — de la *lex contractus*, qui sont appliquées par le juge au même titre que les autres dispositions de la loi du contrat (233). Comme l'indiquent les termes mêmes de l'article 7, alinéa 1^{er}, ce texte ne vise que les lois de police d'un pays autre que celui dont la loi est applicable au contrat ; l'application des lois de police de la loi du contrat n'est donc pas subordonnée aux conditions qui y sont formulées. Bien au contraire, comme aucune disposition de la Convention ne réserve aux lois de droit public un régime particulier, et comme l'article 16 ne permet l'éviction d'une partie de la loi applicable que si elle est « manifestement incompatible avec l'ordre public du for », l'entrée en vigueur de la Convention pourrait bien imposer, même là où cette conception reste admise, l'abandon de l'idée selon laquelle les lois étrangères de droit public seraient à considérer comme « strictement territoriales » (234). Elle ne modifiera pas, en revanche, l'état du droit français sur ce point.

(228) Rapport Giuliano/Lagarde, J.O.C.E., n° C 282 du 31 octobre 1980, p. 26.

(229) « *Abgesehen von ihrer Unrichtigkeit ist diese Behauptung unseriös* » : A. Heini, « *Ausländische Staatsinteressen und internationales Privatrecht* », Rev. dr. suisse 100 I (1981) 65, 69, note 15.

(230) p. 26. Plus loin, le rapport reconnaît que « la nouveauté de cette disposition et la crainte de l'incertitude qu'elle pourrait engendrer ont conduit certaines délégations à demander qu'une réserve puisse être faite sur l'article 7, paragraphe 1 » (p. 27).

(231) Cass. 13 mai 1966, cité *supra*, n° 316. Outre l'arrêt *Alnati*, le rapport Giuliano/Lagarde cite le projet de traité Benelux de 1969 (abandonné depuis longtemps) et la Convention de La Haye du 14 mars 1978.

(232) Il s'agit de la Belgique, du Danemark, de la France, de l'Italie et des Pays-Bas, ainsi que de l'Espagne et de la Grèce (qui ont adhéré à la Convention de 1980). Pour les Etats signataires ayant fait la réserve, v. *infra*, n° 327.

(233) cf. *supra*, n° 270.

(234) La question concerne en particulier le droit allemand : cf. K. Kreuzer, *Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Gerichten*, Heidelberg, 1986, p. 69-73 ; mais comp. G. Kegel, « *Die Rolle des öffentlichen Rechts im internationalen Privatrecht* », *Festschrift Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, 1988, p. 243, 276, selon lequel la Convention de Rome ne vise que les conflits de lois de droit privé et laisse ouverte la question du droit public étranger.

Ensuite, et pour ce qui est des lois de police qui ne font pas partie de la loi du contrat, l'article 7, alinéa 1^{er} formule une directive dont on peut, selon l'optique adoptée, approuver la flexibilité ou regretter l'indétermination (235). En fait, tout dépendra de la manière dont elle sera mise en oeuvre ; la jurisprudence néerlandaise, qui lui a servi de modèle, montre en tout cas qu'elle peut être appliquée avec prudence (236). L'entrée en vigueur de l'article 7, alinéa 1^{er} n'est pas nécessairement destinée à remettre en cause profondément les solutions acquises : elle peut n'en constituer qu'un complément parfois utile — et sans doute, si l'exemple néerlandais doit être une référence, rarement utilisé. Il y aura d'un côté les lois de police contractuelle, règles de décision de droit privé : comme la seule manière de « donner effet » à celles-ci est de les appliquer par dérogation à la loi du contrat (237), la Convention de Rome permettra certainement, dans certaines circonstances, de procéder au rattachement spécial des lois de police contractuelle étrangères, et d'aller au-delà de la protection impérative que les articles 5 et 6 assurent aux seuls consommateurs et salariés (238). Il y aura, d'un autre côté, les règles de conduite étrangères, en particulier les normes de droit public (239). En ce qui les concerne, l'entrée en vigueur de l'article 7, alinéa 1^{er} ne doit pas, nous semble-t-il, entraîner une révolution.

1° La Convention de Rome entend-elle, d'un point de vue technique, remplacer la prise en considération des règles de conduite étrangères par leur application ? Nous savons que la question a trait aux effets de la référence du juge à la norme étrangère méconnue par le contrat : les conséquences civiles de cette méconnaissance doivent-elles être recherchées dans le droit étranger dont fait partie la norme méconnue ou dans la loi du contrat ? La théorie du rattachement spécial

(235) Pour un point de vue indulgent, v. H. Batiffol, « *Remarques sur l'opposition des directives aux règles en droit international privé* », *Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padoue, 1989, p. 28, 34-35 ; un point de vue plus critique a été exprimé, en trois mots, par M. Kegel : « cette dangereuse méduse » (« *diese gefährliche Qualle* » : G. Kegel, « *Internationales Privatrecht (IPR) — Rechtsangleichung in Europa und deutsche Reform* », *DRPfleger* 1987. 1, 2). — Le risque d'incertitude serait aggravé si l'application de l'art. 7, al. 1^{er} relevait vraiment, comme l'ont soutenu MM. Goldman et Bellet (*Colloque de Bâle sur la loi régissant les obligations contractuelles*, Bâle/Francfort, 1983, p. 232-233), du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, soustrait au contrôle de la Cour de cassation.

(236) cf. *supra*, n° 316.

(237) cf. *supra*, n° 303.

(238) Une question intéressante, non résolue, qui se pose dans ce contexte est celle de savoir si l'art. 7, alinéa 1^{er} (ou 2) peut être invoqué pour donner effet à des lois protectrices des consommateurs ou salariés même là où les conditions des art. 5 et 6 ne sont pas réunies ; le rapport Giuliano/Lagarde (p. 28) mentionne en tout cas, parmi les lois de police du for dont l'application est réservée par l'art. 7, al. 2, les « règles en matière ... de protection du consommateur ».

(239) Il a toutefois été soutenu que l'article 7, alinéa 1^{er} de la Convention ne viserait que les lois de police relevant du droit privé, à l'exclusion des « lois de droit public » (A. Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, 1993, n°s 442 et s., spéc. n° 449). Cette interprétation du texte, qui ne correspond pas à l'opinion dominante, paraît difficilement compatible avec une indication du rapport Giuliano/Lagarde (p. 28) qui considère comme « lois de police » au sens de l'article 7 les règles « en matière d'ententes, de concurrence, de pratiques restrictives de concurrence » ; il ne s'agit pas là de pures lois de police contractuelle relevant du droit privé.

estime préférable la première de ces solutions, certes ; mais pourquoi la Convention de Rome serait-elle l'expression d'une orthodoxie doctrinale ou d'une autre ?

Même si l'article 7, alinéa 1^{er} fait également allusion à l'« application » ou à la « non-application » des dispositions impératives étrangères, son principal contenu est qu'il peut être « donné effet » à ces lois de police. La nuance n'est pas sans importance ; il faut admettre, semble-t-il, que cette expression englobe à la fois l'application et la prise en considération : son emploi peut s'expliquer, précisément, par le fait que les auteurs de la Convention n'ont pas voulu résoudre une querelle doctrinale, mais laisser ouvertes les deux possibilités. Lorsque la loi de police étrangère à laquelle il s'agit de donner effet est une règle de décision, seule son application au contrat est concevable, certes ; mais il en va différemment à propos des règles de conduite. Selon le rapport explicatif, « les mots "donner effet" confèrent au juge la tâche très délicate de combiner les dispositions impératives avec la loi normalement applicable au contrat dans la situation concrète » (239a) ; comme le démontre la théorie des *data*, cette « combinaison » peut parfaitement prendre la forme de la prise en considération d'une règle de conduite étrangère dans le cadre de l'application de la loi du contrat (« lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé »). L'emploi de la méthode de la prise en considération restera possible après l'entrée en vigueur de la Convention ; même si la Convention permet désormais au juge de puiser dans le droit étranger les sanctions civiles d'une violation du droit public étranger, elle ne le lui impose nullement (240), et nous avons eu l'occasion de dire pourquoi pareille référence aux règles de décision de la loi étrangère devrait rester exceptionnelle (241).

Une autre disposition de la Convention restreint d'ailleurs la possibilité d'appliquer pleinement la théorie du rattachement spécial : c'est l'article 10, alinéa 1^{er}, e, qui soumet dans tous les cas à la seule loi du contrat « les conséquences de la nullité du contrat », notamment la question des « restitutions qui doivent intervenir entre les parties à la suite de la constatation de la nullité du contrat » (242). D'une part, cette disposition paraît en effet empêcher le juge d'appliquer, à l'encontre de la loi du contrat, des règles de décision — telles qu'elles existent en droit anglais — qui font du refus des restitutions une sanction civile de l'illégalité du contrat au regard d'une prohibition législative de droit public (243) ; d'autre part, et même en dehors de cette situation particulière, elle exclut, semble-t-il, l'application de la version la plus radicale de la théorie du rattachement spécial : celle qui entend

(239a) p. 27.

(240) *contra* : P. Lagarde, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », R. 1991. 287, 328, qui fait appel à l'idée de « loi de la condition violée » (discutée *supra*, n° 311). V., pour un point de vue diamétralement opposé, G. van Hecke, « The Effect of Economic Coercion on Private Relationships », Rev. b. dr. int. 1984-1985. 113, 117, selon lequel l'art. 7, al. 1^{er} ne fait dans tous les cas que consacrer le principe de la simple prise en considération des normes prohibitives étrangères ; pour un point de vue nuancé, v. R. Prioux, « Le juge et l'arbitre face aux lois étrangères d'application immédiate dans les contrats internationaux : les nouvelles possibilités offertes par la loi du 14 juillet 1987 », Rev. dr. com. b. 1988. 251, 287-289.

(241) *Supra*, n° 312 et 313.

(242) Rapport Giuliano/Lagarde, p. 33.

(243) cf. *supra*, n° 312.

systématiquement rechercher dans l'ordre juridique étranger toutes les conséquences civiles de la méconnaissance d'une règle de conduite étrangère (244).

2° La Convention impose-t-elle, du moins, au juge de tenir compte de normes prohibitives étrangères plus fréquemment qu'il ne le ferait par application de la méthode traditionnelle ? Lui impose-t-elle, concrètement, de tenir désormais compte de normes extraterritoriales qui n'empêchent pas effectivement l'exécution de l'obligation ? (245)

La Convention, tout en exigeant l'existence d'un « lien étroit » entre l'Etat étranger et la situation réglementée, ne précise pas la nature de ce lien, de même qu'elle ne précise pas les autres conditions de la référence du juge aux lois de police étrangères. Le rapport explicatif, lui, estime qu'« il y aurait lien réel, par exemple, lorsque le contrat doit être exécuté dans cet autre pays ou lorsqu'une partie a sa résidence ou son centre d'affaires dans cet autre pays » (246). Cette dernière hypothèse peut viser des normes extraterritoriales. On a fait observer, toutefois, que comme la référence aux normes prohibitives extraterritoriales du pays de la résidence du débiteur n'a jamais correspondu à la pratique judiciaire des Etats contractants, elle ne s'impose pas non plus dans l'interprétation de la Convention (247). Nous voudrions nuancer les deux propositions : étant donné que la Convention ne définit pas le « lien étroit », elle n'a sans doute pas entendu y voir exclusivement un lien d'ordre territorial ; la référence à une norme extraterritoriale reste une faculté ouverte au juge ; mais une rupture avec la pratique judiciaire antérieure, qui avait sa raison d'être, ne se justifiera normalement pas (248). Encore faut-il observer que le principal exemple pratique de normes prohibitives extraterritoriales est le contrôle des changes de la résidence du débiteur — question réglementée, selon des critères particuliers, par l'article VIII.2.b des Statuts du Fonds monétaire international (249).

En définitive, il n'est nullement certain que l'article 7, alinéa 1^{er} de la Convention de Rome modifiera profondément l'attitude du juge français à l'égard des règles de conduite étrangères : il n'en tiendra sans doute pas compte notablement plus souvent que jusqu'à présent (250).

(244) cf. l'opinion de M. Wengler citée *supra*, n° 313, note 158.

(245) Comme nous l'avons vu (*supra*, n° 306), ce n'est que sur ce point que la méthode traditionnelle ne permet pas de donner effet aux normes prohibitives étrangères.

(246) p. 27.

(247) R. Lehmann, *Zwingendes Recht dritter Staaten im internationalen Vertragsrecht — Zur Bedeutung und Auslegung des Art. 7 Abs. 1 EulPRÜ*, Francfort/Berne/New York, 1986, p. 223-225.

(248) cf. *supra*, n° 307. L'arrêt *Sewrajsingh* de la Cour de cassation néerlandaise (*supra*, n° 316) — s'il peut servir de précédent — est, à cet égard, assez rassurant.

(249) *Supra*, n° 320. L'observation vaut du moins pour les pays — comme la France — qui adoptent l'interprétation extensive de l'art. VIII.2.b, v. *ibid.*, note 199.

(250) M. Lagarde a toutefois estimé que l'art. 7, al. 1^{er} aurait amené les juges français acceptant la « philosophie » de ce texte à appliquer, dans l'affaire du blocage des avoirs iraniens (*supra*, n° 173), les règlements extraterritoriaux du Président des Etats-Unis : « The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations : An Apologia », 22 Va. J. Int'l L. 91, 103-104 (1981). On notera également l'opinion de M. Gaillard (« Aspects de droit privé de la restructuration de la dette privée des Etats », Trav. Com. fr. 1988-1989. 77, 84) selon laquelle la jurisprudence *Allied* de la Cour d'appel pour

Et en aucun cas, nous semble-t-il, ce texte n'aura-t-il pour effet de remettre en cause la possibilité, actuellement admise, de libération du débiteur par le fait du prince étranger : nous avons vu qu'il est manifestement absurde de vouloir soumettre dans tous les cas aux critères de l'orthodoxie du rattachement spécial la référence aux normes prohibitives étrangères, et d'exclure la libération du débiteur lorsque le contenu ou la volonté d'application de la loi étrangère apparaissent comme illégitimes au juge (251) ; l'article 7, alinéa 1^{er} — dont la dernière phrase prescrit d'ailleurs de tenir compte des conséquences de la décision du juge confronté à la volonté d'application d'une loi de police — ne peut être interprété comme subordonnant la protection du débiteur à la légitimité de la contrainte qu'il subit. De même, dans une situation de contrainte, l'objet de l'article 7, alinéa 1^{er} ne peut être de modifier la répartition des risques telle qu'elle résulte de la loi applicable au contrat.

327. Même s'il n'est sans doute pas appelé, en pratique, à affecter profondément l'état du droit positif en ce qui concerne l'effet à donner aux règles de conduite étrangères, l'article 7, alinéa 1^{er} offre en principe au juge des possibilités nouvelles, utiles peut-être mais certainement pas indispensables, de déroger à l'application de la *lex contractus*. Lors de l'élaboration de la Convention, certaines délégations y avaient vu un facteur d'insécurité et avaient insisté sur la possibilité de formuler une réserve à son propos (252) ; il a été fait usage de cette faculté par l'Allemagne, le Luxembourg, le Royaume-Uni et l'Irlande (253).

Quels sont les effets d'une réserve ? M. Lagarde, regrettant la pusillanimité des Etats qui ont formulé la réserve lors de la signature ou ratification de la Convention, estime que « l'incertitude sera plus grande encore » dans ces Etats, « car les juges y seront laissés à leurs seules lumières, sans même le secours d'une directive générale » (254). Ce n'est toutefois pas là un risque inadmissible. Les travaux préparatoires de la réforme allemande du droit international privé, lors de laquelle a été transposée en droit interne la Convention de Rome sans son article 7, alinéa 1^{er}, ont justifié la réserve notamment par la considération qu'elle laissait subsister un système cohérent de prise en considération des normes prohibitives étrangères,

le Second Circuit (*supra*, n° 278) pourrait servir de modèle au juge français appliquant l'article 7, alinéa 1^{er} de la Convention de Rome ; il est vrai que la conclusion de l'auteur est celle-ci : « Nul doute que l'expérience américaine serait de nature à faire réfléchir sur les conséquences qu'un affaiblissement de la force obligatoire des contrats pourrait avoir dans ce domaine ». Dans le sens de la prudence, v. aussi H. Synvet, « Les lois de police applicables aux opérations bancaires » in *La Convention de Rome*, Banque & Droit, hors série — juin 1993, p. 15 et s.

(251) *Supra*, n° 308.

(252) cf. *supra*, note 230, la citation du rapport explicatif.

(253) Pour la motivation de ces réserves, v. E. Jayme/C. Kohler, « Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Gemeinschaft — Jüngste Entwicklungen », IPRax 1988. 133, 137-139, et des mêmes auteurs « Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1991 — Harmonisierungsmodell oder Mehrspurigkeit des Kollisionsrechts », IPRax 1991. 361, 367 ; « Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG nach Maastricht », IPRax 1992. 346, 355.

(254) *op. cit.*, R. 1991, p. 324.

élaboré par la jurisprudence (255). Des idées similaires ont été formulées dans d'autres pays (256). On ne s'étonnera pas, cependant, de ce que les partisans du rattachement spécial en doctrine allemande ne se sont pas laissés décourager par la réforme : selon eux, l'explicable omission du texte correspondant à l'article 7, alinéa 1^{er} crée une lacune législative, que le juge est libre de combler ... en adoptant enfin la théorie du rattachement spécial (257). A supposer que la jurisprudence ne les suive pas dans cette voie, l'effet de la réserve sera très net en ce qui concerne les lois de police contractuelle ne faisant pas partie de la *lex contractus* (leur application sera restreinte aux hypothèses visées aux articles 5 et 6 de la Convention) ; il le sera moins en ce qui concerne les règles de conduite : elles continueront à être prises en considération, les solutions traditionnellement admises étant maintenues sans que le juge puisse s'en écarter occasionnellement.

328. Aux termes de l'article 1^{er}, alinéa 3 de la Convention, celle-ci ne s'applique pas aux contrats d'assurance qui couvrent des risques situés dans les territoires des Etats membres de la Communauté européenne — question qui devait être réglée par des directives dont l'élaboration était en cours lors de la signature de la Convention (258). Deux directives sont intervenues, l'une ayant trait aux assurances sur la vie, l'autre aux autres types d'assurance ; les deux contiennent des dispositions sur les conflits de lois qui diffèrent en partie du droit commun de la Convention de Rome, mais qui formulent, dans des termes inspirés de l'article 7 de la Convention, à la fois la réserve des lois de police du for et, dans une certaine mesure, la possibilité de « donner effet » aux lois de police étrangères (259). Pour

(255) cf. en ce sens la prise de position du *Bundesrat* du 1^{er} juillet 1983, qui a été critiquée par une partie de la doctrine : « Kodifikation des deutschen internationalen Privatrechts — Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht zum Regierungsentwurf von 1983 », *RabelsZ* 1983. 595, 668-671 ; K. Kreuzer, « Erklärung eines generellen Vorbehalts zu Art. 7 Abs. 1 des Übereinkommens vom 19.6.1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ? », *IPRax* 1984. 293.

(256) cf., à propos du droit anglais, les développements *supra*, n° 40, et les ouvrages cités en note 38 ; comp. R. Plender, *The European Contracts Convention*, Londres, 1991, n° 9.05 ; F.M.B. Reynolds, « Illegality by *Lex Loci Solutionis* » (1992) 109 *L.Q.R.* 553, 554. — V. également F. Schockweiler, *Les conflits de lois et les conflits de juridictions en droit international privé luxembourgeois*, Luxembourg, 1988, n° 204, et du même auteur « La loi applicable aux obligations contractuelles au Luxembourg, après l'adoption, en droit national, des règles de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *Livre jubilaire de la Conférence Saint-Yves*, Luxembourg, 1986, p. 763, 789.

(257) V. p. ex. D. Martiny, « Der deutsche Vorbehalt gegen Art. 7 Abs. 1 des EG-Schuldvertragsübereinkommens vom 19.6.1980 — seine Folgen für die Anwendung ausländischen zwingenden Rechts », *IPRax* 1987. 277 ; J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1990, p. 423 ; MünchKomm/Martiny, Art. 34 EGBGB, n° 48 ; C. Reithmann/D. Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, 4^e éd., Cologne, 1988, n° 335 ; K. Schurig, « Zwingendes Recht, "Eingriffsnormen" und neues IPR », *RabelsZ* 1990. 217, 235 ; K. Ehlers-Munz, *Die Beachtung ausländischen Devisenrechts : Bretton Woods und autonomes internationales Recht*, thèse Hambourg, 1991, p. 211 ; *contra* : H. Piehl, « Ausländische zwingende Vorschriften und deutsches Schuldstatut », *RIW* 1988. 841 ; Palandt/Heldrich, *BGB*, 53^e éd., 1994, Art. 34 EGBGB, n° 3a, p. 2321.

(258) cf. le rapport explicatif, p. 13.

(259) Assurance directe autre que l'assurance sur la vie : art. 7, paragraphe 2, al. 2 de la deuxième directive du Conseil (88/357/CEE) du 22 juin 1988, J.O.C.E. N° L. 172 du 4 juillet 1988, p. 1 ; également R. 1989. 144, obs. Lagarde. — Assurance directe sur la vie : art. 4, al. 4 de la deuxième

tenir compte du succès mitigé de l'alinéa 1^{er} de l'article 7 lors des ratifications de la Convention, cette dernière faculté n'est toutefois, dans les directives, réservée que « si le droit d'un Etat membre le prévoit » (260).

*

329. Comme nous l'avons vu, la méthode de la prise en considération des règles de conduite présente l'important avantage de sauvegarder, malgré l'intervention des autorités étrangères, l'unité juridique des relations contractuelles entre les parties telle qu'elle résulte de la *lex contractus*. Plus précisément, on aura noté que la méthode de la prise en considération permet de concilier le respect de la norme étrangère, qui s'impose aux parties comme au juge du for, avec l'équilibre des relations contractuelles : elle s'inspire par conséquent, dans une certaine mesure, à la fois de considérations propres au système de droit international privé du for et de considérations de justice entre contractants telle qu'elle est définie par la loi du contrat. Nous aurons l'occasion de le vérifier en examinant — pour conclure — la question de la loi applicable à la prise en considération du fait du prince étranger.

directive du Conseil (90/619/CEE) du 8 novembre 1990, J.O.C.E. N° L 330 du 29 novembre 1990, p. 50 ; également R. 1991. 204. — La possibilité de « donner effet » aux lois de police étrangères ne concerne, dans les directives, pas toutes les lois de police étrangères, mais uniquement celles d'Etats membres de la Communauté avec lesquels le contrat entretient des rattachements spécifiés par les directives : dans la directive de 1988, il s'agit de l'Etat membre où le risque est situé et de l'Etat membre qui impose l'obligation d'assurance ; dans la directive de 1990, de l'« Etat membre de l'engagement ».

(260) Pour la portée de cette restriction, cf. M. Fallon, « La loi applicable au contrat d'assurance selon la directive du 22 juin 1988 », *Rev. gén. ass. terr.* 1989. 242, 257-258 ; et du point de vue allemand (le législateur allemand ayant, à propos des conflits de lois en matière d'assurances, maintenu son attitude réservée à l'égard des lois de police étrangères), v. V. Hahn, *Die "europäischen" Kollisionsnormen für Versicherungsverträge*, Karlsruhe, 1992, p. 118 et s.

TITRE II

LA LOI APPLICABLE À LA PRISE EN CONSIDÉRATION DU FAIT DU PRINCE ÉTRANGER

330. La méthode de la prise en considération tient compte de la norme étrangère, mais à titre de *datum* seulement : elle ne se réfère pas à l'ordre juridique dont relève cette norme pour identifier la règle de décision adéquate. La loi de l'Etat étranger concerné étant dès lors, par hypothèse, hors cause lorsqu'il s'agit de définir les conditions et effets de la prise en considération du fait du prince (1), il reste à examiner les titres de compétence respectifs de la loi du for et de la loi applicable à la substance de l'obligation — en pratique, puisque c'est en matière contractuelle que la question présente l'intérêt le plus réel, la *lex contractus*.

La loi du for et la loi de l'obligation ont chacune un rôle réel dans l'opération de prise en considération. S'il est vrai que c'est dans le cadre de l'application de la loi de l'obligation que se fait cette prise en considération, l'opération n'en consiste pas moins à donner effet à des normes étrangères évincées, *a priori*, par le système de conflits de lois du for : le rôle du juge du for dans pareille opération ne peut être défini par la seule loi de l'obligation. Nous le vérifierons par rapport aux deux principaux éléments de la libération ou de la non-libération du débiteur par le fait du prince étranger : la constatation de l'impossibilité de l'exécution de l'obligation (Sect. I) et les conséquences juridiques de l'impossibilité d'exécution ainsi constatée (Sect. II).

(1) Sous réserve d'un cas très particulier, que nous aurons l'occasion d'examiner : celui où la norme prohibitive étrangère fait partie de la loi de l'obligation, mais ne peut être « appliquée » au contrat parce qu'elle heurte l'ordre public du for ; la question de sa prise en considération éventuelle, et de la loi applicable à cette prise en considération (*lex obligationis* ou *lex fori* ?), reste dans ce cas posée : *infra*, n° 334.

SECTION I

LA CONSTATATION DE L'IMPOSSIBILITÉ D'EXÉCUTION

331. Nous verrons d'abord quel doit être, en principe, le rôle respectif de la loi du for et de la loi de l'obligation dans l'opération (§ 1) ; puis, en examinant les difficultés de la mise en oeuvre de cette répartition des rôles, nous mesurerons l'importance de l'incidence de certains mécanismes généraux de droit international privé : leur application aboutit à restreindre quelque peu le rôle réel de la loi de l'obligation au profit de la loi du for (§ 2).

§ 1. — Le rôle respectif de la loi du for et de la loi de l'obligation

332. Il serait évidemment excessif de soutenir que l'opération de prise en considération est soumise, dans tous ses aspects, à la loi du for en tant que telle (1). Le rôle de la loi du for est néanmoins fondamental : le mécanisme de prise en considération lui-même est en effet un mécanisme inhérent au système de droit international privé du for — au même titre que les règles de conflit ou l'exception d'ordre public. En matière contractuelle, ce n'est dès lors pas la *lex contractus*, mais le système de droit international privé du for qui permet au juge de prendre en considération des normes étrangères inapplicables. En d'autres termes, et par référence à la théorie des *data*, on dira que l'existence même d'un *local datum* peut être constatée par le juge en vertu de son propre système de droit international privé ; que c'est également ce système qui lui prescrit de rechercher la règle de décision permettant d'en déduire les conséquences dans les relations juridiques entre les parties ; et que cette règle de décision, quant à elle, pourra être trouvée dans la loi désignée comme applicable par la règle de conflit du for (2).

En matière contractuelle, la *lex contractus* sera pour le juge la source naturelle des règles de décision applicables à la prise en considération, en tant que fait du prince étranger, d'une norme prohibitive. La raison en est évidente : obstacle à l'exécution d'une obligation, le fait du prince relève — comme les autres cas d'impossibilité d'exécution — des modes d'extinction ou de suspension des

(1) V. toutefois en ce sens M. Bauer, *Le droit public étranger devant le juge du for*, thèse Paris-II, 1977, n° 133 et note 1 de la p. 114.

(2) cf. *supra*, n° 251.

obligations résultant du contrat ; or une règle bien établie (3), dont on peut estimer qu'elle est implicitement confirmée par l'article 10 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 (4), soumet à la seule loi du contrat, qui fonde l'effet obligatoire du contrat et définit la mesure exacte des obligations du débiteur, les conditions de sa libération par l'impossibilité d'exécution de son obligation. L'opportunité de la solution est incontestable, même lorsque l'obstacle provient d'une norme prohibitive étrangère, puisqu'elle permet de respecter l'équilibre des relations contractuelles, tel qu'il est défini par la loi du contrat ; aussi le principe de la compétence de la *lex contractus* pour régir les conséquences du fait du prince sur le contrat est-il très généralement admis en doctrine (5) et trouve-t-il des appuis dans la jurisprudence, à laquelle nous aurons l'occasion de revenir.

333. Si le principe de la compétence de la *lex contractus* peut par conséquent être retenu, il faut néanmoins souligner que dans la très grande majorité des cas, le juge sera en fait amené à appliquer les critères de l'exception de force majeure tels qu'ils sont définis par la loi du for. Il est rare, en jurisprudence, que l'applicabilité éventuelle des critères d'une loi étrangère soit même envisagée. Il peut y avoir, à ce phénomène (qui, à la réflexion, n'a rien de surprenant), deux explications. La première explication respecte tout à fait l'orthodoxie conflictualiste : il y a de bonnes raisons de penser que dans la plupart des cas où se pose la question de la prise en considération d'une norme prohibitive étrangère inapplicable au contrat, le contrat sera de toute façon régi par la loi du for ; il arrivera en effet rarement qu'une situation contractuelle entretienne des rapports substantiels avec trois pays différents — celui qui a édicté la norme prohibitive, celui dont la loi est applicable au contrat, et le pays du for. Si la norme prohibitive fait elle-même partie de la *lex contractus*, il n'y aura normalement pas de fait du prince étranger proprement dit (6) : la loi de police invoquée sera alors applicable au contrat, sanctions civiles comprises. Sinon, il sera en fait plus que vraisemblable que le contrat — dont l'exécution est illégale au regard de la loi étrangère — sera régi par la loi du for. Ce n'est pas là une nécessité logique, mais sans doute une réalité statistique ; et dans ce cas,

(3) cf. Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, 7^e éd., t. II, 1983, n° 607 ; A. Toubiana, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, 1972, n° 144.

(4) « La loi applicable au contrat en vertu des articles 3 à 6 et de l'article 12 de la présente Convention régit notamment : ... b) l'exécution des obligations qu'il engendre ; ... d) les divers modes d'extinction des obligations ainsi que les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai ». — Comp. J. Foyer, « Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », J.D.I. 1991. 601, 622, qui énumère « l'incidence éventuelle du fait du prince et de la force majeure » parmi les questions qui paraissent devoir être soumises à la loi du contrat.

(5) J. Foyer, *loc. cit.* ; A. Toubiana, *op. cit.*, n° 145 ; P. Mayer, « Le rôle du droit public en droit international privé français » in *Colloque de Bâle sur le rôle du droit public en droit international privé*, Bâle/Francfort, 1991, p. 63, 69 ; F. Vischer, *Internationales Vertragsrecht*, Berne, 1962, p. 209 (« *Der Richter ist verpflichtet, die Möglichkeiten des Vertragsstatuts voll auszuschöpfen* ») ; F.A. Mann, « Proper Law and Illegality in Private International Law » (1937) 18 B.Y.B.I.L. 97, 111 ; R.M. Goode, *Payment Obligations in Commercial and Financial Transactions*, Londres, 1983, p. 132.

(6) Sous réserve du cas où la norme prohibitive étrangère est considérée comme contraire à l'ordre public du for : cf. *infra*, n° 334.

l'application des critères de la force majeure tels qu'ils sont définis par la *lex fori* peut s'expliquer par la simple circonstance que la *lex contractus*, compétente en principe, s'identifie en l'occurrence à la loi du for.

L'observation de la pratique judiciaire montre cependant qu'il peut y avoir une seconde explication, moins orthodoxe mais tout aussi réelle, à la fréquente application des critères de la seule loi du for : dans certains cas, et bien que les faits soient tels que l'applicabilité d'une *lex contractus* étrangère est parfaitement envisageable, la recherche de la loi applicable et l'application éventuelle d'une loi étrangère apparaissent au juge et aux parties comme un exercice dépourvu d'utilité pratique. C'est ainsi que les affaires opposant, après la révolution soviétique, des banques françaises à des clients de leurs succursales russes nationalisées ont toutes été tranchées, sans raisonnement conflictualiste, par référence aux articles du Code civil définissant la répartition des risques en matière de dépôt bancaire (7), malgré les titres de compétence évidents de la loi du lieu d'établissement de la succursale ayant accepté les fonds, qui était aussi la loi du lieu de conclusion des contrats (8).

Pareille réaction du juge peut s'expliquer parfois par la volonté de ne pas compliquer les termes du litige et de se concentrer sur les questions de fait qui divisent réellement les parties ; c'est là un phénomène qui n'a sans doute, dans les litiges internationaux, rien d'inhabituel (9). Cette volonté de simplifier les termes du débat sans avoir égard au jeu des règles de conflit n'est toutefois pas seule en cause. Il peut s'y ajouter que du moins en ce qui concerne le principe de la libération du débiteur par le fait du prince, la teneur de la loi du contrat sera normalement identique à la teneur de la loi du for, les deux libérant le débiteur. Dans ces circonstances, un raisonnement conflictualiste rigoureux n'est pas toujours perçu par les tribunaux comme une nécessité absolue ; c'est ainsi que l'arrêt de la Cour de Paris du 15 février 1933 (10), qui décide que la législation soviétique confisquant les pierres et métaux précieux constitue un cas de force majeure pour un dépositaire de bijoux conservés à Kiev, fonde cette solution sur les articles 1147 et 1302 du Code civil — tout en notant « que les parties ne contestent d'ailleurs pas que sur les deux points la législation russe applicable à l'époque des contrats soit en

(7) cf. les références *supra*, n° 192.

(8) Comp. la motivation alambiquée de Paris 23 avril 1931, J.D.I. 1931. 1116 ; v. aussi Paris 18 février 1926, J.D.I. 1927. 1061, 2^e esp., qui tranche par simple application de l'article 1839 du Code civil un litige dans lequel la décision de première instance (Trib. com. Seine 25 mai 1925, D.H. 1925. 442) avait longuement justifié l'applicabilité du droit russe au dépôt litigieux.

(9) cf. P. Bellet, intervention, Trav. Com. fr. 1969-1971, p. 70, à propos des litiges en matière de droits intellectuels : « Pourquoi ne soulève-t-on ni la Convention d'union de Paris, ni les conflits de lois, ni les lois étrangères ? C'est parce qu'on n'y pense pas, parce qu'il y a une convention tacite entre les magistrats et les avocats pour ne pas compliquer les choses » ; v. aussi, faisant état d'une tendance à « ne pas appliquer des règles dont on ne savait pas exactement à quoi elles aboutissaient alors qu'une solution juste pouvait résulter de l'application du droit français », P. Bellet, intervention, Trav. Com. fr. 1990-1991, p. 27-28.

(10) J.D.I. 1933. 959, note Tager, cité *supra*, n° 133.

concordance avec la loi française » (11). Il se peut que l'attitude de la Cour s'explique par l'insuffisance des renseignements sur le droit russe dont elle disposait réellement ; il n'empêche que tel qu'il est rédigé, l'arrêt paraît appliquer la loi française, non parce qu'elle serait la loi du contrat, mais parce que sa teneur coïncide avec la loi du contrat. A la limite, ce type de raisonnement peut aboutir à ce que le conflit de lois ne soit pas tranché du tout, précisément parce que le juge a constaté avec certitude que la teneur des lois en conflit est, en ce qui concerne les effets du fait du prince sur le contrat, identique : la solution substantielle commune ainsi dégagée est appliquée directement, sans que sa source précise (loi du for ou loi étrangère) ait été déterminée (12).

Ces phénomènes ne sont pas dépourvus d'intérêt, mais n'ont rien de particulier au problème du fait du prince étranger. On peut les approuver, en estimant qu'il n'appartient pas au juge d'écarter l'application de la loi du for en présence d'un « faux conflit » avec une loi étrangère dont la teneur est identique (13) : ce n'est pas là, toutefois, l'attitude normalement adoptée par le droit international privé français, qui est fondée sur l'idée que le jeu de la règle de conflit doit rester neutre et objectif — et indépendant de la teneur des lois en conflit. La question a été discutée, en doctrine française, à propos de l'arrêt de la Cour de Paris dans l'affaire *Royal Dutch* (14) : Henri Mazeaud, faisant observer que « les spécialistes du droit international privé ont tissé un réseau si serré de règles de conflits qu'ils risquent d'y enfermer tout problème de droit, même lorsqu'il ne soulève en réalité aucun conflit de lois et se résout par l'application de principes plus simples » (15), devait proposer de résoudre le litige par application directe des principes de la force majeure, identiques en droit français et en droit néerlandais : « dans les deux législations le "fait du prince", qui rend l'exécution impossible, libère le débiteur. Il n'y a évidemment conflit de lois que si les lois dont la compétence est possible, sont en désaccord. En l'espèce, elles ne le sont pas ». Par conséquent, « il est sans intérêt de choisir ici entre la loi française et la loi hollandaise » (16). M. Loussouarn, répliquant au nom du droit international privé à cette tentative d'« esquiver tout conflit de lois », y a objecté que dans un litige international, l'exonération du débiteur suppose la

(11) p. 961. Il existait effectivement une forte tendance, dans la jurisprudence de l'époque, à considérer comme loi du contrat la loi russe de l'époque tsariste, telle qu'elle avait été en vigueur au moment de la conclusion du contrat : v. aussi Paris 23 avril 1931, précit.

(12) Pour un exemple en jurisprudence anglaise, v. *The San Roman* (1872) L.R. 3 A. & E. 583, 593, confirmé (1873) L.R. 5 P.C. 301, 305-306 : il s'était avéré (après l'audition d'un expert allemand) que le droit allemand, comme le droit anglais, considérait comme licite le refus du capitaine d'exposer le navire affrété au risque d'une prise par une puissance étrangère ; il devenait donc, selon les juges anglais, inutile de déterminer la loi applicable à la question — exercice qui, en raison de l'existence de plusieurs précédents contradictoires (v. spéc. les réf. citées dans la décision de première instance, p. 593), aurait présenté plus de difficultés que la détermination de la solution substantielle commune aux deux lois potentiellement applicables.

(13) cf. D. Cavers, *The Choice-of-Law Process*, Ann Arbor, 1965, p. 89 ; Comment, « False Conflicts », 55 Cal. L. Rev. 74, 76-78, 110-116 (1967) ; comp. K. Lipstein, « The General Principles of Private International Law », R.C.A.D.I. 1972-I. 97, 155-156.

(14) Paris 21 décembre 1962, cité *supra*, n° 6.

(15) note au J.C.P. 1963. II. 13447, Introduction.

(16) *ibid.*, point I.1.

détermination préalable de la loi applicable à cette exonération, et que « la concordance éventuelle de la loi étrangère et de la loi française ne saurait retirer tout intérêt à la détermination de la loi applicable, car la condition de la loi étrangère devant les tribunaux français est très différente de celle de la loi française » (17).

Cet argument paraît effectivement expliquer pourquoi il serait peut-être inélégant, pour le juge français, de laisser en suspens le conflit de lois et d'appliquer directement, en tant que tel, un principe commun aux lois en concours (18). Il n'empêche toutefois pas le juge de décider, *en fait*, d'appliquer la loi du for en présence d'un « faux conflit » de ce type avec une loi étrangère ; et même si la jurisprudence française ne raisonne pas formellement en ces termes, elle aboutit parfois à ce résultat — le « faux conflit » de deux lois au contenu identique amenant les parties à s'abstenir de soulever le conflit de lois, et le juge à refuser d'imposer d'office l'application de la loi étrangère. C'est bien ce qui s'est passé dans l'affaire *Royal Dutch* : on notera que — bien que M. Loussouarn et Henri Mazeaud aient tout naturellement été d'accord à considérer qu'en principe, et par analogie avec la solution admise en matière contractuelle, l'exonération d'une société néerlandaise à l'égard de ses actionnaires doit s'apprécier par rapport aux critères de la force majeure admis par la *lex societatis* néerlandaise (19) — c'est en définitive sur le droit français que la Cour de cassation s'est fondée pour estimer que la société *Royal Dutch* était en droit d'invoquer la force majeure (20).

334. L'affaire *Royal Dutch* présentait d'ailleurs une particularité : c'était la loi néerlandaise, normalement applicable au fonctionnement de la société, qui contenait elle-même les dispositions (de « redressement des relations de droit ») que la société invoquait comme fait du prince, mais que les porteurs d'actions considéraient comme confiscatoires et donc contraires à l'ordre public français. Supposons que l'argument tiré de l'ordre public ait été reconnu comme fondé par la Cour de cassation ; la contrariété des arrêtés néerlandais à l'ordre public n'aurait certes pas interdit au juge de les considérer comme cas de force majeure (21) ; mais aurait-il encore pu appliquer, dans ce cas, les critères de l'exception de force majeure du droit néerlandais ?

La question n'a pas été résolue (ni vraiment posée) dans l'affaire *Royal Dutch* ; mais le *Bundesgerichtshof* a été saisi en 1965 d'une question analogue à propos d'un

(17) Y. Loussouarn, « Quelques aspects nouveaux de la protection des actionnaires français de sociétés étrangères », D. 1964 chr. 279, 280-281.

(18) cf., en droit allemand, E. Steindorff, « Das Offenlassen der Rechtswahl im IPR und die Nachprüfung ausländischen Rechts durch die Revisionsinstanz », JZ 1963. 200, qui souligne à la fois l'inélégance théorique du procédé — et les avantages pratiques qu'il peut avoir dans certains cas. V. aussi M. Behn, « Das "Offenlassen der Rechtswahl" », ZfRV 1978. 241, spéc. p. 242-243 ; mais pour une tendance jurisprudentielle plus récente, favorable à cette manière de procéder, v. C. von Bar, *Internationales Privatrecht*, vol. I, Munich, 1987, n° 118 et s.

(19) H. Mazeaud, *op. cit.*, point II.1 ; Y. Loussouarn, *op. cit.*, p. 280.

(20) Civ. 1^{re} 17 octobre 1972 : *supra*, n° 6. Que la Cour de cassation applique la loi française est indiqué par le fait même qu'elle contrôle la qualification de force majeure retenue par les juges du fond ; pourtant l'arrêt relève « que les obligations de la société envers ses actionnaires sont régies par la loi nationale de cette société, en l'espèce, la loi néerlandaise ».

(21) cf. *supra*, n° 180 et s.

contrat de licence de brevet, soumis au droit de l'Allemagne de l'Est, entre une entreprise publique est-allemande et un inventeur réfugié, au moment du procès, en Allemagne de l'Ouest. Le contrôle des changes est-allemand imposait le paiement des redevances en compte bloqué à Berlin-Est, mesure que le *Bundesgerichtshof* a considérée comme confiscatoire et contraire à l'ordre public. L'arrêt souligne que la violation de l'ordre public n'empêche pas le juge de tenir compte des effets de fait de la loi étrangère, mais estime (sans motivation détaillée) qu'il conviendra d'en tirer les conséquences juridiques prévues *par la loi du for* (22) ; c'est ce que fait la suite de l'arrêt, en déduisant de plusieurs dispositions du BGB — consacrées au principe de la bonne foi contractuelle — le droit de l'inventeur de se retirer du contrat de licence, son cocontractant n'étant plus en mesure de l'exécuter normalement.

Ce raisonnement pourrait se défendre si le *Bundesgerichtshof* avait constaté que le droit est-allemand des contrats attachait à l'intervention des autorités locales des conséquences juridiques de droit privé elles-mêmes contraires à l'ordre public. Tel n'est toutefois pas le sens de la décision : l'application de droit privé est-allemand n'a même pas été envisagée. La solution adoptée est critiquable (23) ; ce n'est pas parce qu'une règle de conduite étrangère, simple *datum*, est contraire à l'ordre public que les règles de décision du droit privé étranger le sont nécessairement aussi ; lorsque — comme en l'espèce — seules les conditions de l'extinction d'un rapport contractuel sont en cause, rien ne s'oppose à l'application des règles générales de la *lex contractus*. Une adaptation de cette loi est possible, et sans doute souhaitable dans l'intérêt de l'harmonie des relations contractuelles.

Nous retiendrons donc, même dans cette hypothèse particulière, la compétence de principe de la loi du contrat, régissant la substance de l'obligation, pour fournir les règles de décision applicables en cas de prise en considération d'une norme prohibitive étrangère par le juge du for.

§ 2. — La mise en oeuvre de la répartition des rôles entre loi du for et loi de l'obligation

335. La compétence de principe de la loi du contrat étant acquise, il faudra encore en préciser la portée. A cet égard, un principe fondamental et élémentaire du droit international privé doit être gardé à l'esprit : quelle que soit la *lex causae*, le juge n'appliquera que son propre système de droit international privé, non celui d'une *lex causae* étrangère. S'il peut parfois se référer indirectement au droit international privé étranger — le renvoi, méthode de « coordination des règles de conflit », en est le principal exemple — ce ne sera que dans la mesure où son propre

(22) BGH 28 janvier 1965, IZRSpr. 1964-1965, n° 68, p. 234 : « es müssen daraus die nach inländischem Recht gebotenen Schlußfolgerungen gezogen werden ».

(23) cf., doutant du bienfondé de la solution de l'arrêt, U. Drobnig, « Die Beachtung von ausländischen Eingriffsgesetzen — eine Interessenanalyse », *Festschrift Karl H. Neumayer*, Baden-Baden, 1985, p. 159, 176.

système de droit international privé, qui lie seul le juge, le prescrit (24). En matière contractuelle, où le renvoi est en vertu d'une règle traditionnelle exclu (25), la référence exclusive du juge à son propre système de droit international privé est particulièrement nette.

En appliquant ce principe à la question de la prise en considération, dans le cadre de l'application d'une *lex contractus* étrangère, d'une norme d'un Etat tiers, on revient à l'idée que le mécanisme de la prise en considération est inhérent au système de droit international privé du for (26) : la loi applicable n'a pour rôle que de fournir au juge les règles de décision destinées à lui permettre de déduire les conséquences juridiques adéquates du *datum* constaté. Or ces règles de décision sont des règles de droit matériel, non de droit international privé. C'est là aussi la portée de la compétence de la loi du contrat dans la prise en considération du fait du prince étranger : c'est le droit matériel, non le droit international privé de la *lex contractus* qui a vocation à déterminer les conditions dans lesquelles l'impossibilité d'exécution résultant du fait du prince doit être reconnue.

Il s'ensuit que même si l'examen des décisions rendues, dans des situations analogues, par les tribunaux du pays dont la loi est applicable présentera pour le juge le plus haut intérêt, les solutions adoptées par ces tribunaux ne s'imposeront à lui que si elles font vraiment application de règles de droit matériel. En revanche, le juge n'aura pas à suivre des solutions étrangères qui remettent en cause le principe même de la prise en considération de la norme étrangère. Ainsi, même à supposer que dans la même situation, les tribunaux du pays de la *lex contractus* auraient appliqué la théorie du rattachement spécial et appliqué la loi de l'Etat tiers aux conséquences civiles de l'incompatibilité du contrat avec ses règles de conduite (27), le juge du for ne pourrait pas les suivre dans cette voie : ce faisant, il tiendrait compte des règles de conflit de la loi du contrat et ferait jouer le renvoi en matière contractuelle ! De même, si la loi du contrat est le droit de l'un des Etats-Unis d'Amérique, le juge français pourra certes appliquer une règle de décision du droit américain, mais non la théorie de l'*Act of State* — mécanisme de droit international privé à l'« arrière-plan constitutionnel » (28) et qui, à ce double titre, ne peut s'imposer qu'au juge américain. Dans tous ces cas, le juge français ne pourra qu'appliquer directement le droit des contrats de la *lex causae* aux conséquences de la contrainte étatique constatée.

Dans le même ordre d'idées, le juge n'aura pas à tenir compte d'éventuelles limitations du mécanisme de prise en considération lui-même dans la jurisprudence

(24) V. à propos du renvoi, Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, t. I, 8^e éd., 1993, n° 304. L'idée reste exacte même à propos de la « méthode de la référence à l'ordre juridique compétent », décrite par M. Picone (R.C.A.D.I. 1986-II. 229) : s'il est vrai qu'elle consiste dans l'« adoption de la part du for du point de vue d'un ordre juridique étranger » (*ibid.*, *passim*), elle ne peut être mise en oeuvre qu'à condition que le système de droit international privé du for le prévoie.

(25) Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, n° 311 ; art. 15 de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

(26) V. *supra*, n° 332.

(27) Sur la différence, à cet égard, entre la méthode de la prise en considération et la méthode du rattachement spécial, v. *supra*, n° 310 et s.

(28) cf. *supra*, n° 275 et 280.

étrangère — le principal exemple en étant l'exclusion de la prise en considération des normes étrangères contraires à l'ordre public : exclusion critiquable, mais non inédite en jurisprudence. Supposons qu'un tribunal français soit saisi, pendant les années 1930, d'un contrat soumis au droit suisse, mais contraire au contrôle des changes allemand. Le juge doit-il écarter sans autre examen l'exception de force majeure soulevée par le débiteur allemand, au motif que le tribunal fédéral suisse a décidé que la réglementation allemande, contraire à l'ordre public, ne devait même pas être prise en considération (29) ? Non ; si tel est l'effet de l'ordre public suisse en Suisse, il ne s'impose pas pour autant au juge français, gardien du seul ordre public français. L'ordre public français, quant à lui, n'interdit pas la prise en considération de la législation allemande en tant que cas de force majeure : le débiteur peut donc l'invoquer. Les conditions précises de sa libération, elles, seront indiquées par le droit interne suisse des obligations.

Les tribunaux n'ont pas toujours évité, dans ces affaires, la confusion entre droit matériel et droit international privé de la *lex causae*. Un jugement du Tribunal de Zurich du 23 avril 1937, qui concerne les effets du contrôle des changes italien sur un contrat régi par la loi néerlandaise, va très loin dans cette voie. Il estime que « pour qu'on puisse parler d'un "événement" constitutif de force majeure, il faut que la circonstance en question entraîne des conséquences qui ont une importance juridique. La question de savoir si, et dans quelle mesure, les dispositions sur les devises édictées par les autres Etats peuvent empiéter sur le domaine du droit néerlandais, doit être résolue d'après le droit international privé néerlandais » (30). Comme pour illustrer le renvoi total au système de droit international privé de la *lex contractus*, le jugement précise que « jurisprudence et doctrine néerlandaises en cette matière ont été vérifiées soigneusement par un membre du Tribunal envoyé à cet effet aux Pays-Bas » (31). « Il résulte de cette enquête que le droit international privé néerlandais n'admet aucune influence de loi étrangère sur les rapports obligatoires soumis au droit néerlandais », du moins lorsqu'il s'agit d'une « loi spécifiquement politique qui n'a qu'une compétence strictement territoriale ». De surcroît, indique le tribunal, la réglementation des changes « constitue une intervention dans un rapport interne contraire aux idées fondamentales du droit néerlandais. L'influence des lois italiennes ... doit donc être repoussée aussi du point de vue de l'ordre public ». Le Tribunal aurait-il pu justifier sa décision, mieux qu'en se faisant le vengeur de l'ordre public néerlandais en Suisse ? Dans d'autres passages de son long jugement, il l'a fait ; ayant analysé en détail la jurisprudence néerlandaise de la « grande guerre », il note — et ce sont là d'authentiques considérations de droit matériel : « L'exception de la force majeure ne fut pas admise si les circonstances alléguées étaient prévisibles ou si le débiteur était

(29) V. la jurisprudence suisse citée *supra*, n° 181.

(30) Bezirksgericht Zurich 23 avril 1937, Nouvelle Revue 1937. 624, 632, note — critique sur ce point — Mezger, qui fait observer qu'« il n'y a pas de renvoi dans le domaine de l'autonomie de la volonté » (p. 638) ; BIZR 1938, n° 110, p. 228.

(31) Nouvelle Revue, p. 632-633. La précision — impressionnante — ne figure pas dans la version du jugement publiée aux *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung*.

néanmoins capable en fait d'exécuter ses engagements» (32); or en l'espèce, l'intervention du gouvernement italien avait été prévisible et, surtout, le paiement restait en fait possible, des biens appartenant au débiteur ayant été saisis par le créancier à Zurich. Contrairement à l'appel à l'ordre public néerlandais, ces dernières considérations sont pleinement convaincantes et peuvent être approuvées.

Dans le même contexte, et là encore en jurisprudence suisse, on mentionnera un arrêt du Tribunal fédéral du 7 juillet 1942: l'arrêt approuve une juridiction cantonale d'avoir, par application de la loi new-yorkaise applicable à des obligations émises à New York par une société allemande, dénié tout effet libératoire à la réglementation allemande des changes. Cette solution était motivée, plus précisément, par référence à « l'ordre public de l'Etat de New York »; la débitrice la critiquait en faisant valoir que « le juge suisse ne peut se fonder sur l'ordre public d'un Etat étranger ». Le Tribunal fédéral est d'un autre avis: « L'ordre public d'un Etat étranger fait partie de son droit matériel; par conséquent, lorsque la loi de cet Etat doit être appliquée, il en va également ainsi des principes, inhérents à sa conception du droit, qui ont été établis pour des raisons d'ordre public et revendiquent en conséquence une valeur absolue » (33). C'est oublier, nous semble-t-il, la différence de fonction entre l'ordre public interne et l'ordre public international: certes, le droit matériel new-yorkais peut contenir des règles « d'ordre public », et rien n'empêche un juge suisse d'en faire application; mais en l'occurrence, le refus de prendre en considération une loi étrangère contraire à l'ordre public du for est une solution qui relève du seul droit international privé new-yorkais. Il ne devrait dès lors pas s'imposer au juge suisse, quelle que soit la *lex contractus*.

Des affaires analogues ont été portées, dans deux litiges jugés en 1938, devant les juridictions new-yorkaises (34). Des obligations émises par des entreprises allemandes prévoyaient, pour le remboursement, une option de place à exercer par le porteur. En l'occurrence, un remboursement à Amsterdam, en florins néerlandais, avait été choisi. Le contrôle des changes allemand interdisant ce paiement, le juge new-yorkais a à statuer sur l'exception d'impossibilité d'exécution soulevée par les débiteurs. Il le fait par référence à la loi du lieu d'exécution — compétente, selon les règles de conflit proposées par le premier *Restatement* des conflits de lois, pour régir toutes les questions relatives à l'exécution du contrat (35) —, tout en soulignant que seul le droit interne néerlandais est applicable, à l'exclusion du droit néerlandais des conflits de lois (36). Ce raisonnement, transposable sans difficultés au cas où les

(32) Nouvelle Revue, p. 633; BIZR, p. 229.

(33) TF 7 juillet 1942, ATF 68 II 203, 209.

(34) *Lann v. United Steel Works Corp.*, 1 N.Y.S.2d 951 (Sup. Ct. 1938); *Pan-American Securities Corp. v. Fried. Krupp Aktiengesellschaft*, 6 N.Y.S.2d 993 (Sup. Ct. 1938).

(35) American Law Institute, *Restatement of the Law, Conflict of Laws*, St. Paul, 1934, § 358 (c). Une règle de conflit tout aussi rigide et impérative (§ 332) soumettait la validité du contrat à la loi du lieu de conclusion.

(36) *Lann*, p. 957; *Pan-American Securities*, p. 1004. La précision a été faite en réponse au moyen que les débiteurs entendaient tirer du fait qu'un juge néerlandais aurait, dans les circonstances de l'espèce, déclaré applicable le droit allemand; le moyen se heurtait au rejet de la théorie du renvoi dans

règles de conflit du for soumettent l'exécution des contrats à une *lex contractus* unique, est exact en lui-même; malheureusement, la motivation des jugements ne permet pas de vérifier si ses auteurs l'ont exactement appliqué: en se bornant à indiquer, au vu des déclarations concordantes des experts des parties, qu'« il est de jurisprudence constante aux Pays-Bas qu'une interdiction de paiement, imposée au débiteur par une loi étrangère, ne constitue pas la "*vis major*" si le contrat est régi par le droit néerlandais » (37), le juge américain ne précise pas s'il a vraiment appliqué le droit matériel néerlandais. Il lui a été reproché de s'être référé ainsi à une solution que les tribunaux néerlandais auraient déduite de l'ordre public international (38). Le reproche n'est pas nécessairement justifié, puisqu'il résulte des recherches entreprises aux Pays-Bas par le Tribunal de Zurich que la même solution peut se fonder sur le droit néerlandais des contrats. Et c'est bien au seul droit néerlandais des contrats qu'il fallait se référer.

336. Une autre limite potentielle à l'application des solutions de la *lex contractus* est l'ordre public du for. La question se pose, spécifiquement, à propos du cas (purent hypothétique peut-être) d'une *lex contractus* qui, contrairement à la loi du for, ne connaîtrait pas la notion juridique d'impossibilité d'exécution, ou qui en donnerait une définition si restrictive qu'elle ne serait pas susceptible d'englober le fait du prince étranger — par exemple parce qu'elle serait limitée aux cas d'impossibilité matérielle absolue, le débiteur ne pouvant à aucun titre invoquer une simple situation de contrainte, quelle qu'en fût la gravité (39). Ce ne serait pas une simple question de répartition des risques d'une impossibilité d'exécution dûment constatée; l'impossibilité d'exécution serait réputée inexistante, et le débiteur resterait légalement tenu d'exécuter son obligation. On a fait observer que la solution du droit matériel étranger serait, dans ce cas, si injuste à l'égard du débiteur que l'ordre public du for devrait intervenir (40).

Il peut s'y ajouter une autre considération: nous avons vu que du moins lorsque les prohibitions de la loi du lieu d'exécution sont en cause, le droit international public interdirait au juge d'obliger le débiteur à exécuter un acte prévu par un contrat, mais illégal au regard de la loi territoriale, et qu'il est permis de penser que la menace d'une lourde responsabilité contractuelle à titre de sanction civile d'une inexécution fautive méconnaîtrait les obligations internationales de

le droit international privé américain de l'époque: « *To adopt any other view would involve acceptance of the "Renvoi" doctrine, which has been rejected almost unanimously* » (*Lann, ibid.*).

(37) « *It is settled law in the Netherlands that a prohibition to pay, imposed by a foreign law upon the debtor, does not constitute "vis major" if the contract is governed by Netherland law* »: *Lann*, p. 957.

(38) A. Nussbaum, « *Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws* », 49 *Yale L.J.* 1027, 1042-1043 (1940) (qui ajoute: « *From the viewpoint of an American court, there is no reason to prefer Dutch public policy over German public policy* »); *contra*: E. Freutel, « *Exchange Control, Freezing Orders and the Conflict of Laws* », 56 *Harv. L. Rev.* 30, 43-44 (1942) qui s'exprime en faveur de la réception de l'ordre public international de la *lex causae* néerlandaise.

(39) *V. supra*, nos 129 et s.: le fait du prince étranger ne fait (normalement) pas naître une situation d'impossibilité matérielle d'exécution, mais de contrainte.

(40) A. Heini, « *Die Anwendung wirtschaftlicher Zwangsmaßnahmen im internationalen Privatrecht* », *BerGesVR* 22 (1982) 37, 49.

l'Etat du for autant qu'une injonction tendant à l'exécution du contrat en nature (41). Or, si tel est le cas, il importe peu que le juge agisse par application de sa propre loi ou par application de la loi étrangère désignée comme applicable par sa règle de conflit. Quelle que soit la loi considérée comme applicable par la règle de conflit, l'ordre d'exécuter le contrat et le refus de libérer le débiteur émaneront toujours d'un organe de l'Etat du for, dont la responsabilité internationale sera engagée (42). Un Etat ne peut se prévaloir de son droit interne pour échapper à sa responsabilité internationale, et les règles de conflit font certainement partie du droit interne de l'Etat intéressé. Mais de même que le système de droit international privé du for — dont fait partie l'exception d'ordre public — ne contraint pas le juge à accueillir des solutions de la loi étrangère qui heurtent par leur injustice les conceptions fondamentales de l'ordre juridique du for, de même il ne contraint nullement le juge à méconnaître le droit international là où la loi étrangère le prévoit. La référence au droit international, justifiant l'éviction de la loi étrangère, peut dans ce cas être directe ou indirecte : référence indirecte si le juge considère que c'est l'ordre public du for qui impose le respect du droit international (43) ; référence directe si le droit international coutumier, dont le juge reconnaît l'applicabilité directe et la supériorité par rapport au droit interne, est appliqué en tant que tel à l'encontre de la loi désignée par la règle de conflit du for (44).

Ne pourrait-on pas songer à aller plus loin et à considérer le principe de l'effet libératoire du fait du prince étranger comme une règle matérielle de droit international privé, indépendante de la loi applicable au contrat ? L'idée concorderait bien avec l'idée, courante en doctrine française, selon laquelle l'intervention systématique de l'ordre public à l'encontre des dispositions de la *lex causae* qui diffèrent des solutions de la loi du for traduit l'émergence de pareille règle matérielle (45). A la réflexion, le recours à ce type de règle matérielle paraît

(41) cf. *supra*, n° 123.

(42) Une situation analogue est celle où l'application des dispositions de la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for constituerait une violation d'un instrument international de protection des droits de l'homme liant l'Etat du for : v. P. Mayer, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », R. 1991. 651, 654 ; comp., à propos des droits fondamentaux garantis par la constitution allemande, et dont le respect s'impose au juge allemand même dans l'application d'une loi étrangère, BVerfG 4 mai 1971, BVerfGE 31. 58, 74 ; traduction française à la R. 1974. 57, 66, note Labrusse.

(43) « *it is part of the public policy of this country that our courts should give effect to clearly established rules of international law* » : *Oppenheimer v. Cattermole* [1976] A.C. 249, 278, per Lord Cross of Chelsea ; l'arrêt écarte l'application des lois allemandes privant de leur nationalité les émigrés de religion juive. V. dans le même sens (référence indirecte au droit international, à travers l'ordre public du for) H. Stoll, « Völkerrechtliche Vorfragen bei der Anwendung ausländischen Rechts », BerGesVR 4 (1961) 131, 144 ; K. Lipstein, « The General Principles of Private International Law », R.C.A.D.I. 1972-I. 97, 190-192.

(44) V. not. F.A. Mann, « The Consequences of an International Wrong in International and National Law » (1976-1977) 48 B.Y.B.I.L. 1, 28-39. Pour une position nuancée (motivée, en partie, par la position particulière du droit international public coutumier selon la constitution allemande), v. R. Hofmann, « Art. 25 GG und die Anwendung völkerrechtswidriger ausländischen Rechts », ZaöRV 1989. 41.

(45) « L'exception d'ordre public conduit ici à créer dans la législation interne une sorte de *jus gentium* à côté du droit commun interne », faisait observer Lerebours-Pigeonnière dans son commentaire

toutefois, en l'occurrence, inopportun. La loi du contrat peut être plus favorable au débiteur que la loi du for (46) ; elle ne serait pas, en cela, contraire à l'ordre public et devrait donc pouvoir être appliquée. Les conceptions du for ne devraient intervenir que si la loi du contrat ne permettait pas de tenir compte de l'obstacle résultant de la norme étrangère (47).

Par ailleurs, une règle matérielle énonçant le principe de l'impossibilité d'exécution résultant du fait du prince étranger n'aurait qu'une portée limitée : elle ne trancherait pas la question des conséquences, dans les relations entre les parties, de l'impossibilité d'exécution constatée. Or cette question, d'une importance déterminante, ne peut en aucun cas être entièrement soustraite à la compétence de la loi du contrat.

de l'arrêt rendu le 21 juin 1950 dans l'affaire des *Messageries maritimes* (« A propos du Contrat International », J.D.I. 1951. 4, 14). Le détour par l'exception d'ordre public a ensuite été considéré comme inutile, la règle matérielle étant applicable en tant que telle du seul fait que le juge français est saisi : v. p. ex. le commentaire de l'arrêt par MM. Ancel et Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 2^e éd., 1992, p. 190 et s. ; F. Deby-Gérard, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, 1973, n°s 160 et s. ; B. Oppetit, « Le développement des règles matérielles », Trav. Com. fr., Journée du Cinquantenaire (1985), p. 121, 125 : mais v. l'intervention, critique, de M. Lagarde, *ibid.*, p. 135. Sur la question de la compatibilité de la technique des règles matérielles avec la Convention de Rome du 19 juin 1980, v. M.-L. Niboyet-Hoegy, « Contrats internationaux — Principes concurrents du principe d'autonomie », *Juriscl. Int.*, fasc. 552-4, n° 33.

(46) Prenons un exemple : la norme prohibitive étrangère est un acte administratif d'une légalité douteuse (cf. *supra*, n° 178). La jurisprudence des tribunaux du for n'y voit un fait du prince libératoire qu'à condition que le débiteur prouve qu'il ne dispose, à l'encontre de cet acte, d'aucun recours utile ; la loi du contrat considère l'obstacle comme toujours libératoire.

(47) C'est là le résultat que permet d'atteindre l'exception d'ordre public ; cf. aussi la proposition d'une règle matérielle à fonction correctrice par F. Visser, « The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts », R.C.A.D.I. 1974-II. 1, 25 : une règle matérielle faisant partie du droit international privé du for pourrait intervenir dans la mesure où « *the lex contractus does not provide for adequate remedies* ».

SECTION II

LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE L'IMPOSSIBILITÉ
D'EXÉCUTION

337. Si l'applicabilité exclusive de la loi du contrat à la responsabilité contractuelle du débiteur ne peut être contestée (§ 1), il convient de signaler une question particulière, qui fait nécessairement intervenir les conceptions de la loi du for : la question d'une éventuelle condamnation à exécuter le contrat en nature (§ 2).

§ 1. — Impossibilité d'exécution et responsabilité contractuelle du débiteur

338. Seule applicable aux effets du fait du prince sur le rapport contractuel (1), la loi du contrat régira notamment la répartition des risques entre les parties. Il lui appartiendra de déterminer, par exemple, si le débiteur est responsable des conséquences d'un événement dont la survenance était prévisible au moment de la conclusion du contrat (2).

De même, la loi applicable à un dépôt bancaire déterminera les conséquences juridiques de la confiscation des avoirs de l'établissement bancaire sur l'obligation de remboursement du banquier ; la question présente un intérêt pratique essentiellement dans l'hypothèse où le dépôt a été effectué auprès d'une succursale étrangère d'une banque établie sur le territoire du for (3). Elle s'est posée aux juridictions américaines après l'expropriation des succursales sud-vietnamiennes de banques américaines : les banques se défendaient en invoquant — outre la théorie, omniprésente, de l'*Act of State* — la notion de « force majeure » au sens du droit vietnamien des obligations. Le droit vietnamien étant applicable aux contrats de dépôt, les tribunaux se sont référés à la règle spécifique de répartition des risques de l'article 1206 du Code de commerce vietnamien : le déposant supporte les risques des cas de « force majeure » survenus avant que le dépositaire n'ait été mis en demeure de restituer. Tout en acceptant d'appliquer cette règle relative aux risques, les tribunaux ont constaté que ses conditions d'application n'étaient, en fait, pas remplies : il n'y a pas de « force majeure » lorsqu'il reste possible au banquier de

payer à partir de ses avoirs aux Etats-Unis ; l'expropriation n'a donc pas constitué un cas de « force majeure » et la règle de répartition des risques de l'article 1206 du Code vietnamien ne joue pas, le risque devant rester à la charge du débiteur (4).

Le juge français, quant à lui, sera donc amené à appliquer les règles étrangères de répartition des risques, alors même qu'elles diffèrent de celles du droit français. Ces règles pourraient certes heurter l'ordre public si elles étaient discriminatoires, ce qui serait le cas de la loi d'un Etat mettant systématiquement les risques du fait du prince à la charge des ressortissants étrangers, cocontractants de ses nationaux (5). Mais en dehors de cette situation exceptionnelle, la répartition des risques étrangère devrait être reconnue même lorsqu'elle aboutit à refuser au débiteur une exonération à laquelle il aurait eu droit par application de la loi du for. Comme la répartition légale des risques entre contractants n'est en droit français même pas d'ordre public interne — les parties pouvant y déroger et stipuler notamment que le débiteur est garant des cas fortuits (6) — elle ne relève certainement pas de l'ordre public international. Il s'ensuit qu'il n'y a aucune raison d'opposer l'ordre public à une règle légale étrangère dont le contenu ne diffère pas d'une répartition des risques que les parties auraient pu adopter conventionnellement (7).

Il appartiendra encore à la loi du contrat de dire si l'impossibilité d'exécuter le contrat au lieu d'exécution convenu, définitivement constatée, met irrémédiablement fin au contrat, ou si un transfert du lieu d'exécution peut être imposé au débiteur (8). Nous avons vu (9) que c'est là un argument qui a été invoqué, en doctrine anglaise, pour démontrer que les effets sur le contrat de l'illégalité *lege loci solutionis* ne

(4) *Trinh v. Citibank, N.A.*, 850 F.2d 1164, 1170 (6th Cir. 1988). L'arrêt relève que même abstraction faite du droit vietnamien, « *this is precisely where the risk of loss belongs* » (p. 1165) — soulignant ainsi la concordance des solutions de la loi du contrat et de la loi du for (cf. les références de jurisprudence américaine p. 1168-1169). V. aussi, dans une affaire analogue, *Vishipco Line v. Chase Manhattan Bank, N.A.*, 660 F.2d 854, 863-864 (2d Cir. 1981).

(5) On songera à l'exemple de la loi irakienne n° 57 de 1990, citée *supra*, n° 26, note 46 ; pour sa contrariété à l'ordre public international, qui « ne devrait ... pas faire de doute », v. B. Grelon et Ch.-E. Gudin, « Contrats et crise du Golfe », J.D.I. 1991. 633, 662 ; v. aussi G. Burdeau, « Les conséquences de la crise du Golfe sur les relations économiques privées » in *Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe* (Cahiers du CEDIN, n° 6), 1991, p. 415, 460-461.

(6) cf. H. L. et J. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. II, 6^e éd., 1970, n° 1621.

(7) Comp. toutefois OLG Hambourg 26 janvier 1989, RIW 1991. 152, rendu à propos de la demande d'exequatur d'une sentence arbitrale anglaise qui avait retenu la responsabilité contractuelle du vendeur d'une cargaison de farine de soja américaine malgré l'embargo, puis le système de quotas décrétés par les Etats-Unis en 1973 : l'arrêt ne rejette le moyen tiré de la violation de l'ordre public international qu'au motif que les arbitres, loin de « mettre à la charge du vendeur toutes les conséquences de l'embargo », s'étaient fondés sur le fait que le vendeur disposait de stocks suffisants pour exécuter son contrat malgré l'embargo (p. 154). La réserve de l'ordre public vise en l'espèce à protéger le débiteur contre une application arbitraire de clauses contractuelles par une sentence ; elle ne pourrait pas, nous semble-t-il, être invoquée à l'encontre d'une règle légale dont le jeu était prévisible dès le moment de la conclusion du contrat.

(8) Sur cette question, et sur l'attitude — non unanime — des tribunaux à son égard, v. *supra*, n° 201.

(9) *Supra*, n° 40.

(1) V. *supra*, n° 332.

(2) cf. *supra*, n° 204, les solutions en partie divergentes du droit français et du droit anglais.

(3) cf. la jurisprudence citée *supra*, n° 192.

relèvent pas d'une règle de conflit anglaise, mais d'une règle de droit matériel : si la solution du droit (interne) anglais consiste à constater la *frustration* du contrat dès qu'il se heurte à une norme prohibitive étrangère, la solution du droit allemand aurait été d'imposer, au nom du principe de la bonne foi contractuelle, au débiteur d'exécuter son obligation ailleurs. Le juge anglais, saisi d'un différend contractuel soumis au droit allemand, devrait respecter cette solution ; et il ne peut le faire qu'en considérant qu'il s'agit d'une question de droit matériel, relevant de la loi du contrat.

339. Une question particulière mérite d'être signalée, puisque la compétence de la *lex contractus* s'impose à son propos avec moins d'évidence — même si elle peut, à notre avis, en définitive être retenue. Il s'agit de la question de savoir si et sous quelles conditions un organisme étatique, cocontractant d'une entreprise étrangère, peut s'exonérer de sa responsabilité contractuelle en invoquant le fait des autorités de son propre pays. La question a donné lieu, comme nous l'avons vu, à des solutions en partie très divergentes dans la jurisprudence de différents pays (10) ; le conflit de lois est donc susceptible, dans ce domaine, de présenter un intérêt très réel (11). Il fait intervenir, outre la loi du contrat, la loi de l'Etat étranger ayant conféré la personnalité juridique à l'organisme étatique — la *lex societatis* au sens large — et la loi du for.

1° La référence à la loi de l'Etat étranger dont relève l'organisme ne peut avoir qu'une portée limitée. Sa consultation est certes indispensable pour savoir si l'organisme bénéficie ou ne bénéficie pas d'une personnalité juridique distincte de celle de l'Etat lui-même (12) ; on peut encore admettre que l'existence même de la personnalité juridique distincte de l'organisme étatique doit être reconnue par le juge du for à la seule condition qu'elle soit affirmée par le droit étranger (13). Mais la compétence de la loi étrangère, applicable à l'organisation des différents services de l'Etat étranger et à leur personnification éventuelle, s'arrête là : il ne s'ensuit pas que c'est en vertu du seul droit étranger que le juge doit décider sous quelles conditions cette autonomie juridique peut être déclarée inopposable aux cocontractants de l'organisme.

La solution s'impose d'autant plus que la distinction formelle entre l'Etat-puissance publique et les organismes chargés du commerce extérieur de l'Etat est une source potentielle d'abus qu'il s'agit de corriger ; l'attribution, pour la

(10) *Supra*, n°s 218 et s.

(11) Il en va de même, au demeurant, de la question plus générale de la loi applicable à la « transparence de la personnalité morale », du « *lifting the corporate veil* » ou du « *Durchgriff* » : v. P. Behrens, « Der Durchgriff über die Grenze », *RebelsZ* 1982, 308 ; F. Rigaux, « Les créanciers et la faillite à l'intérieur d'un groupe transnational de sociétés » in *Les créanciers et le droit de la faillite* (publié par la Commission Droit et vie des affaires de la Faculté de droit de Liège), Bruxelles, 1983, p. 559, 575-581 ; Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, 1991, n°s 410 et s.

(12) Civ. 1^{re} 20 mars 1989, Rev. arb. 1989, 653, 1^{re} esp., note Fouchard, cité *supra*, n° 220, note 113 : la question relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond — précisément parce qu'elle suppose la recherche et l'interprétation du contenu d'une loi étrangère.

(13) cf. J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, t. II, 2^e éd., 1951, n° 795 ; Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, t. I, 8^e éd., 1993, n° 190-1.

correction de ces abus, d'une compétence exclusive à la loi de l'Etat étranger intéressé ne peut dès lors certainement pas être un principe général de solution. La question a été discutée devant la Cour suprême des Etats-Unis dans une affaire opposant une banque américaine, victime d'une nationalisation cubaine jugée contraire au droit international, à une émanation de l'Etat cubain qui détenait une créance à son encontre ; il s'agissait de savoir si la banque pouvait invoquer la compensation avec sa créance d'indemnisation à l'égard de l'Etat nationalisateur ; l'organisme cubain ayant fait plaider qu'en vertu des règles de conflit généralement reconnues en matière de personnalité morale, seul le droit cubain peut déterminer « si l'émanation (*instrumentality*) peut être déclarée responsable des actes du souverain », la Cour Suprême lui répond sur le terrain qu'elle a choisi — celui des conflits des lois —, tout en élargissant le débat :

« We cannot agree. As a general matter, the law of the state of incorporation normally determines issues relating to the *internal* affairs of a corporation ... Different conflicts principles apply, however, where the rights of third parties *external* to the corporation are at issue ... To give conclusive effect to the law of the chartering state in determining whether the separate juridical status of its instrumentality should be respected would permit the state to violate with impunity international law while effectively insulating itself from liability in foreign courts. We decline to permit such a result » (14).

2° La question serait-elle alors régie directement par la loi du for en tant que telle, à laquelle il appartiendrait de déterminer quand le juge du for peut intervenir pour corriger les abus qu'il constate ? L'idée n'est certainement pas dépourvue d'intérêt, d'autant plus qu'elle paraît avoir inspiré du moins partiellement l'arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis que nous venons de citer (15), et qu'elle peut se justifier par trois analyses différentes.

La première de ces analyses, proposée à propos du problème général de la « transparence de la personnalité juridique » ou de la « levée du voile », a été développée par Ehrenzweig — un auteur disposé, par principe, à réserver à la loi du for un champ d'application aussi large que raisonnablement possible. Selon lui, la théorie de la « levée du voile », fortement teintée de considérations d'équité et de justice individuelle, est un exemple-type de « *datum moral* » (*moral datum*) qui ne peut être apprécié que conformément aux conceptions de la loi du for, même lorsqu'une loi étrangère est par ailleurs applicable à la situation (16). Ehrenzweig, il est vrai, n'a jamais eu l'ambition d'exprimer le point de vue officiellement adopté par le droit positif — même s'il estimait, sans doute à juste titre, que le rôle important qu'il réservait à la *lex fori* correspondait à la pratique judiciaire réelle.

(14) *First National City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611, 621-622 (1983) (Les citations, notamment du second *Restatement* des conflits de lois, n'ont pas été reproduites).

(15) La Cour a estimé en effet (p. 622-623) qu'il convenait d'appliquer, à la question, des principes communs au droit fédéral américain et au droit international public, applicable à la demande d'indemnisation de la banque américaine — la source de ces principes étant d'un côté la jurisprudence fédérale en matière de sociétés de capitaux contrôlées par un actionnaire dominant (p. 629-630) et, de l'autre côté, la jurisprudence *Barcelona Traction* de la Cour internationale de justice (p. 628, note 20).

(16) Sur la théorie des *moral data*, cf. *supra*, n° 247, note 36, et pour son application à la « levée de voile », « *where equity and justice cannot permit the interposition of the legal defense of incorporation* », v. Ehrenzweig, *Private International Law*, Leyden/Dobbs Ferry, 1967, p. 78-79.

Une deuxième analyse — elle aussi d'une portée générale — aboutit au même résultat que la théorie d'Ehrenzweig, mais par un moyen plus classique : selon cette analyse, c'est l'ordre public international du for qui s'oppose, dans certains cas, à la reconnaissance des effets de la personnalité juridique conférée à une entité par la *lex societatis* étrangère ; dans ce cas, la « levée du voile » aura lieu conformément aux critères de la loi du for (17).

Une troisième analyse, proposée par M. Pierre Mayer pour le cas spécifique du fait du prince invoqué par des organismes étatiques cocontractants d'entreprises étrangères, fait appel à des considérations proches de l'exception d'ordre public — mais qui interviennent, cette fois-ci, à l'encontre du jeu des règles générales de la *lex contractus* : « Le refus de l'effet exonératoire de la force majeure, lorsqu'il se produit, est l'effet d'un principe de droit transnational, et non d'une interprétation de la *lex contractus* ou du contrat, car les notions d'irrésistibilité ou d'extériorité ne sont pas remises en cause. Le principe paralyse globalement le jeu de la force majeure (dont les conditions sont par ailleurs supposées remplies), afin de protéger l'entreprise en sanctionnant l'Etat. Sur le plan de la technique du conflit des lois, on peut proposer l'analyse suivante : la règle matérielle sur la force majeure, désignée par la règle de conflit de lois, est tenue en échec par un principe de droit transnational, qui prend la forme d'une règle de droit international privé matériel » (18).

D'une manière ou d'une autre et au-delà des différences techniques, chacune de ces analyses estime applicable ce qu'Ehrenzweig appelait la *lex aequitatis fori* (19), appelée à définir un standard minimum de comportement dont la méconnaissance doit être sanctionnée conformément aux conceptions de la loi du for — que sa source formelle soit le droit matériel du for en tant que tel, l'exception d'ordre public avec substitution de la loi du for à la loi étrangère évincée, ou une règle matérielle de droit international privé (20).

3^o L'appel à la loi du for prend, nous semble-t-il, toute sa valeur si la loi du contrat elle-même n'offre pas de solution satisfaisante au conflit entre formes juridiques et réalités économiques et aboutit à reconnaître ce que le juge du for considère comme un abus flagrant ; l'intervention de l'ordre public constitue, dans ce cas, un correctif adéquat. Mais abstraction faite de cette hypothèse pessimiste, la compétence de la loi du contrat se justifie parfaitement. On peut estimer — idée à laquelle M. Mayer, nous l'avons vu, est hostile — que ce qui est en cause est précisément le contenu exact, dans une situation particulière, de la notion

(17) cf. les références de doctrine allemande citées par H. Bernstein, « Durchgriff bei juristischen Personen, insbesondere Gesellschaften in Staatshand », *Festschrift Konrad Zweigert*, Tübingen, 1981, p. 37, 49-50.

(18) « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *J.D.I.* 1986, 5, 76.

(19) cf. Ehrenzweig, « The Lex Aequitatis Fori : The Moral Datum », article publié in *Akrothina Vallindas*, 1966 (cité par E. Jayme, *Gedächtnisschrift Ehrenzweig*, p. 39).

(20) Etant observé, en ce qui concerne la règle matérielle de droit international privé formulée par M. Mayer, que la règle matérielle ne ferait pas partie d'une *lex fori* étatique, mais des principes qui en tiennent lieu pour l'arbitre transnational.

d'extériorité de la force majeure ; la compétence de la loi du contrat, applicable à l'interprétation de cette notion, s'impose alors tout naturellement (21). On peut estimer aussi — et c'est l'idée que nous retiendrons en définitive — qu'il convient de partir de l'idée que le refus exceptionnel de l'exonération des organismes étatiques par le fait du prince n'est qu'une application du principe de la bonne foi entre contractants : l'exonération ne devrait être refusée à l'organisme que si l'acte étatique invoqué visait, abusivement, à le soustraire à ses obligations contractuelles (22). Or un manquement à la loyauté contractuelle doit être sanctionné conformément à la loi du contrat sous réserve, le cas échéant, de l'ordre public international.

C'est là la solution adoptée par la sentence rendue par un tribunal arbitral *ad hoc* le 9 septembre 1983, dont nous avons déjà eu l'occasion de signaler la motivation remarquablement claire (23) : lorsque le contrat entre une entreprise étatique polonaise et une entreprise allemande est soumis au droit suisse, c'est certes au droit polonais qu'il appartient de résoudre la question préalable de l'existence même d'une personnalité juridique distincte de l'organisme étatique ; mais l'effet de la distinction des personnalités juridiques sur un contrat suisse relève du droit suisse, seul applicable à la question de la force majeure — et, surtout, à la question de savoir « sous quelles conditions l'exception de force majeure n'est pas invoquée de bonne foi et est dès lors inopérante » (24).

§ 2. — Impossibilité d'exécution et condamnation du débiteur à exécuter le contrat en nature

340. Il reste à signaler une dernière question, dont la solution pratique n'est pas douteuse mais qui présente l'intérêt d'illustrer le rôle que joue la loi du for dans la sanction judiciaire de droits résultant de la *lex contractus* : selon quelle loi convient-il de déterminer si, malgré le conflit avec une norme prohibitive étrangère, le débiteur peut être condamné à exécuter son contrat en nature ?

En matière d'exécution forcée des obligations, deux conceptions fondamentales s'opposent. Celle, d'abord, qui a traditionnellement été adoptée par le droit anglais : l'exécution en nature (*specific performance*) est considérée comme un « remède »

(21) V. en ce sens B. Khadjavi-Gontard/R. Hausmann, « Haftungsdurchgriff auf ausländische Staaten », *RIW* 1983, 1, 6.

(22) cf. *supra*, n° 223.

(23) *Y.B.C.A.* 12 (1987) 63, citée *supra*, n° 223.

(24) p. 65-66 ; v. aussi p. 72. — Pour se convaincre de l'utilité d'une référence à la *lex contractus*, il suffit de prendre l'exemple suivant : le même contrat, soumis au droit suisse, fait l'objet d'un litige devant les tribunaux anglais ; la *lex fori* anglaise s'arrêterait, comme nous l'avons vu, à la personnalité juridique séparée de l'organisme polonais et admettrait l'exception de force majeure (cf. *supra*, n° 222, en particulier l'affaire *Rolimpep*) ; mais le juge anglais devrait néanmoins donner effet au principe de la bonne foi contractuelle telle qu'elle est entendue en droit suisse et estimer que ce principe — qui fait partie de la *lex contractus* — interdit, en l'espèce, à l'entreprise contractante polonaise d'invoquer le fait du prince.

(remedy) d'ordre procédural ; elle ne peut être envisagée comme un droit substantiel du créancier, indépendamment du procès dans le cadre duquel le juge l'ordonne. Cette qualification procédurale est si forte que l'application exclusive de la *lex fori*, préconisée pour tous les *remedies* (25), s'impose également à propos de l'exécution forcée du contrat. Quels que soient les droits du créancier selon la loi applicable à la substance de l'obligation, seul le droit anglais déterminera les conditions dans lesquelles l'exécution forcée peut être ordonnée (26). Cette conception concorde d'ailleurs parfaitement avec l'idée, reçue en droit interne anglais, selon laquelle l'exécution en nature n'est pas de droit, mais doit être demandée au juge, qui dispose à son égard d'un pouvoir d'appréciation (*discretion*) (27). En cas de conflit avec une norme prohibitive du lieu d'exécution de l'obligation, il s'ensuit — par application des précédents anglais encadrant l'exercice de ce pouvoir d'appréciation — que l'exécution en nature ne sera pas ordonnée (28). Le contenu de la loi du contrat est, dans cette conception, sans importance.

Il en va autrement dans la conception traditionnellement défendue par la doctrine française : celle-ci admet certes que les moyens de pression à la disposition du juge — l'astreinte, en droit français — relèvent de la loi du for (29), mais estime que le droit à l'exécution en nature est un droit substantiel du créancier, régi par la loi du contrat (30).

Pourtant, les auteurs reconnaissent qu'une consultation de la loi du lieu d'exécution a son utilité. Indubitablement, l'exécution en nature « ne sera possible en fait que si la loi du lieu d'exécution le permet » (31). La formule, qui implique la prise en considération de la loi du lieu d'exécution comme simple *datum* (pour voir si l'exécution est « possible en fait »), nous semble absolument exacte ; elle est préférable, en tout cas, à l'opinion selon laquelle l'« exécution en nature n'est évidemment possible que si la loi du lieu d'exécution elle-même le prévoit » (32), ou selon laquelle il faudrait exclure l'exécution en nature si la *lex loci solutionis* « considère que l'activité requise du débiteur est de celles dont l'exécution forcée est impossible » (33). Ce faisant, on aboutit à l'application cumulative de la loi du

(25) Dicey and Morris *on the Conflict of Laws*, 12^e éd., t. I, Londres, 1993, p. 171-172 (qui réservent toutefois l'incidence de la Convention de Rome du 19 juin 1980 : cf. *infra*, n° 341 et note 35) ; Halsbury, 4^e éd., vol. viii, *Conflict of Laws*, n° 779 ; *Boys v. Chaplin* [1971] A.C. 356, 394, per Lord Pearson ; pour une critique, du point de vue français, v. M.-L. Niboyet-Hoegy, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, 1986, n°s 530 et s.

(26) Halsbury, *loc. cit.* ; *Baschet v. London Illustrated Standard Co.* [1900] 1 Ch. 73.

(27) cf. *supra*, n° 202.

(28) *ibid.*

(29) cf. A. Huet, « Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux — Domaine de la *lex fori* : jugement et voies d'exécution », *Juriscl. Int.*, fasc. 582-3, n°s 36 et s. ; T.G.I. Seine 22 juin 1967, R. 1969. 474, note Loussouarn.

(30) cf. H. Batiffol, *Rép. Dalloz Droit International*, v° *Contrats et conventions*, n° 137 et, surtout, *Les conflits de lois en matière de contrats*, 1938, n° 497.

(31) Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, 7^e éd., t. II, 1983, n° 607.

(32) R. Dayant, « Contrats — Théorie générale (Domaine de la loi d'autonomie) », *Juriscl. Int.*, fasc. 552-E (éd. 1960), n° 57.

(33) P. Mayer, *Droit international privé*, 4^e éd., 1991, n° 741.

contrat et de celle du lieu d'exécution (34) — ce qui ne se justifie pas, puisque la loi du lieu d'exécution n'est *applicable*, en tant que telle, ni aux prérogatives du créancier, ni aux pouvoirs du juge. Elle doit simplement être prise en considération pour constater si l'exécution en nature ne se heurte pas à une règle de conduite contraignante. On peut admettre, certes, que le juge pose la règle générale — indépendante du contenu de la *lex contractus* — que l'exécution en nature n'est « possible en fait » qu'à condition que la loi locale la permette, et qu'une impossibilité d'exécution résultant des prohibitions locales doit être respectée ; mais cette règle, applicable cumulativement avec les conditions de l'exécution forcée résultant de la loi du contrat, est une règle de procédure : elle définit les limites du pouvoir d'injonction du juge du for.

341. Cette dernière analyse a l'avantage d'être compatible avec les termes de l'article 10, alinéa 1^{er}, c) de la Convention de Rome du 19 juin 1980 : « La loi applicable au contrat ... régit notamment ... b) l'exécution des obligations qu'il engendre ; c) dans les limites des pouvoirs attribués au tribunal par sa loi de procédure, les conséquences de l'inexécution totale ou partielle de ces obligations ... ». Considéré comme applicable à la question de l'exécution en nature (35), ce texte ne prévoit ou réserve nullement l'application proprement dite de la loi du lieu d'exécution ; rien ne s'oppose cependant à ce que les prohibitions de cette loi soient prises en considération dans le cadre de l'application de la loi du contrat, ou de la « loi de procédure ».

De préférence, l'application des deux lois aboutira au même résultat : l'impossibilité d'ordonner l'exécution d'un acte contraire aux règles de conduite du lieu d'exécution.

(34) cf. H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, n° 498, qui s'exprime en faveur de cette solution. Pour M. Mayer (*loc. cit.*), « la loi du lieu d'exécution concurrence la *lex contractus* ».

(35) cf. J. Foyer, « Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *J.D.I.* 1991. 601, 622 ; Dicey and Morris, *op. cit.*, vol. I, p. 172 ; vol. II, p. 1264.

CONCLUSION

342. Ce que l'on peut retenir, en définitive, de ces recherches sur le fait du prince étranger en tant que phénomène de droit matériel est peut-être ceci.

Les interventions étatiques dans l'exécution d'une obligation constituent une réalité dont les opérateurs du commerce international doivent s'accommoder. Il en va de même de leurs juges, qui sont appelés à construire un ensemble de solutions appropriées à la diversité des situations dont ils peuvent être saisis — diversité qui tient non seulement à la nature des obligations et interventions étatiques qui peuvent être en cause, mais encore à l'attitude et au comportement que les parties peuvent avoir adoptés face à une situation de contrainte. Comme nous l'avons vu en examinant les différentes situations envisageables, ces solutions existent ; elles ont été l'oeuvre des tribunaux ; dans leur variété même, elles se révèlent remarquablement adaptées aux circonstances (1). Une considération, spontanément adoptée depuis toujours par les tribunaux, leur sert de fondement : une intervention étatique contraignante, même lorsqu'elle émane d'un Etat étranger dont la loi n'est pas déclarée applicable au litige, est toujours un élément que le juge doit prendre en considération ; l'intérêt des parties confrontées à la contrainte étatique, et parfois le respect dû à la souveraineté de l'Etat étranger lui-même, l'exigent. Lorsqu'une norme prohibitive étrangère empêche l'exécution d'une obligation, il faut en tenir compte, de même que l'on tiendrait compte de toute autre cause d'impossibilité d'exécution. C'est ainsi que des normes étrangères — prenant, selon l'expression de Bartin, « la physionomie et la valeur de faits » — pourront produire les effets d'un cas de force majeure. Vus sous cet angle, les phénomènes de contrainte étatique, quel que soit leur arrière-plan politique, deviennent susceptibles d'une approche raisonnée, par référence à des règles de droit matériel appropriées au règlement de situations individuelles.

(1) Il paraît inutile de vouloir résumer ici, en quelques lignes, toutes ces solutions ; l'exercice en viendrait à ressembler à cette encyclopédie chinoise intitulée *Le marché céleste des connaissances bénévoles*, citée (ou inventée) par Borges dans l'une de ses *Enquêtes* (Gallimard, coll. « Du monde entier », p. 144) : « Dans les pages lointaines de ce livre, il est écrit que les animaux se divisent en a) appartenant à l'Empereur, b) embaumés, c) apprivoisés, d) cochons de lait, e) sirènes, f) fabuleux, g) chiens en liberté, h) inclus dans la présente classification, i) qui s'agitent comme des fous, j) innombrables, k) dessinés avec un très fin pinceau de poil de chameau, l) et cætera, m) qui viennent de casser la cruche, n) qui de loin semblent des mouches ».

343. L'effet libératoire du fait du prince étranger est une illustration d'un mécanisme particulier, celui de la prise en considération de normes étrangères dans le cadre de l'application, par les tribunaux, des « clauses générales » du droit matériel applicable. Ce mécanisme fait certes partie du système de droit international privé (au sens large) du for, mais il ne s'identifie ni à la technique des conflits de lois, ni à la technique des conflits de juridictions. Il convient d'en affirmer la cohérence méthodologique ; nous avons cru pouvoir expliquer cette cohérence à travers la théorie des *data*, qui a été développée par Currie et Ehrenzweig dans le cadre de méthodes très personnelles de solution des questions de droit international privé, mais dont les enseignements nous paraissent avoir une valeur propre, détachable de ces méthodes. La notion de *local datum*, l'idée de référence aux lois étrangères « par non-choix » et la distinction entre règles de décision et règles de conduite nous ont paru justifier l'approche adoptée par les tribunaux dans la prise en considération des lois étrangères.

En somme, le mécanisme de la prise en considération permet, nous avons eu l'occasion de le constater, de tenir compte des liens qu'une situation juridique internationale entretient avec un Etat autre que celui dont la loi est déclarée applicable : certaines normes étrangères, tout en étant considérées comme inapplicables par la règle de conflit du for, possèdent néanmoins une vocation à être prises en considération en vue d'une juste appréciation de la situation dont le juge est saisi (2). Il est inexact de ne concevoir l'intervention des lois étrangères dans un litige international qu'à travers la détermination de la loi applicable.

(2) On peut lire, dans l'introduction du *Traité pratique de droit international privé* de Pillet (t. I, 1923, p. 7), que la science des conflits de lois « apprend ... à faire un choix entre les lois en présence, cherche et trouve les raisons pour lesquelles, parmi ces lois, l'une doit être retenue et les autres rejetées. Elle accomplit là une besogne indispensable ». Indispensable peut-être ; mais parfois insuffisante.

TABLE DES DÉCISIONS CITÉES

(Les chiffres renvoient aux numéros)

- I. — Juridictions internationales, arbitrage interétatique et organismes administratifs internationaux
- II. — Juridictions nationales et organismes administratifs nationaux
- III. — Arbitrage commercial international

I.

Cour Permanente d'Arbitrage

Sentence du 6 mai 1913, *affaire du « Carthage »*, R.S.A. XI. 449 : 184.

Cour Permanente de Justice Internationale

Avis consultatif n° 4 du 7 février 1923, *affaire des décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc*, Série B, n° 4 : 295.

Arrêt du 7 septembre 1927, *affaire du « Lotus »*, Série A, n° 10 : 114, 115, 116, 118, 183, 184.

Cour Internationale de Justice

Arrêt du 21 mars 1959, *affaire de l'Interhandel (exceptions préliminaires)*, Rec., p. 3 : 98.

Arrêt du 20 février 1969, *affaire du Plateau continental de la Mer du Nord*, Rec., p. 3 : 119.

Arrêt du 5 février 1970, *affaire de la « Barcelona Traction »*, Rec., p. 3 : 113, 221, 223, 339.

Avis consultatif du 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, Rec., p. 16 : 186.

Arrêt du 27 juin 1986, *affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (arrêt sur le fond)*, Rec., p. 13 : 122.

Arrêt du 20 juillet 1989, *affaire de l'Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Rec., p. 15 : 151, 249.

Cour Européenne des Droits de l'Homme

Arrêt du 21 février 1984, *Öztürk*, Série A, n° 73 : 148.

Arrêt du 25 février 1993, *Funke*, Série A, n° 256-A : 83.

Commission Européenne des Droits de l'Homme

Rapport du 30 mai 1991, *Stenuit*, n° 11598/85 : 148.

Rapport du 13 octobre 1992, *K.*, n° 16002/90 : 83.

Cour de Justice des Communautés Européennes

Arrêt du 4 février 1965, *Albatros/Sopéco*, aff. 20/64, Rec., p. 1 : 172, 260.

Arrêt du 11 juillet 1968, *Schwarzwaldmilch*, aff. 4/68, Rec., p. 550 : 71.

Arrêt du 10 décembre 1969, *Commission/France*, aff. jointes 6 et 11/69, Rec., p. 523 : 295.

Arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec., p. 1125 : 71.

Arrêt du 25 novembre 1971, *Béguelin*, aff. 22/71, Rec., p. 949 : 78.

Arrêt du 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries*, aff. 48/69, Rec., p. 619 : 78, 221.

Arrêt du 21 février 1973, *Continental Can*, aff. 6/72, Rec., p. 215 : 78.

Arrêt du 6 mars 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano*, aff. 6 et 7/73, Rec., p. 223 : 221.

Arrêt du 16 décembre 1975, *Suiker Unie*, aff. 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73, Rec., p. 1663 : 161.

Arrêt du 30 novembre 1976, *Bier B.V./Mines de Potasse d'Alsace S.A.*, aff. 21/76, Rec., p. 1735 : 115.

Arrêt du 16 novembre 1977, *Inmo/ATAB*, aff. 13/77, Rec., p. 2115 : 160.

Arrêt du 29 juin 1978, *B.P.*, aff. 77/77, Rec., p. 1513 : 79.

Arrêt du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission*, aff. 85/76, Rec., p. 461 : 266.

Arrêt du 11 mars 1980, *Foglia/Novello*, aff. 104/79, Rec., p. 745 : 267.

Arrêt du 29 octobre 1980, *Van Landewyck*, aff. 209 à 215 et 218/78, Rec., p. 3125 : 161.

Arrêt du 16 décembre 1981, *Foglia/Novello*, aff. 244/80, Rec., p. 3045 : 267.

Arrêt du 22 mars 1983, *Martin Peters/ZNAV*, aff. 34/82, Rec., p. 987 : 60.

Arrêt du 14 décembre 1983, *Société de vente de ciments et bétons de l'Est/Kerpen & Kerpen*, aff. 319/82, Rec., p. 4173 : 313.

Arrêt du 17 janvier 1984, *VBVB et VBBB*, aff. jointes 43 et 63/82, Rec., p. 19 : 160.

Arrêt du 10 janvier 1985, *Leclerc/Au Blé Vert*, aff. 229/83, Rec., p. 1 : 160, 161.

Arrêt du 29 janvier 1985, *Cullet/Leclerc*, aff. 231/83, Rec., p. 305 : 160, 161.

Arrêt du 3 octobre 1985, *CBEM/CLT et IPB*, aff. 311/84, Rec., p. 3261 : 161.

Arrêt du 7 novembre 1985, *Adams/Commission*, aff. 145/83, Rec., p. 3539 : 266.

Arrêt du 7 novembre 1985, *Adams/Commission*, aff. 53/84, Rec., p. 3596 : 266, 284.

Arrêt du 10 décembre 1985, *NSO*, aff. 260/82, Rec., p. 3801 : 161.

Arrêt du 10 décembre 1985, *Stichting Sigaretenindustrie*, aff. 240-242, 261, 262, 268, 269/82, Rec., p. 3831 : 161.

Arrêt du 18 février 1986, *Bulk Oil (Zug) A.G./Sun International Ltd.*, aff. 174/84, Rec., p. 559 : 230.

Arrêt du 30 avril 1986, *Asjes*, aff. 209-213/84, Rec., p. 1425 : 160.

Arrêt du 18 décembre 1986, *VAG France/Magne*, aff. 10/86, Rec., p. 4071 : 313.

Arrêt du 1^{er} octobre 1987, *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus*, aff. 311/85, Rec., p. 3801 : 160.

Arrêt du 18 novembre 1987, *Maizena/BALM*, aff. 137/85, Rec., p. 4587 : 148.

Arrêt du 3 décembre 1987, *BNIC/Aubert*, aff. 136/86, Rec., p. 4789 : 160.

Arrêt du 21 septembre 1988, *Van Eycke/ASP*, aff. 267/86, Rec., p. 4769 : 160.

Arrêt du 27 septembre 1988, *Ahlström*, aff. 89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85, Rec., p. 5193 : 74, 78, 79, 121, 124, 144.

Arrêt du 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen*, aff. 66/86, Rec., p. 803 : 160.

Arrêt du 18 octobre 1989, *Orkem*, aff. 374/87, Rec. p. 3283 : 83.

Arrêt du 23 novembre 1989, *Kommanditgesellschaft 4711/Provide*, aff. 150/88, Rec., p. 3909 : 260.

Arrêt du 5 décembre 1989, *Commission/Italie*, aff. C-3/88, Rec., p. 4035 : 216.

Arrêt du 27 mars 1990, *Grifoni/Commission*, aff. C-308/87, Rec., p. I-1203 : 261.

Arrêt du 22 mai 1990, *Alimenta/Doux*, aff. C-332/88, Rec., p. I-2077 : 260.

Arrêt du 12 juillet 1990, *Foster/British Gas plc*, aff. C-188/89, Rec., p. I-3313 : 224.

Arrêt du 24 janvier 1991, *Alsthom Atlantique/Compagnie de Construction Mécanique Sulzer*, aff. C-339/89, Rec., p. I-107 : 160, 304.

Arrêt du 10 mars 1992, *Powell Duffryn plc/Petereit*, aff. C-214/89, Rec., p. I-1745 : 60.

Arrêt du 9 juin 1992, *Etablissements Delhaize Frères et Compagnie Le Lion/Promalvin*, aff. C-47/90, Rec., p. I-3669 : 178.

Arrêt du 18 mars 1993, *Firma Molkerei-Zentrale Süd/BALM*, aff. C-50/92, Rec., p. I-1035 : 71.

Arrêt du 13 octobre 1993, *An Bord Bainne Co-operative et Inter-Agra/Intervention Board for Agricultural Produce*, aff. C-124/92 : 71, 205.

Arrêt du 10 novembre 1993, *Otto BV/Postbank NV*, aff. C-60/92 : 83.

Arrêt du 17 novembre 1993, *Meng*, aff. C-2/91 : 160.

Arrêt du 17 novembre 1993, *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr/Gebrüder Reiff*, aff. C-185/91 : 160.

Arrêt du 17 novembre 1993, *Ohra*, aff. C-245/91 : 160.

Arrêt du 7 décembre 1993, *Huygen*, aff. C-12/92 : 71.

Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes

Arrêt du 18 novembre 1992, *Rendo N.V.*, aff. T-16/91, Rec., p. II-2417 : 161.

Arrêt du 29 juin 1993, *Asia Motor France*, aff. T-7/92, Rec., p. II-669 : 161.

Commission des Communautés Européennes

Avis relatif à l'importation de produits japonais dans la Communauté tombant sous l'application du traité de Rome, J.O.C.E. du 21 octobre 1972, N° C 111, p. 13 : 78.

Décision du 29 novembre 1974, *Roulements à billes*, J.O.C.E. du 21 décembre 1974, N° L 343, p. 19 : 79, 161.

Décision du 6 août 1984, *Zinc Producer Group*, J.O.C.E. du 17 août 1984, N° L 220, p. 27 : 161.

Décision du 19 décembre 1984, *Importations d'aluminium d'Europe de l'Est*, J.O.C.E. du 30 août 1985, N° L 92, p. 1 : 161.

Décision du 10 juillet 1985, *Régime des frets fluviaux en France : cotisation EATE*, J.O.C.E. du 17 août 1985, N° L 219, p. 315 : 161.

Décision du 1^{er} avril 1992, *Comités armatoriaux franco-ouest-africains*, J.O.C.E. du 18 mai 1992, N° L 134, p. 1 : 79, 212.

Décision du 23 décembre 1992, *Conférence maritime Cewal*, J.O.C.E. du 10 février 1993, N° L 34, p. 20 : 79.

Décision du 30 juin 1993, *CNSD*, J.O.C.E. du 13 août 1993, N° L 203, p. 27 : 161.

II.

Afrique du Sud

Cargo Motor Corp. v. Tofalos Transport Ltd., 1972 (1) S.A. 186 (W.) : 42, 172.
 Parents' Committee of Namibia v. Nujoma, 1990 (1) S.A. 873 (S.W.A.) : 116.

Allemagne

OLG Marienwerder 14 octobre 1892, Seuff. Arch. 48 (1893) 313 : 25.
 RG 20 janvier 1894, RGZ 32. 414 : 116.
 RG 5 novembre 1898, RGZ 42. 295 : 238.
 OLG Hambourg 24 février 1915, HansGZ 1915. 101 : 181.
 OLG Kiel 8 avril 1915, JW 1915. 530 : 27, 206.
 OLG Hambourg 7 juillet 1915, HansGZ 1915. 237 : 181.
 KG 5 janvier 1916, DJZ 1916. 733 : 181.
 RG 11 juillet 1916, JW 1916. 1184 : 27.
 RG 22 décembre 1916, Gruchot 61 (1917) 460 : 237, 238.
 RG 19 octobre 1917, RGZ 91. 46 : 27.
 RG 13 novembre 1917, RGZ 91. 260 : 25, 148.
 OLG Hambourg 22 janvier 1918, LZ 1918. 868 : 167, 170.
 RG 15 mars 1918, DJZ 1918. 449 : 190.
 RG 14 mai 1918, LZ 1918. 1145 : 25, 27, 213.
 RG 28 juin 1918, RGZ 93. 182 : 132, 167, 171, 182, 199, 240.
 RG 20 septembre 1918, Warn. 11(1918) 323 : 199.
 RG 26 septembre 1919, JW 1920. 138 : 147.
 RG 17 octobre 1919, RGZ 97. 6. : 132, 199.
 RG 7 décembre 1921, RGZ 103. 259 : 172.
 RG 25 mars 1922, RGZ 104. 223 : 199.
 RG 5 décembre 1922, JW 1924. 1357 : 201.
 RG 2 mai 1923, RGZ 107. 173 : 156.
 RG 10 décembre 1924, RGZ 109. 295 : 5, 265.
 RG 10 mars 1927, JW 1927. 2287 : 238.
 RG 24 juin 1927, JW 1927. 2288 : 237
 RG 26 octobre 1928, IPRspr. 1928, n° 20 : 238.
 LG Berlin 2 novembre 1928, IPRspr. 1929, n° 13 : 238.
 RG 15 février 1930, IPRspr. 1930, n° 13 : 155, 237.
 KG 27 octobre 1932, JW 1932. 3773 : 172, 181.
 RG 10 juillet 1936, JW 1936. 2859 : 129.
 RG 17 juin 1939, RGZ 161. 296 : 25.
 OLG Brunswick 20 janvier 1948, NJW 1947/48. 425 : 191.
 OGHBrZ 10 mars 1949, NJW 1949. 465 : 201.
 LG Berlin 2 novembre 1951, NJW 1952. 310 : 191.
 BGH 17 mars 1953, NJW 1953. 861 : 195.
 BGH 22 décembre 1953, BGHZ 12. 80 : 195.
 BGH 28 octobre 1954, BGHSt 7. 53 : 250.
 BGH 25 mai 1955, BGHZ 17. 327 : 266.
 BGH 2 octobre 1956, BGHZ 22. 1 : 116.
 BGH 3 octobre 1956, WM 1956. 1432 : 123.

BGH 18 février 1957, BGHZ 23. 333 : 195.
 BVerfG 15 janvier 1958, BVerfGE 7. 199 : 252.
 OLG Hambourg 25 novembre 1959, IPRspr. 1958-1959, n° 61 : 267.
 BGH 17 décembre 1959, BGHZ 31. 367 : 283, 316.
 BGH 21 décembre 1960, BGHZ 34. 169 : 237.
 BGH 6 juillet 1961, BGHZ 35. 267 : 268.
 BGH 24 mai 1962, NJW 1962. 1436 : 237, 238.
 BVerfG 30 avril 1963, BVerfGE 16. 27 : 141.
 BGH 11 juillet 1963, NJW 1963. 1971 : 265.
 LG Stuttgart 11 octobre 1963, NJW 1964. 63 : 68.
 BGH 17 décembre 1963, NJW 1964. 650 : 266.
 BGH 28 janvier 1965, IzRspr. 1964-65, n° 68 : 5, 27, 172, 175, 283, 334.
 OLG Munich 14 juillet 1966, IzRspr. 1966-67, n° 59 : 27, 175.
 BGH 26 septembre 1966, IPRspr. 1966-1967, n° 14 : 267.
 OLG Cologne 17 janvier 1968, StAZ 1969. 181 : 70, 253.
 BGH, 11 mars 1970, NJW 1970. 1002 : 312.
 BGH 17 février 1971, NJW 1971. 983 : 25, 172.
 BVerfG 4 mai 1971, BVerfGE 31. 59 : 252, 336.
 BGH 23 novembre 1971, BGHZ 57. 265 : 261.
 BGH 22 juin 1972, BGHZ 59. 83 : 237, 238.
 BGH 30 novembre 1972, BGHZ 60. 14 : 27.
 KG 19 septembre 1975, NJW 1976. 197 : 182, 238.
 BGH 8 avril 1976, VersR 1976. 678 : 237.
 LG Dortmund 13 août 1976, NJW 1977. 2035 : 267.
 BGH 5 octobre 1976, NJW 1977. 496 : 261.
 BGH 29 septembre 1977, JZ 1978. 61 : 182.
 BGH 29 septembre 1977, BGHZ 69. 295 : 237.
 BGH 10 mars 1978, IPRspr. 1978, n° 40 : 144.
 BGH 3 juillet 1978, IPRspr. 1978, n° 7 : 195.
 OLG Hambourg 5 octobre 1979, ZIP 1980. 1088 : 147.
 LG Hambourg 19 juin 1980, IPRax 1981. 174 : 149, 190, 199.
 BVerfG 13 janvier 1981, BVerfGE 56. 37 : 83.
 OLG Celle 16 février 1982, JZ 1982. 340 : 83.
 BGH 11 mars 1982, BGHZ 83. 197 : 143.
 LG Kiel 30 juin 1982, RIW 1983. 206 ; IPRax 1984. 146 : 82, 149.
 KG 1^{er} juillet 1983, WuW/E OLG 3051 : 116.
 BGH 13 juillet 1983, BGHZ 88. 147 : 268.
 BGH 24 août 1983, BGHSt 32. 68 : 250.
 BGH 8 février 1984, NJW 1984. 1746 ; IPRax 1986. 154 ; RabelsZ 1989. 146 : 25, 27, 146, 167.
 BGH 13 mars 1984, BGHZ 90. 295 : 261.
 BGH 8 janvier 1985, BGHZ 93. 214 : 261.
 BGH 8 mai 1985, IPRax 1987. 110 : 147, 237.
 BVerfG 12 mars 1986, BVerfGE 72. 66 : 116, 144.
 BGH 26 novembre 1986, NJW 1987. 1146 : 260.
 BVerfG 17 décembre 1986, BVerfGE 75. 285 : 144.
 BGH 1^{er} avril 1987, IPRspr. 1987, n° 66 : 260.
 AG Lahnstein 13 juillet 1987, IPRax 1988. 39 : 237.
 OLG Munich 25 février 1988, IPRax 1989. 42 : 247.
 OLG Hambourg 26 janvier 1989, RIW 1991. 152 : 338.

OLG Munich 9 mai 1989, RIW 1989. 483, IPRax 1990. 175 : 149.
 BGH 4 juillet 1989, BGHZ 108. 200 : 261.
 BGH 20 novembre 1990, NJW 1991. 634 ; JZ 1991. 719 ; IPRax 1991. 345 : 260, 308.
 OLG Hambourg 8 février 1991, NJW 1992. 635 ; RIW 1993. 327 : 237.
 OLG Francfort 19 février 1991, RIW 1991. 336 : 206.
 KG 6 mars 1991, NJW 1991. 2653 : 68.
 BVerfG 23 avril 1991, BVerfGE 84. 90 : 283.
 OLG Düsseldorf 28 mai 1991, RIW 1991. 594 : 149.
 BGH 2 juillet 1991, BGHZ 115. 90 : 113.
 KG 19 juillet 1991, NJW 1991. 2656 : 68.
 BFH 31 juillet 1991, BFHE 165. 260 : 266.
 LG Berlin 20 janvier 1992, JZ 1992. 691 : 68.
 BGH 4 juin 1992, NJW 1992. 3096 ; RIW 1993. 132 ; IPRax 1993. 310 : 149.
 BGH 7 juillet 1992, NJW 1992. 3091 : 261.
 OLG Munich 15 juillet 1992, NJW 1992. 3113 ; RIW 1993. 70 ; IPRax 1993. 309 : 149.
 BGH 20 octobre 1992, NJW 1993. 194 ; RIW 1993. 146 : 260.
 BGH 3 novembre 1992, NJW 1993. 141 ; JZ 1993. 199 : 68, 283.
 BGH 25 mars 1993, NJW 1993. 1932 : 68.
 BGH 20 octobre 1993, NJW 1994. 267 : 68.

Angleterre

Abu Dhabi National Tanker Co. v. Product Star Shipping Ltd. (No. 2) [1993] 1 Lloyd's Rep. 397, C.A. : 140.
 Adams v. Cape Industries Plc. [1990] Ch. 433 : 221.
 Agroexport State Enterprise for Foreign Trade v. Compagnie Européenne de Céréales [1974] 1 Lloyd's Rep. 499 : 210.
 Aksionairnoye Obscheshvo A.M. Luther v. James Sagor & Co. [1921] 3 K.B. 532, C.A. : 283.
 Alfred Dunhill Ltd. v. Sunoptic S.A. [1979] F.S.R. 337, C.A. : 116.
 In re Anglo-Russian Merchant Traders and John Batt & Co. (London) [1917] 2 K.B. 679, C.A. : 210.
 Arab Monetary Fund v. Hashim [1989] 1 W.L.R. 565 : 84.
 Arab Monetary Fund v. Hashim (No. 2) [1990] 1 All E.R. 673 : 84.
 Arab Monetary Fund v. Hashim (No. 3) [1991] 2 A.C. 114 : 106.
 In re Atherton [1912] 2 K.B. 251 : 84.
 Atisa S.A. v. Aztec A.G. [1983] 2 Lloyd's Rep. 579 : 141, 210.
 Atkinson v. Ritchie (1809) 10 East 531 ; 103 E.R. 877 : 34, 36.
 In re B. (S.) (An Infant) [1968] Ch. 204 : 253.
 Babanaft International Co. S.A. v. Bassatne [1990] Ch. 13, C.A. : 116, 117.
 Bank of Crete v. Koskotas [1991] 2 Lloyd's Rep. 587, C.A. : 106.
 Bank of Crete v. Koskotas (No. 2) [1992] 1 W.L.R. 919 : 84.
 Bank of Tokyo Ltd. v. Karoon [1987] A.C. 45 n., C.A. : 116.
 Barker v. Hodgson (1814) 3 M. & S. 267 ; 105 E.R. 612 : 36, 202.
 The Baron Stjernblad [1918] A.C. 173, P.C. : 90, 213.
 Baschet v. London Illustrated Standard Co. [1900] 1 Ch. 73 : 340.
 Bhimji v. Chatwani (No. 2) [1992] 1 W.L.R. 1158 : 84.
 Blad v. Bamfield (1674) 3 Swans. 604 ; 36 E.R. 992 : 273.
 Blight v. Page (1801) 3 Bos. & Pul. 295 n. ; 127 E.R. 163 n. : 36.
 Board of Governors of the Hospital for Sick Children v. Walt Disney Productions [1967] 1 All E.R. 1005, C.A. : 116.

Board of Trade v. Owen [1957] A.C. 602 : 250.
 The Bodley Head Ltd. v. Flegon [1972] 1 W.L.R. 680 : 237.
 Boucher v. Lawson (1734) Cas. t. Hard. 85 ; 95 E.R. 53 et (1735) Cas. t. Hard. 194 ; 95 E.R. 125 : 236.
 Bouzourou v. The Ottoman Bank [1930] A.C. 271, P.C. : 134.
 Boys v. Chaplin [1971] A.C. 356 : 340.
 B.P. Exploration Co. (Libya) Ltd. v. Hunt (No. 2) [1983] 2 A.C. 352 : 40.
 Brauer & Co (Great Britain), Ltd. v. James Clark (Brush Materials), Ltd. [1952] 2 All E.R. 497, C.A. : 210.
 British Airways Board v. Laker Airways Ltd. [1985] A.C. 58 : 116.
 British Broadcasting Corp. v. Johns [1965] Q.B. 32, C.A. : 220.
 British Nylon Spinners, Ltd. v. Imperial Chemical Industries, Ltd. [1953] Ch. 19, C.A. ; [1955] Ch. 37 : 116, 149, 169.
 Bulk Oil (Zug) A.G. v. Sun International Ltd. [1984] 1 All E.R. 386, C.A. : 203.
 Buttes Gas and Oil Co. v. Hammer [1982] A.C. 888 : 212, 283.
 Re Lord Cable (deceased) [1976] 3 All E.R. 417 : 39, 174, 175.
 C.A. Venezolana de Navegacion v. Bank Line Ltd. [1988] 2 Lloyd's Rep. 337, C.A. : 228.
 Cantiere Navale Triestina v. Russian Soviet Naphta Export Agency [1925] 2 K.B. 172, C.A. : 39.
 Carapanayoti & Co., Ltd. v. E.T. Green Ltd. [1959] 1 Q.B. 131 : 40, 129, 199.
 Castanho v. Brown & Root (U.K.) Ltd. [1981] A.C. 557 : 116, 117.
 Ciampa v. British India Steam Navigation Co. Ltd. [1915] 2 K.B. 744 : 211.
 Commissioners of Crown Lands v. Page [1960] 2 Q.B. 274, C.A. : 216.
 I Congreso del Partido [1983] 1 A.C. 244 : 130, 141, 222, 286.
 The Consul Corfytzon [1917] A.C. 550, P.C. : 90.
 Cook Industries Inc. v. Galliher [1979] Ch. 439 : 116.
 Re Courtney, *Ex parte* Pollard (1840) 4 Deac. 27 ; Mont. & Ch. 239 ; [1835-42] All E.R. Rep. 415 : 116, 202.
 Cunningham v. Dunn (1878) 3 C.P.D. 443 : 37.
 C. Czarnikow Ltd. v. Centrala Handlu Zagranicznego Rolimpex [1978] Q.B. 176, C.A. ; [1979] A.C. 351 : 40, 205, 206, 210, 214, 217, 222, 223, 231.
 Dalmia Dairy Industries v. National Bank of Pakistan [1978] 2 Lloyd's Rep. 223, C.A. : 172.
 Davies Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council [1956] A.C. 696 : 34.
 De Beêche v. South American Stores (Gath & Chaves) Ltd. [1935] A.C. 148 : 39.
 Derby & Co. Ltd. v. Larsson [1976] 1 All E.R. 401, H.L. : 113.
 Derby & Co Ltd. v. Weldon [1990] Ch. 48, C.A. : 116.
 Derby & Co Ltd. v. Weldon (Nos. 3 and 4) [1990] Ch. 65 : 116.
 Derby & Co. Ltd. v. Weldon (No. 6) [1990] 1 W.L.R. 1139, C.A. : 116.
 Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrergesellschaft m.b.H. v. R'as al-Khaimah National Oil Co. and Shell International Petroleum Co. Ltd. (No.2) [1988] 1 Lloyd's Rep. 164, C.A. ; [1990] 1 A.C. 295 : 185, 195.
 De Wutz v. Hendricks (1824) 2 Bing. 314 ; 130 E.R. 326 : 237.
 Dubai Bank v. Galadari (No.2) [1990] 1 W.L.R. 731, C.A. : 84, 85.
 Duke of Brunswick v. King of Hanover (1845) 6 Beav. 1 ; 49 E.R. 724 ; (1848) 2 H.L. Cas. 1 ; 9 E.R. 993 : 273.
 E.D. & F. Man (Sugar) Ltd. v. Haryanto (No. 2) [1991] 1 Lloyd's Rep. 429, C.A. : 116.
 Edwin v. East-India Company (1690) 2 Vern. 210 ; 23 E.R. 738 : 32.
 Ellerman Lines, Ltd. v. Read [1928] 2 K.B. 144, C.A. : 116, 268.
 Ellis Shipping Corp. v. Voest Alpine Intertrading [1992] 2 Lloyd's Rep. 109, C.A. : 228.
 Embiricos v. Sydney Reid & Co. [1914] 3 K.B. 45 : 130.
 Re Emery's Investments' Trusts [1959] Ch. 410 : 237.

- Employers' Liability Assurance Corp. Ltd. v. Sedgwick, Collins and Co., Ltd. [1927] A.C. 95 : 195.
- Empresa Exportadora de Azucar v. Industria Azucarera Nacional S.A. (The Playa Larga) [1983] 2 Lloyd's Rep. 171, C.A. : 40, 130, 141, 181, 222, 231.
- Euro-Diam Ltd. v. Bathurst [1990] 1 Q.B. 1, C.A. : 39, 237, 238.
- Fielding and Platt, Ltd. v. Najjar [1969] 2 All E.R. 150, C.A. : 238.
- Finlay v. Liverpool and Great Western Steamship Co. Ltd. [1870] 23 L.T. 251 : 36.
- Ford v. Cotesworth [1870] L.R. 5 Q.B. 544 : 37.
- Forskringsaktieselskapet Vesta v. Butcher [1989] A.C. 852 : 250.
- Foster v. Driscoll [1929] 1 K.B. 470, C.A. : 39, 235, 237, 237, 238.
- Furness, Withy & Co. v. Rederiaktiebolaget Banco [1917] 2 K.B. 873 : 37, 130, 167.
- Garvin v. Domus Publishing Ltd. [1989] Ch. 335 : 149.
- Geipel v. Smith (1872) L.R. 7 Q.B. 404 : 37, 130.
- Ghoth v. Ghoth [1992] 2 All E.R. 920, C.A. : 116.
- Hall v. Wright (1858) El. Bl. & El. 746 ; 120 E.R. 688 ; (1859) El. Bl. & El. 765 ; 120 E.R. 695 : 32, 134.
- Harrison v. Lord North (1667) 1 Chan. Cas. 83, 22 E.R. 706 : 32.
- Re Claim by Helbert Wagg & Co. Ltd. [1956] Ch. 323 : 181, 288.
- The Hellig Olav [1919] A.C. 526, P.C. : 90.
- Hesperides Hotels Ltd. v. Aegean Turkish Holidays Ltd. [1978] Q.B. 205, C.A. : 186.
- Holman v. Johnson (1775) 1 Cowp. 341 ; 98 E.R. 1120 : 39.
- Holmes v. Bangladesh Biman Corpn. [1989] A.C. 1112 : 113.
- Hore v. Whitmore (1778) 2 Cowp. 784 ; 98 E.R. 1360 : 36.
- Horlock v. Beal [1916] A.C. 486 : 37.
- Howard v. Shirlstar Ltd. [1990] 1 W.L.R. 1292 : 238.
- Huntington v. Attrill [1893] A.C. 150, P.C. : 149.
- Indian and General Investment Trust, Ltd. v. Borax Consolidated, Ltd. [1920] 1 K.B. 539 : 267.
- International Trustee for the Protection of Bondholders Aktiengesellschaft v. R. [1936] 3 All E.R. 407, C.A. : 39, 303, 316.
- Jacobs, Marcus & Co. v. Crédit Lyonnais (1884) 12 Q.B.D. 589 : 32.
- Johnson Matthey Bankers Ltd. v. State Trading Corp. of India Ltd. [1984] 1 Lloyd's Rep. 427 : 228.
- K/S Arnt J. Moerland v. Kuwait Petroleum Corp. [1988] 2 All E.R. 714 : 130, 228.
- Kahler v. Midland Bank Ltd [1950] A.C. 24 : 39, 270.
- Keiner v. Keiner [1952] 1 All E.R. 643 : 267.
- The King of the Two Sicilies v. Willcox (1851) 1 Sim. (N.S.) 301 ; 61 E.R. 116 : 84.
- Kirk v. Gibbs (1857) 1 H. & N. 810 ; 156 E.R. 1427 : 36.
- Kleinwort, Sons & Co. v. Ungarische Baumwolle Industrie Actiengesellschaft [1939] 2 K.B. 678, C.A. : 39, 172, 174, 316.
- The Kronprinzessin Victoria [1919] A.C. 261, P.C. : 90.
- Kursell v. Timber Operators and Contractors [1927] 1 K.B. 298, C.A. : 40.
- Lawrence v. Brasier (1666) 1 Chan. Cas. 72 ; 22 E.R. 701 : 32.
- Lemenda Trading Co. Ltd. v. African Middle East Petroleum Co. Ltd. [1988] Q.B. 448 : 237.
- Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co. [1989] Q.B. 728 : 40, 173, 198, 238.
- Libyan Arab Foreign Bank v. Manufacturers Hanover Trust Co. [1988] 2 Lloyd's Rep. 494 ; [1989] 1 Lloyd's Rep. 608 : 173, 250.
- Locabail International Finance Ltd. v. Agroexport [1986] 1 W.L.R. 657, C.A. : 116.
- London and South American Investment Trust, Ltd. v. British Tobacco Co. (Australia) Ltd. [1927] 1 Ch. 107 : 267.
- Lonrho Ltd. v. Shell Petroleum Co. [1980] 1 W.L.R. 627, H.L. : 91.

- M. v. Home Office [1993] 3 W.L.R. 433, H.L. : 116.
- Mackender v. Feldia A.G. [1967] 2 Q.B. 590, C.A. : 39.
- Mackinnon v. Donaldson, Lufkin and Jenrette Corpn. [1986] 1 Ch. 482 : 91, 121, 124.
- Madzimbamuto v. Lardner-Burke [1969] 1 A.C. 645, P.C. : 186.
- Marc Rich & Co. Ltd. v. Tourloti Compania Naviera S.A. [1988] 2 Lloyd's Rep. 101, C.A. : 228.
- Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulkcarriers S.A. [1975] 2 Lloyd's Rep. 509, C.A. : 116.
- Martin v. Nadel [1906] 2 K.B. 26, C.A. : 195.
- Midland Bank plc. v. Laker Airways Ltd. [1986] Q.B. 689, C.A. : 116.
- Miller v. Law Accident Insurance Company [1903] 1 K.B. 712, C.A. : 130.
- Morse v. Slue (1672) 1 Vent. 190/238 ; 86 E.R. 129/159 : 32.
- Motor Oil Hellas (Corinth) Refineries S.A. v. Shipping Corp. of India [1990] 1 Lloyd's Rep. 391, H.L. : 140.
- National Carriers v. Panalpina (Northern) Ltd. [1981] 1 All E.R. 161 : 34.
- Nile Co. for the Export of Agricultural Crops v. H. & J.M. Bennett (Commodities) Ltd. [1986] 1 Lloyd's Rep. 555 : 40.
- Nobel's Explosives Company v. Jenkins & Co. [1896] 2 Q.B. 326 : 130.
- Norris v. Chambres (1861) 3 De G.F. & J. 583 ; 45 E.R. 1004 : 116.
- Ocean Tramp Tankers Corp. v. V/O Sovfracht (The Eugenia) [1964] 2 Q.B. 226, C.A. : 40, 129, 199, 204.
- L'Office National du Thé et du Sucre v. Philippine Sugar Trading (London) Ltd. [1983] 1 Lloyd's Rep. 89 : 145.
- O'Neil v. Armstrong, Mitchell & Co. [1895] 2 Q.B. 418, C.A. : 140.
- Oppenheimer v. Cattermole (Inspector of Taxes) [1976] A.C. 249 : 181, 336.
- The Ottoman Bank v. Chakarian [1930] A.C. 277, P.C. : 134, 146.
- Pagnan S.p.A. v. Tradax Ocean Transportation S.A. [1987] 1 All E.R. 81, [1987] 3 All E.R. 565, C.A. : 40, 206, 210.
- Paradine v. Jane (1647) Aleyn 26 ; 82 E.R. 897 : 32, 44.
- Partabmull Rameshwar v. K.C. Sethia (1944), Ltd. [1951] 2 Lloyd's Rep. 89, H.L. : 210.
- Penn v. Lord Baltimore (1750) 1 Ves. Sen. 444 ; 27 E.R. 1132 : 116.
- Peter Cassidy Seed Co. Ltd. V. Osuustukkauppa I.L. [1957] 1 All E.R. 484 : 210.
- In re Piracy Jure Gentium [1934] A.C. 586, P.C. : 119, 184.
- A.V. Pound & Co. Ltd. v. M.W. Hardy & Co. Inc. [1956] A.C. 588 : 40, 210.
- Princess Paley Olga v. Weisz [1929] 1 K.B. 718, C.A. : 283.
- Prodexport State Company for Foreign Trade v. E.D.&F. Man Ltd. [1973] Q.B. 389 : 40.
- R. v. Grossman (1981) 73 Crim. App. R. 302, C.A. : 91, 108.
- R. v. International Trustee for the Protection of Bondholders A.G. [1937] A.C. 500 : 303.
- R. v. Steane [1947] 1 All E.R. 813, C.A. : 142.
- Ralli Brothers v. Compania Naviera Sota y Aznar [1920] 1 K.B. 614 ; [1920] 2 K.B. 287, C.A. : 38, 39, 40, 41, 42, 47, 92, 110, 112, 121, 190, 200, 255, 293, 303.
- Reg. v. Governor of Pentonville Prison, *ex parte* Chinoy [1992] 1 All E.R. 317, D.C. : 39.
- Reg. v. Horseferry Road Magistrates' Court, *ex parte* Bennett [1994] A.C. 42 : 125.
- Reg. v. Southwark Crown Court, *ex parte* Customs and Excise Comrs. [1990] 1 Q.B. 650, D.C. : 142.
- Regazzoni v. K.C. Sethia (1944) Ltd. [1958] A.C. 301 : 39, 121, 237, 307.
- Republic of Haiti v. Duvalier [1990] 1 Q.B. 202, C.A. : 116, 117.
- Richard West and Partners (Inverness) Ltd. v. Dick [1969] 2 Ch. 424, C.A. : 116.
- Rickards v. Forestal Land, Timber and Railways Co. [1942] A.C. 50 : 130, 132, 167.
- Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp. [1978] A.C. 547 : 2, 84, 95, 148.
- Rodocanachi v. Elliott (1874) L.R. 9 C.P. 518 : 130.

Rolls-Royce Plc. v. Doughty [1987] I.C.R. 932, E.A.T. ; [1992] I.C.R. 538, C.A. : 224.
 Rookes v. Barnard [1964] A.C. 1129 : 149.
 Ross T. Smyth & Co. Ltd. v. W.N. Lindsay [1953] 1 W.L.R. 1280 : 40, 200, 208.
 Rossano v. Manufacturers Life Insurance Co. [1963] 2 Q.B. 352 : 172, 200.
 Rosseel Ltd. v. Oriental Commercial Shipping (U.K.) Ltd. [1990] 1 W.L.R. 1387, C.A. : 116.
 Royal Exchange Assurance v. Compania Naviera Santi, S.A. [1962] 1 Lloyd's Rep. 410 : 116.
 Russell v. Niemann (1864) 17 C.B. (N.S.) 163 ; 144 E.R. 66 : 36.
 S.A. Consortium General Textiles v. Sun and Sand Agencies Ltd. [1978] 1 Q.B. 279, C.A. : 149.
 The San Roman (1872) L.R. 3 A.&E. 583 ; (1873) L.R. 5, P.C. 301 : 333.
 Sanday & Co. v. British and Foreign Marine Insurance Company [1915] 2 K.B. 781, C.A. : 130, 131.
 Scottish Navigation Co. Ltd. v. Souter & Co/Admiral Shipping Co. Ltd. v. Weidner, Hopkins & Co. [1917], K.B. 222, C.A. : 37.
 Sea Insurance Co. v. Rossia Insurance Co. of Petrograd (1925) 20 Ll. L.R. 308, C.A. : 195.
 Securities and Exchange Commission v. Certain Unknown Purchasers of the Common Stock of and Call Options for the Common Stock of Santa Fe International Corporation, Faisal Al Massoud Al Fuhaid and John Doe, 23 I.L.M. 512 (1984) (Q.B.D.) : 174.
 Seligman Bros. v. Brown, Shipley & Co. (1916) 32 T.L.R. 549 : 190.
 Settebello Ltd. v. Banco Totta & Acores [1985] 1 W.L.R. 1050, C.A. : 223.
 Sjoerds v. Luscombe (1812) 16 East 201 ; 104 E.R. 1065 : 36.
 Smit Tak Offshore Services v. Youell [1992] 1 Lloyd's Rep. 154, C.A. : 250.
 Smith, Coney & Barrett v. Becker, Gray & Co. [1916] 2 Ch. 86, C.A. : 198.
 Smith & Service v. Rosario Nitrate Co. [1893] 1 Q.B. 174, C.A. : 37.
 Sociedade Nacional de Combustiveis de Angola U.E.E. v. Lundqvist [1991] Q.B. 310, C.A. : 84.
 Société Franco-Tunisienne d'Armement v. Sidermar S.p.A. [1961] 2 Q.B. 278 : 40, 199.
 Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. Lee Kui Jak [1987] A.C. 871, P.C. : 116.
 South Carolina Insurance Co. v. Assurantie Maatschappij "de Zeven Provinciën" N.V. [1987] A.C. 24 : 116.
 Spence v. Chodwick (1847) 10 Q.B.R. 517 ; 116 E.R. 197 : 34, 36.
 Spiller v. Turner [1897] 1 Ch. 911 : 267.
 St. Pierre v. South American Stores (Gath & Chaves), Ltd. [1937] 1 All E.R. 206, [1937] 3 All E.R. 349, C.A. : 190.
 Swiss Bank Corp. v. Boehmische Industrial Bank [1923] 1 K.B. 673, C.A. : 195.
 W.J. Tatem, Ltd. v. Gamboa [1939] 1 K.B. 132 : 40.
 Taylor v. Caldwell (1863) 3 B.&S. 826 ; 122 E.R. 309 : 34.
 Toprak Mahsulleri Ofisi v. Finagrain Cie Commerciale Agricole et Financière S.A. [1979] 2 Lloyd's Rep. 98, C.A. : 172, 175, 222.
 Tournier v. National Provincial and Union Bank of England [1924] 1 K.B. 461, C.A. : 175.
 Touteng v. Hubbard (1802) 3 Bos. & Pul. 291 ; 127 E.R. 161 : 36, 213.
 Tradax Export S.A. v. André & Cie S.A. [1976] 1 Lloyd's Rep. 416, C.A. : 40, 199, 208, 210.
 Tsakiroglou & Co., Ltd. v. Noble & Thorl GmbH [1962] A.C. 93 : 40, 199.
 United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada [1981] 3 All E.R. 142, C.A. : 39, 121.
 United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada [1983] 1 A.C. 168 : 319.
 United States of America v. McRae (1868) L.R. 3 Ch. App. 79 : 84.
 United States v. Inkley [1989] Q.B.255, C.A. : 149.
 Vidler & Co. (London) Ltd. v. R. Silcock & Sons, Ltd. [1960] 1 Lloyd's Rep. 509 : 210.
 Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd. [1939] 1 All E.R. 513, P.C. : 39.
 In re Von Kantzow's Patent [1944] 1 Ch. 318 : 90.

Webb v. Webb [1991] 1 W.L.R. 1410 : 162.
 Williams and Humbert Ltd. v. W. & H. Trade Marks (Jersey) Ltd. [1986] A.C. 368 : 181, 222.
 Wilson, Smithett & Cope Ltd. v. Terruzzi [1976] Q.B. 683, C.A. : 319.
 Wolff v. Oxholm (1817) 6 M. & S. 92 ; 105 E.R. 1177 : 196.
 X A.G. v. A Bank [1983] 2 All E.R. 464 : 82, 169, 174, 175.
 Zivnostenska Banka National Corporation v. Frankman [1950] A.C. 57 : 39.

Autriche

OGH 25 septembre 1934, RabelsZ 1935. 781 ; J.D.I. 1935. 191 : 190.
 OGH 10 décembre 1935, JBI 1936. 232 ; RabelsZ 1936. 398 ; J.D.I. 1937. 333 : 172, 190.
 OGH 29 octobre 1980, IPRax 1981. 217 : 182.
 OGH 29 avril 1981, JBI 1983. 380 : 144.
 OLG Linz 15 juin 1987, JBI 1987. 577 : 144.
 OGH 23 février 1988, JBI 1988. 459 : 116.
 OLG Linz 2 mars 1989, JBI 1990. 260 : 116.

Belgique

Liège 5 mars 1874, B.J. 1875. 1592 : 238.
 Trib. com. Anvers 5 décembre 1884, J.P.A. 1886. 367 : 5.
 Cass. 20 mai 1916, Pas. b. 1915-1916. I. 375 : 155.
 Liège 4 décembre 1918, Pas. b. 1919. II. 94 : 5, 147, 155.
 Cass. 11 février 1919, Pas. b. 1919. I. 9 : 258.
 Cass. 4 juin 1919, Pas. b. 1919. I. 97 : 258.
 Liège 4 juin 1919, Pas. b. 1819. II. 137 : 154.
 Liège 25 juin 1919, Pas. b. 1920. II. 208 : 154.
 Cass. 16 octobre 1919, Pas. b. 1919. I. 225 : 155.
 Cass. 16 octobre 1919, Pas. b. 1919. I. 227 : 155.
 Cass. 4 décembre 1919, Pas. b. 1920. I. 1 : 155.
 Cass. 18 février 1920, Pas. b. 1920. I. 62 : 258.
 Liège 21 février 1920, Pas. b. 1920. II. 112 : 154.
 Cass. 27 avril 1920, Pas. b. 1920. I. 124 : 258.
 Liège 19 février 1921, B.J. 1921. col. 438 : 154.
 Liège 28 février 1920. II. 208 : 154.
 Trib. com. Anvers 13 juillet 1921, J.P.A. 1922. 128 : 211.
 Bruxelles 13 mai 1936, B.J. 1937. 4 : 238, 250.
 Cass. 19 avril 1937, Pas. b. 1937. I. 115 : 250.
 Trib. com. Bruxelles 22 avril 1937, J.T. 1937. 518 : 260.
 Cass. 29 juin 1939, Pas. b. 1939. I. 341 : 258.
 Cass. 4 mars 1940, Pas. b. 1946. I. 493 : 258.
 Cons. guerre Verviers 5 avril 1945, J.T. 1945. 355 : 68, 146, 184.
 Liège 7 juin 1945, J.T. 1945. 530 : 155.
 Cons. guerre Charleroi, s.d., J.T. 1946. 97 : 68.
 Cour Militaire Liège 29 janvier 1946, J.T. 1946. 407 : 68.
 Cons. guerre Bruxelles 29 mars 1946, J.T. 1946. 407 : 68.
 Cass. 27 mai 1946, Pas. b. 1946. I. 222 : 258.
 Cour Militaire Bruxelles 21 juin 1946, J.T. 1946. 386 : 68.
 Cass. 27 juin 1946, Pas. b. 1946. I. 270 : 65.

Cour Militaire Bruxelles 12 octobre 1946, J.T. 1946. 584 : 68.
 Cons. guerre Bruxelles 6 décembre 1946, J.T. 1947. 41 : 68.
 Cass. 3 mars 1947, Pas. b. 1947. I. 94 : 258.
 Cass. 13 mars 1947, Pas. b. 1947. I. 108 : 194, 196.
 Cass. 7 février 1949, Pas. b. 1949. I. 108 : 68.
 Liège 21 mars 1951, Jur. Liège 1951. 273 : 155.
 Bruxelles 14 juillet 1951, J.P.A. 1951. 248 : 206.
 Cass. 12 mars 1959, Pas. b. 1959. I. 702 : 131.
 Bruxelles 4 avril 1959, J.T. 1959. 582 : 258.
 Trib. com. Bruxelles 19 avril 1968, Pas. b. 1969. III. 22 : 237.
 Bruxelles 27 janvier 1970, Pas. b. 1970. II. 89 : 210.
 Cass. 30 octobre 1981, Pas. b. 1982. I. 306 : 261.
 Trib. com. Bruxelles (réf.) 6 avril 1982, D. 1982. 504 : 286.
 Trib. com. Namur (réf.) 12 août 1982, R.P.S. 1982. 184 ; Rev. Soc. 1983. 128 : 258.
 Trib. com. Bruxelles (réf.) 29 octobre 1982, J.T. 1982. 743 : 258.
 Anvers 19 juillet 1985, Dr. eur. transp. 1985. 536 : 116.
 Trib. civ. Liège (prés.) 6 juin 1986, Journ. dr. fisc. 1986. 359 : 83.
 Trib. com. Namur 14 octobre 1986, R.P.S. 1986. 265 : 258.
 Cass. 19 décembre 1986, Pas. b. 1987. I. 497 : 116.
 Trib. com. Anvers 28 avril 1989, Rev. dr. com. b. 1990. 413 : 25.
 Trib. civ. Bruxelles 18 décembre 1989, J.T. 1992. 438 : 116.

Caïman (Iles)

In re ABC Ltd., 1984 C.I.L.R. 130 : 106.
 Attorney General v. Bank of Nova Scotia, 1985 C.I.L.R. 418 : 106, 175.

Canada

Frischke v. Royal Bank of Canada (1977) 80 D.L.R. (3d) 393 : 92, 108.
 Gillespie Management Corp. v. Terrace Properties (1989) 62 D.L.R. (4th) 221 : 42.
 Montreal Trust Co. et al. v. Stanrock Uranium Mines Ltd. (1965) 53 D.L.R. (2d) 594 : 42.
 Royal Trustco Ltd. v. Campeau Corp. (1980) 118 D.L.R. (3d) 207 : 42, 237.
 Spencer v. The Queen (1983) 145 D.L.R. (3d) 344 et (1985) 21 D.L.R. (4th) 756 : 174.
 United States of America v. Public Service Alliance of Canada (1992) 91 D.L.R. (4th) 449 : 141.

Côte d'Ivoire

Abidjan 9 mars 1979, Penant 1980. 182 : 25, 199, 205.

Ecosse

Dampskibsaktieselskapet Aurdal v. Compañia de Navegacion La Estrella, 1916 S.C. 882 : 42, 198.
 Scott & Sons v. Del Sel, 1923 S.C. (H.L.) 37 : 42.

Etats-Unis d'Amérique

Airline Pilots Association v. TACA International Airlines, S.A., 748 F.2d 965 (5th Cir. 1984) : 122.
 Allied Bank International v. Banco Credito Agricola de Cartago, 566 F. Supp. 1440 (S.D.N.Y. 1984) ; 733 F.2d 23 (2d Cir. 1984) ; 757 F.2d 516 (2d Cir. 1985) : 190, 278, 280.
 American Banana Co. v. United Fruit Co., 213 U.S. 347 (1909) : 133, 212, 273.
 American Industrial Contracting, Inc. v. Johns-Manville Corp., 326 F. Supp. 879 (W.D. Pa. 1971) : 104, 151.
 American Trading and Production Corp. v. Shell International Marine Ltd. 453 F.2d 939 (2d Cir. 1972) : 45, 129, 199.
 Anglo-Continentale Treuhand A.G. v. St. Louis Southwestern Ry. Co., 81 F.2d 11 (2d Cir. 1936) : 47.
 Application of Chase Manhattan Bank, 297 F.2d 611 (2d Cir. 1962) : 94, 97, 99, 147.
 Arango v. Guzman Travel Advisors Corp., 621 F.2d 1371 (5th Cir. 1980) : 260, 281.
 Arthur Andersen & Co v. Finesilver, 546 F.2d 338 (10th Cir. 1976) : 101.
 Babcock v. Jackson, 191 N.E.2d 279 (N.Y. 1963) : 261.
In re Baird, 668 F.2d 432 (8th Cir. 1982) : 85.
 Baker Castor Oil Co. v. Insurance Co. of North America, 157 F.2d 3 (2d Cir. 1946) : 141.
 Banco Frances e Brasileiro S.A. v. Doe, 370 N.Y.S.2d 534 (Ct. App. 1975) : 260.
 Banco Nacional de Cuba v. Farr, 243 F. Supp. 957 (S.D.N.Y. 1965) ; 272 F. Supp. 836 (F. Supp. 1965) ; 383 F.2d 166 (2d Cir. 1967) : 275.
 Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398 (1964) : 275, 280, 281, 282, 284, 285.
 Banco Para el Comercio Exterior de Cuba v. First National City Bank, 744 F.2d 237, 241 (2d Cir. 1984) : 196.
 Bandes v. Harlow & Jones, Inc., 852 F.2d 661 (2d Cir. 1988) : 276.
 Bank of America v. Envases Venezolanos, S.A., 740 F. Supp. 260 (S.D.N.Y. 1990) ; 923 F.2d 843 (2d Cir. 1990) : 190.
 Bank Leumi Trust Co. of New York v. Wulkan, 735 F. Supp. 72 (S.D.N.Y. 1990) : 172, 210.
 Banque de Financement v. First National Bank of Boston, 568 F.2d 911 (2d Cir. 1977) : 104.
 Barnes v. United Steel Works Corp., 11 N.Y.S.2d 161 (Sup Ct. 1939) : 172.
 Benson & Trundy v. Atwood, 13 Md. 20 (1859) : 44.
 Bernstein v. N.V. Nederlandsche-Amerikaansche Stoomvaart-Maatschappij, 173 F.2d 71 (2d Cir. 1949) ; 210 F.2d 375 (2d Cir. 1954) : 274, 282.
 Bernstein v. Van Heyghen Frères Société Anonyme, 163 F.2d 246 (2d Cir. 1947) : 274, 280, 282, 285.
 Blackmer v. United States, 284 U.S. 421 (1932) : 116.
 Braka v. Bancómer, S.N.C., 762 F.2d 222 (2d Cir. 1985) : 278, 280.
 Braka v. Multibanco Comermer, S.A., 589 F. Supp. 802 (S.D.N.Y. 1984) : 278.
 Browning-Ferries Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc., 492 U.S. 257 (1989) : 149.
 Bulk Oil (Zug) A.G. v. Sun Co., Inc., 583 F. Supp. 1134 (S.D.N.Y. 1983) : 230.
 Business Incentives Co., Inc. v. Sony Corp. of America, 397 F. Supp. 63 (S.D.N.Y. 1975) : 316.
 California Retail Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminium, Inc., 445 U.S. 97 (1980) : 159.
 Callejo v. Bancomer, S.A., 764 F.2d 1101 (5th Cir. 1985) : 278, 280.
 Central Hanover Bank & Trust Co. v. Siemens & Halske Aktiengesellschaft, 15 F. Supp. 927 (S.D.N.Y. 1936) : 172.
 Central Wesleyan College v. W.R. Grace & Co., 143 F.R.D. 628 (D.S.C. 1992) : 104, 151.
 Chase Manhattan Bank, N.A. v. State of Iran, 484 F. Supp. 832 (S.D.N.Y. 1990) : 174.
 Civil Aeronautics Board v. British Airways Board, 433 F. Supp. 1379 (S.D.N.Y. 1977) : 224.

The Claveresk, 264 Fed. 276 (2d Cir. 1920) : 44, 131, 169, 178.
 Compagnie Française d'Assurance pour le Commerce Extérieur v. Phillips Petroleum Co., 105 F.R.D. 16 (S.D.N.Y. 1984) : 102, 103, 224.
 Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Corp., 370 U.S. 690 (1962) : 75.
 De la Garza v. Macmanus, 44 S.W. 704 (Tex. Civ. App. 1898) : 65.
 Deutsch v. Gutehoffnungshutte, Aktienverein, 6 N.Y.S.2d 319 (Sup. Ct. 1938) : 172.
In re Doe, 860 F.2d 40 (2d Cir. 1988) : 106.
 Doe v. United States, 487 U.S. 201 (1988) : 106.
 Dougherty v. Equitable Life Assurance Society of United States, 193 N.E. 897 (N.Y. 1934) : 274.
 Draeger Shipping Co. v. Crowley, 55 F. Supp. 906 (S.D.N.Y. 1944) : 98.
 Drexel Burnham Lambert Group Inc. v. Galadari, 777 F.2d 877. (2d Cir. 1985) : 278.
 Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba, 425 U.S. 682, (1976) : 277, 281, 283.
 Eastern Railroads Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U.S. 127 (1961) : 212.
 Edelman v. Chase Manhattan Bank, N.A., 861 F.2d 1291 (1st Cir. 1988) : 192.
 EEOC v. Aramco, 499 U.S. 244 (1991). 62.
 Environmental Tectonics v. W.S. Kirkpatrick, Inc., 659 F. Supp. 1381 (D.N.J. 1987) ; 847 F.2d 1052 (3rd Cir. 1982) : 85, 277.
 Erie Railroad Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64 (1938) : 43.
 Essex S.S. Co. v. Langbehn, 250 Fed. 98 (5th Cir. 1918) : 44, 130, 167.
 Federal Maritime Commission v. De Smedt, 268 F. Supp. 972 (S.D.N.Y. 1967) : 97.
 First National City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba, 462 U.S. 611 (1983) : 223, 339.
 First National City Bank of New York v. Banco Nacional de Cuba, 406 U.S. 759 (1972) : 282.
 First National City Bank of New York v. Internal Revenue Service, 271 F.2d 616 (2d Cir. 1959) : 94, 97.
 The Frankmere, 262 Fed. 819 (E.D. Va. 1920) : 44, 167.
 Frazier v. Foreign Bondholders Protective Council, 125 N.Y.S.2d 900 (App. Div. 1953) : 277.
 French v. Banco Nacional de Cuba, 295 N.Y.S.2d 433 (Ct. App. 1968) : 275, 277.
 Galu v. Swissair : Swiss Air Transport Co., Ltd., 734 F. Supp. 129 (S.D.N.Y. 1990) : 281.
 Garcia v. Chase Manhattan Bank, N.A., 735 F.2d 645 (2d Cir. 1984) : 192, 279.
 Garpeg, Ltd. v. United States, 583 F. Supp. 789 (S.D.N.Y. 1984) : 104, 106, 175.
 General Atomic Co. v. Exxon Nuclear Co., Inc., 90 F.R.D. 290 (S.D. Cal. 1981) : 101, 212.
 The George J. Goulandris, 36 F. Supp. 827 (D. Me. 1941) : 44.
 Ghana Supply Commission v. New England Power Co., 83 F.R.D. 586 (D. Mass. 1979) : 104.
 Glynn v. United Steel Works Corp., 289 N.Y.S. 1037 (Sup. Ct. 1935) : 44, 172.
 Goldfarb v. Virginia State Bar, 421 U.S. 773 (1975) : 159.
 Graco, Inc. v. Kremlin, Inc., 101 F.R.D. 503 (N.D. Ill. 1984) : 102, 147.
In re Grand Jury 81-2, 550 F. Supp. 24 (W.D. Mich. 1982) : 943, 103, 136, 175.
In re Grand Jury Proceedings Bank of Nova Scotia, 740 F.2d 817 (11th Cir. 1984) : 94, 101.
In re Grand Jury Proceedings, United States v. Bank of Nova Scotia, 691 F.2d 1384 (11th Cir. 1982) : 94, 95, 103.
In re Grand Jury Proceedings, Yanagihara Grand Jury, 709 F. Supp. 192 (C.D. Cal. 1989) : 106.
In re Grand Jury Sub poena, Two Grand Jury Contemnors v. United States, 826 F.2d 1166 (2d Cir. 1987) : 106.
 Grass v. Credito Mexicano, S.A., 797 F.2d 220 (5th Cir. 1986) : 278.
 Grupo Protexa, S.A. v. All American Slip, 954 F.2d 130 (3d Cir. 1992) : 250.
 Hartford Fire Insurance Co. v. California, 113 S. Ct. 2891 (1993). 74, 75, 144.

Haven v. Foster, 26 Mass. (9 Pick.) 112 (1829) : 250.
 Hewitt v. Speyer, 250 Fed. 367 (2d Cir. 1918) : 277.
 Hilton v. Guyot, 159 U.S. 113 (1985) : 121.
 Holzer v. Deutsche Reichsbahngesellschaft, 14 N.E.2d 798 (N.Y. 1938) : 274.
 Horowitz v. United States, 267 U.S. 458 (1925) : 216.
 Hunt v. Coastal States Gas Producing Co., 583 S.W.2d 322 (Tex. 1979) : 212.
 Hunt v. Mobil Oil Corp., 550 F.2d 68 (2d Cir. 1977) : 212.
 Huntington v. Attrill, 146 U.S. 657 (1892) : 149.
 Ings v. Ferguson, 282 F.2d 149 (2d Cir. 1960) : 97.
 The Innerton, 141 F.2d 931 (5th Cir. 1944) : 44, 167, 198, 210.
In re Insurance Antitrust Litigation, 938 F.2d 919 (9th Cir. 1991) : 75.
 Interamerican Refining Corp. v. Texaco Maracaibo, Inc., 307 F. Supp. 1291 (D. Del. 1970) : 76, 148, 178.
 International Aircraft Sales, Inc. v. Betancourt, 582 S.W.2d 632 (Tex. Civ. App. 1979) : 237.
 International Society for Krishna Consciousness, Inc. v. Lee, 105 F.R.D. 435 (S.D.N.Y. 1984) : 104.
In re Investigation of World Arrangements with Relation to the Production, Transportation, Refining & Distribution of Petroleum, 13 F.R.D. 280 (D.D.C. 1952) : 75, 94, 97.
 The Isle of Mull, 278 Fed. 131 (4th Cir. 1921) : 44.
In re Japanese Electronic Products, 723 F.2d 238 (3rd Cir. 1983) : 76, 145.
 Johnson v. Atkins, 127 P.2d 1027 (Cal. Dist. Ct. App. 1942) : 44.
 Kawatika v. United States, 343 U.S. 717 (1952) : 68.
 Kalamazoo Spice Extraction Co. v. Provisional Military Government of Socialist Ethiopia, 729 F.2d 422 (6th Cir. 1984) : 280.
 Kern v. Dynallectron Corp., 577 F. Supp. 1196 (N. D. Tex. 1983) ; 746 F.2d 810 (5th Cir. 1984) : 62, 146.
 Keystone Leasing Corp. v. Peoples Protective Life Insurance Co., 514 F. Supp. 841 (E.D.N.Y. 1981) : 316.
 W.S. Kirkpatrick & Co., Inc. v. Environmental Tectonics Corp. International, 493 U.S. 400 (1990) : 212, 277, 281.
 Klaxon v. Stentor Electric Manufacturing Co., 313 U.S. 487 (1941) : 43.
 Kleve v. Basler Lebens-Versicherungs-Gesellschaft in Basel, 45 N.Y.S.2d 882 (Sup. Ct. 1943) : 274.
 The Kronprinzessin Cecilie, 244 U.S. 12 (1917) : 44, 130, 134.
 Krulewitsch v. National Importing & Trading Co. Inc., 186 N.Y.S. 838 (Sup. Ct. 1921) : 44.
 Lakeman v. Pollard, 43 Me. 463 (1857) : 134.
 Laker Airways Ltd. v. Pan American World Airways, 103 F.R.D. 42 (D. D.C. 1984) : 104, 222.
 Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines, 731 F.2d 909 (D.C. Cir. 1984) : 166.
 Lamb v. Phillip Morris, Inc., 915 F.2d 1024 (6th Cir. 1990) : 212, 281.
 Lann v. United Steel Works Corp., 1 N.Y.S.2d 951 (Sup. Ct. 1938) : 172, 200, 335.
 Lasky v. Continental Products Corp., 569 F. Supp. 1227 (E.D. Pa. 1983) : 104.
 Lauritzen v. Larsen, 345 U.S. 571 (1953) : 113.
 Libra Bank Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica, 570 F. Supp. 870 (S.D.N.Y. 1983) : 278.
 Libyan American Oil Co. v. Socialist People's Libyan Arab Jamahirya, 482 F. Supp. 1175 (D. D.C. 1980) : 275.
 Linsman v. World Hockey Association, 439 F. Supp. 1315 (D. Conn. 1977) : 76.
 Liu v. Republic of China, 892 F.2d 1419 (9th Cir. 1989) : 281.
 Lyons v. Bell Asbestos Mines, Ltd., 119 F.R.D. 384 (D.S.C. 1988) : 104, 151.
 Maltina Corp. v. Cawy Bottling Co., 462 F.2d 1021 (5th Cir. 1972) : 276.
 Mannington Mills v. Congoleum Corp., 595 F.2d 1287 (3rd Cir. 1979) : 75, 76.

Marks v. United Steel Works Corp., 289 N.Y.S. 1035 (N.Y. City Ct. 1935) : 172.
 Massie v. Watts, 6 Cranch (10 U.S.) 148 (1810) : 116.
 Matsushita Electric Industrial Co. Ltd. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986) : 76.
 Matter of Marc Rich & Co., A.G., 707 F.2d 663 (2d Cir. 1983) : 101, 170.
 Menendez v. Saks and Co., 485 F.2d 1355 (2d Cir. 1973) : 275, 276, 277.
 Minnesota Mining and Manufacturing Co. v. New Jersey Wood Fishing Co., 381 U.S. 311 (1965) : 149.
 Minpeco, S.A. v. Conticommodity Services, Inc., 116 F.R.D. 517 (S.D.N.Y. 1987) : 101, 104.
 Mishima v. United States, 507 F. Supp. 131 (D. Alaska 1981) : 85.
 Murphy v. Waterfront Commission, 378 U.S. 52 (1964) : 85.
 Northrop Corp. v. Triad International Marketing S.A., 811 F.2d 1265 (9th Cir. 1987) : 316.
 Occidental Petroleum Corp. v. Buttes Gas & Oil Co., 331 F. Supp. 92 (C.D. Cal. 1971), 461 F.2d 1261 (9th Cir. 1971) : 212.
 Oetjen v. Central Leather Co., 246 U.S. 297 (1918) : 273, 281.
In re Oil Spill by the "Amoco Cadiz" (N.D. Ill., 1^{er} avril 1980) : 102, 214.
In re Oil Spill by the "Amoco Cadiz", 93 F.R.D. 840 (N.D. Ill. 1982) : 101, 214.
 O.N.E. Shipping Ltd. v. Flota Mercantile Grancolombiana, S.A., 830 F.2d 449 (2d Cir. 1987) : 281.
 Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip, 499 U.S. 1 (1991) : 149.
 F. Palicio y Compania, S.A. v. Brush, 256 F. Supp. 481 (S.D.N.Y. 1966) ; 375 F.2d 1011 (2d Cir. 1967) : 276.
 Pan-American Life Insurance Co. v. Blanco, 362 F.2d 167 (5th Cir. 1966) : 191.
 Pan-American Securities Corp. v. Fried. Krupp Aktiengesellschaft, 6 N.Y.S.2d 993 (Sup. Ct. 1938) : 172, 200, 335.
 Parker v. Brown, 317 U.S. 341 (1943) : 75, 158.
 Perez v. Chase Manhattan Bank, N.A., 474 N.Y.S.2d 689 (Ct. App. 1984) : 279.
 Perry v. United States, 294 U.S. 330 (1935) : 216.
 Petrogradsky Mejdunarodny Kommerchesky Bank v. National City Bank of New York, 170 N.E. 479 (N.Y. 1930) : 196.
 Pfeiffer v. Wm. Wrigley Jr. Co., 755 F.2d 554 (7th Cir. 1985) : 122.
 Plesch v. Banque Nationale de la République d'Haïti, 77 N.Y.S.2d 43 (App. Div. 1948), 81 N.E.2d 106 (Ct. App. 1948) : 192.
 Pollard v. Schaaffer, 1 Dall. 210 (Pa. 1787) : 44.
 Reinsurance Company of America, Inc. v. Administratia Asigurarilor de Stat, 902 F.2d 1275 (7th Cir. 1990) : 104.
 Remington Products Inc. v. North American Philips Corp., 107 F.R.D. 642 (D. Conn 1985) : 104.
 Republic of Argentina v. Weltover, Inc., 112 S. Ct. 2160 (1992) : 141.
 Republic of Iraq v. First National City Bank, 241 F. Supp. 567 (S.D.N.Y. 1965), 353 F.2d 47 (2d Cir. 1965) : 276.
 Republic of the Philippines v. Marcos, 818 F.2d 1473 (9th Cir. 1987), 862 F.2d 1355 (9th Cir. 1988) : 281.
 Ricaud v. American Metal Co., Ltd., 246 U.S. 304 (1918) : 273, 281.
 Rich v. KIS California, Inc., 121 F.R.D. 254 (M.D.N.C. 1988) : 104.
 Richards & Co. Inc. v. Wreschner, 156 N.Y.S 1054 (Sup. Ct. 1915) : 44.
 Riedel v. Bancam, S.A., 792 F.2d 587 (6th Cir. 1986) : 278.
 Rothkopf v. Lowry & Co., 148 F.2d 517 (2d Cir. 1945) : 44.
 Russek v. Angulo, 236 S.W. 131 (Tex. Civ. App. 1921) : 192.
 Russian Reinsurance Co. v. Stoddard, 147 N.E. 703 (N.Y. 1925) : 196.
 Sansone v. Selvaggi, 2 A.2d 355 (N.J. 1938) : 65.
 The Santissima Trinidad, 7 Wheat. (20 U.S.) 283, 336 (1822) : 273.

Sea Dragon Inc. v. Gebr. Van Weelde Scheepsvaartkantoor B.V., 574 F. Supp. 367 (S.D.N.Y. 1983) : 195.
In re Sealed Case, 825 F.2d 494 (D.C. Cir. 1987) : 101, 104, 174, 183.
 S.E.C. v. Banca Della Svizzera Italiana, 92 F.R.D. 111 (S.D.N.Y. 1981) : 94, 101, 175.
 Securities and Exchange Commission v. Minas de Artemisa, S.A., 150 F.2d 215 (9th Cir. 1945) : 97.
In re Sik's Estate, 129 N.Y.S.2d 134 (Sur. Ct. 1954) : 237.
 Sliosberg v. New York Life Insurance Co., 155 N.E. 749 (N.Y. 1927) : 191.
 Société Internationale pour Participations Industrielles et Commerciales S.A. v. Brownell, 225 F.2d 532 (D.C. Cir. 1955) : 98.
 Société Internationale pour Participations Industrielles et Commerciales S.A. v. Brownell, 243 F.2d 254 (D.C. Cir. 1957) : 98.
 Société Internationale pour Participations Industrielles et Commerciales S.A. v. Clark, 9 F.R.D. 263 (D. D.C. 1949) : 98.
 Société Internationale pour Participations Industrielles et Commerciales S.A. v. McGranery, 111 F. Supp. 435 (D. D.C. 1953) : 98.
 Société Internationale pour Participations Industrielles et Commerciales S.A. v. Rogers, 357 U.S. 197 (1958) : 82, 98, 99, 101, 170, 209.
In re Société Nationale Aérospatiale, 782 F.2d 120 (8th Cir. 1986) : 101, 224.
 Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court, 482 U.S. 522 (1987) : 95, 99, 100, 104, 121, 170, 224.
 Sokoloff v. National City Bank of New York, 145 N.E. 917 (N.Y. 1924) ; 164 N.E. 745 (N.Y. 1928) : 192, 274.
 Soletanche and Rodio v. Brown and Lambrecht, 99 F.R.D. 269 (N.D. Ill. 1983) : 102.
 Southern International Sales Co., Inc. v. Potter & Brumfield Division, 410 F. Supp. 1339 (S.D.N.Y. 1976) : 316.
 Southern Motor Carriers Rate Conference, Inc. v. United States, 471 U.S. 48 (1985) : 159, 160.
 The Styria v. Morgan, 186 U.S. 1 (1902) : 44, 130.
 Tabacalera Severiano Jorge, S.A. v. Standard Cigar Co., 392 F.2d 706 (5th Cir. 1968) : 276, 278.
 Taylor v. Taintor, 16 Wall. (83 U.S.) 366 (1873) : 211.
 Texas v. White, 7 Wall. (74 U.S.) 700 (1868) : 186.
 Texas Co. v. Hogarth Shipping Co., 256 U.S. 619 (1921) : 44.
 Thaddeus Davis Co. v. Hoffmann-La Roche Chemical Works, 166 N.Y.S. 179 (Sup. Ct. 1917) : 44.
In re Tierney, 456 F.2d 806 (5th Cir. 1972) : 85.
 Timberlane Lumber Co. v. Bank of America, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976) ; 749 F.2d 1378 (9th Cir. 1984) : 75, 76.
 Trade Development Bank v. Continental Insurance Co., 469 F.2d 35 (2d Cir. 1972) : 104.
 Transatlantic Financing Corp. v. United States, 363 F.2d 312 (D.C. Cir. 1966) : 45, 129, 199.
 Trinh v. Citibank, N.A., 850 F.2d 1164 (6th Cir. 1988) : 192, 279, 338.
 Trujillo-M. v. Bank of Nova Scotia, 273 N.Y.S. 2d 700 (Sup. Ct. 1966) : 193.
 Tweedie Trading Co. v. James P. Macdonald Co., 114 Fed. 985 (S.D.N.Y.) 1902) : 44.
 TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp., 113 S. Ct. 2711 (1993) : 149.
 Underhill v. Hernandez, 65 Fed. 577 (2d Cir. 1895) ; 168 U.S. 250 (1897) : 273, 281.
 United Mine Workers of America v. Pennington, 381 U.S. 657 (1965) : 212.
 United Nuclear Corp. v. General Atomic Co., 629 P.2d 231 (N.M. 1980) : 76, 101, 212.
 United States v. Aluminium Co. of America, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945) : 74.
 United States v. Alvarez-Machain, 112 S. Ct. 2188 (1992) : 125.
 United States v. Belmont, 301 U.S. 324 (1937) : 274.

United States v. Chase Manhattan Bank, N.A., 590 F. Supp. 1160 (S.D.N.Y. 1984) : 104, 175.
 United States v. Davis, 767 F.2d 1025 (2d Cir. 1985) : 82, 106, 174.
 United States v. Field, 532 F.2d 404 (5th Cir. 1976) : 101, 103, 136.
 United States v. First National Bank of Chicago, 699 F.2d 341 (7th Cir. 1983) : 94, 104, 147.
 United States v. First National City Bank, 396 F.2d 897 (2d Cir. 1968) : 82, 94, 100, 118, 148, 149, 165, 175.
 United States v. Fleischman, 339 U.S. 349 (1950) : 101.
 United States v. Frank, 494 F.2d 145 (2d Cir. 1974) : 101.
 United States v. General Electric Co., 115 F. Supp. 835 (D.N.J. 1953) : 75, 97.
 United States v. Ghidoni, 732 F.2d 814 (11th Cir. 1984) : 106.
 United States v. Halper, 490 U.S. 435 (1989) : 149.
 United States v. Imperial Chemical Industries, 105 F. Supp. 215 (S.D.N.Y. 1952) : 75, 116.
 United States v. Miller, 425 U.S. 435 (1976) : 96.
 United States v. Murdock, 284 U.S. 141 (1931) : 85.
 United States v. Pink, 315 U.S. 203 (1942) : 274.
 United States v. Sisal Sales Corp., 274 U.S. 268 (1927) : 212.
 United States v. Smith, 5 Wheat. (18 U.S.) 153 (1820) : 119, 184.
 United States v. Toyota Motor Corp., 569 F. Supp. 1158 (C.D. Cal. 1983) : 104.
 United States v. (Under Seal), 794 F.2d 920 (4th Cir. 1986) : 85.
 United States v. Verdugo-Urquidez, 494 U.S. 259 (1990) : 115, 144.
 United States v. Vetco Inc., 644 F.2d 1324 (9th Cir. 1981) : 104, 175.
 United States v. The Watchmakers of Switzerland Information Center, Inc., 1963 Trade Cas. (CCH) ¶ 70600 (S.D.N.Y. 1963) ; 1965 Trade Cas. (CCH) ¶ 71352 (S.D.N.Y. 1965) : 75.
 United States v. Yunis, 924 F.2d 1086 (D.C. Cir. 1991) : 113.
 United States Trust Co. of New York v. State of New Jersey, 431 U.S. 1 (1977) : 216.
In re Uranium Antitrust Litigation, 480 F. Supp. 1138 (N.D. Ill. 1979) : 94, 102, 124, 170.
 Vanetta Velvet Corp. v. Kakunaka & Co. Ltd., 10 N.Y.S.2d 270 (App. Div. 1939) : 44.
 Vanguard International Manufacturing, Inc., v. United States, 588 F. Supp. 1229 (S.D.N.Y. 1984) : 104, 106, 175.
 Varas v. Crown Life Insurance Co., 203 A.2d 505 (Pa. Super. Ct. 1964) : 172, 200.
 Vishipco Line v. Chase Manhattan Bank, N.A., 660 F.2d 854 (2d Cir. 1981) : 192, 193, 279, 338.
 Volkswagenwerk A.G. v. Schlunk, 486 U.S. 694 (1988) : 95.
 Walton v. Arabian America Oil Co., 233 F.2d 541 (2d Cir. 1956) : 246, 249.
 Ware v. Hylton, 3 Dall. (3 U.S.) 199, 231 (1796) : 273.
 Wells Fargo Asia Ltd. v. Citibank, N.A., 612 F. Supp. 351 (S.D.N.Y. 1985) ; 660 F. Supp. 946 (S.D.N.Y. 1987) ; 852 F.2d 657 (2d Cir. 1988) ; *sub nom.* Citibank, N.A. v. Wells Fargo Asia Ltd., 495 U.S. 660 (1990) ; *sur renvoi* Wells Fargo Asia Ltd. v. Citibank, N.A., 936 F.2d 723 (2d Cir. 1991) : 201, 210.
 West v. Multibanco Comermex, S.A., 807 F.2d 820 (5th Cir. 1987) : 275, 278.
 Western Union Telegraph Co. v. Commonwealth of Pennsylvania, 368 U.S. 71 (1961) : 196.
In re Westinghouse Electric Corporation Uranium Contracts Litigation, 563 F.2d 992 (10th Cir. 1977) : 102, 104.
 Weston Banking Corp. v. Turkiye Garanti Bankasi S.A., 446 N.Y.S.2d 67 (App. Div. 1982), 456 N.Y.S.2d 684 (Ct. App. 1982) : 190, 278.
 Williams v. Bruffy, 96 U.S. 176 (1878) : 196.
 Williams & Humbert Ltd. v. W. & H. Trade Marks (Jersey) Ltd., 840 F.2d 72 (D.C. Cir. 1988) : 222.
 J. Zeevi and Sons, Ltd. v. Grindlays Bank (Uganda) Ltd., 371 N.Y.S.2d 892 (Ct. App. 1975) : 172, 278, 316, 319.
 Zicarelli v. Investigation Commission, 406 U.S. 472 (1972) : 85.
 Zwack v. Kraus Bros & Co., 237 F.2d 255 (2d Cir. 1956) : 44, 182.

France

Amirauté de Marseille 31 juillet 1758 (Valin, *Nouveau Commentaire*, t. I, p. 119) : 236.
 Parlement d'Aix 30 juin 1759 (Valin, *Nouveau Commentaire*, t. I, p. 119) : 236.
 Tribunal de première instance de Paris 29 vendémiaire an II, S. chron. 1809-1811. 2. 176 : 217.
 Trib. cass., Req. 14 fructidor an VIII, *Jurispr. gén.*, v^o *Droit maritime*, n^o 912 : 19.
 Poitiers 3 messidor an IX, *Jurispr. gén.*, v^o *Droit maritime*, n^o 911 : 19.
 Paris 2 janvier 1810, S. chron. 1809-1811. 2. 176 : 217.
 Req. 24 mai 1814, S. chron. 1812-1814. 1. 633 : 65.
 Paris 31 mai 1816, *Jurispr. gén.*, v^o *Vente*, n^o 885 : 265.
 Paris 17 décembre 1817 et Req. 9 avril 1818, S. chron. 1815-1818. 1. 462 : 132.
 Paris 19 juin 1818, *Jurispr. gén.*, v^o *Vente*, n^o 860 : 265.
 Civ. 29 juin 1818, S. chron. 1815-1818. 1. 494 : 65.
 Req. 7 avril 1819, *Jurispr. gén.*, v^o *Vente*, n^o 814 : 265.
 Paris 28 janvier 1822, *Jurispr. gén.* v^o *Droit civil*, n^o 472 : 265.
 Trib. com. Marseille 22 février 1822, *Jurispr. gén.*, v^o *Droit maritime*, n^o 2021 : 19.
 C.E. 8 mai 1822, *Petit, Rec.*, p. 444 : 265.
 C.E. 22 juin 1825, *Collot, Rec.*, p. 346 : 265.
 Req. 6 avril 1826, S. chron. 1825-1827. 1. 312 : 186.
 Rennes 1^{er} décembre 1826, S. chron. 1825-1827. 2. 293 : 236.
 Civ. 12 décembre 1826, S. chron. 1825-1827. 1. 482 : 265.
 Req. 2 août 1827, S. chron. 1825-1827. 1. 657 : 19, 237.
 Trib. com. Marseille 10 novembre 1829, *Jurispr. gén.*, v^o *Droit maritime*, n^o 2026 : 19.
 Req. 14 avril 1830, *Jurispr. gén.*, v^o *Vente*, n^o 813 : 265.
 Aix 30 août 1833, S. 1834. 2. 161 : 236.
 Pau 11 juillet 1834, S. 1835. 1. 673 : 236, 237.
 Req. 25 août 1835, S. 1835. 1. 673 : 236.
 Nancy 11 juillet 1839, S. 1841. 1. 24 : 265.
 C.E., avis du 12 novembre 1840, *Jurispr. gén.*, v^o *Effets de commerce*, n^o 634 : 135.
 Req. 6 janvier 1841, S. 1841. 1. 24 : 265.
 Req. 16 mai 1841, *Jurispr. gén.*, v^o *Lois*, n^o 102 : 186.
 Req. 4 mai 1842, S. 1842. 1. 618 : 131, 205, 245.
 Colmar 9 août 1842, *Jurispr. gén.*, v^o *Vente*, n^o 853 : 265.
 Civ. 28 janvier 1846, *Jurispr. gén.*, v^o *Vente*, n^o 853 : 265.
 Rouen 27 février 1847, D.P. 1848. 2. 150 : 19.
 Trib. com. Bordeaux 4 juin 1847, D.P. 1847. 4. 56 : 19.
 Paris 27 novembre 1847, D.P. 1848. 2. 90 : 19.
 Civ. 22 janvier 1849, D.P. 1849. 1. 5 ; S. 1849. 1. 81 : 273.
 Paris 25 avril 1862, D.P. 1863. 1. 80 : 24, 205.
 Req. 7 juillet 1862, D.P. 1863. 1. 80 : 24, 205.
 Trib. com. Seine 20 janvier 1869, D.P. 1869. 3. 53 : 267.
 Trib. civ. Seine 17 avril 1869, D.P. 1869. 5. 221 : 134.
 Paris 2 mars 1870, D.P. 1870. 2. 107 : 267.
 Trib. com. Seine 2 janvier 1871, D.P. 1871. 3. 17 : 199.
 Paris 23 août 1872, D.P. 1873. 2. 235 : 140.
 Req. 19 novembre 1872, D.P. 1873. 1. 215 : 208.
 Req. 27 novembre 1872, D.P. 1873. 1. 203 : 194.
 Trib. civ. Rocroi 16 janvier 1873, D.P. 1873. 3. 46 : 62, 63.
 Amiens 18 janvier 1873, D.P. 1873. 2. 73 : 68.
 Nancy 7 mars 1874, D.P. 1874. 2. 184 : 62.

C.E. 19 février 1875, *Prince Napoléon*, Rec., p. 155 : 284.
 Civ. 22 janvier 1877, D.P. 1877. 1. 321 : 62, 267.
 C.E. 18 mai 1877, *Banque de France c. Ministre des finances*, D.P. 1877. 3. 81 : 194.
 Paris 26 février 1880, D.P. 1886. 1. 393 : 286.
 Civ. 21 avril 1886, D.P. 1886. 1. 393 : 286.
 Req. 6 janvier 1890, D.P. 1890. 1. 63 : 258.
 Civ. 23 février 1891, D.P. 1892. 1. 29 : 247.
 Aix 7 décembre 1892, J.D.I. 1895. 134 : 5, 206.
 Trib. com. Seine 10 octobre 1894, J.D.I. 1895. 108 : 205.
 Req. 5 novembre 1894, J.D.I. 1895. 134 : 5, 25, 199, 206.
 Civ. 22 novembre 1898, J.D.I. 1899. 136 : 266, 267.
 Trib. com. Dunkerque 27 novembre 1906, J.D.I. 1908. 138 : 236.
 Douai 11 novembre 1907, J.D.I. 1908. 138 : 236.
 Req. 27 octobre 1908, S. 1910. 1. 230 : 141, 199.
 Civ. 5 décembre 1910, S. 1911. 1. 129 : 1.
 Req. 15 mars 1911, D.P. 1911. 1. 382 : 236.
 Trib. com. Nancy 30 mai 1913, Gaz. Pal. 1913. 2. 127 : 184, 269.
 Trib. com. Seine 29 juin 1915, Journ. trib. com. 1916. 261 : 199.
 Trib. com. Seine 6 juillet 1915, Journ. trib. com. 1916. 265 : 199.
 Trib. com. Seine 17 août 1915, Journ. trib. com. 1917. 84 : 25, 199.
 Paris 7 juin 1916, Rec. Gaz. Trib. 1917. 2. 426 : 130.
 Crim. 15 juin 1917, R. 1917. 543 : 149.
 Trib. civ. Seine 26 juin 1917, Gaz. Pal. 1916-1917. 806 : 25.
 Cons. guerre Paris 11 février 1918, Gaz. Trib., Journal des 7 et 11-13 février 1918, p. 75 et 89 : 149.
 Crim. 1^{er} août 1919, D.P. 1919. 1. 49 : 68.
 Trib. sup. Colmar 14 juin 1920, Rev. jur. Als. Lorr. 1920. 358 : 62.
 Trib. sup. Colmar 11 mai 1921, Rev. jur. Als. Lorr. 1921. 316 : 62.
 Trib. sup. Colmar 26 octobre 1921, Rev. jur. Als. Lorr. 1921. 484 : 62.
 Trib. sup. Colmar 2 novembre 1921, Rev. jur. Als. Lorr. 1921. 484 : 62.
 Req. 20 mai 1922, S. 1926. 1. 305 : 220.
 Trib. com. Seine 31 août 1922, J.D.I. 1922. 992 : 208.
 Trib. sup. Colmar 30 mai 1923, Rev. jur. Als. Lorr. 1923. 449 : 62.
 Aix 31 mai 1923, J.D.I. 1924. 104 : 258.
 Civ. 19 juin 1923, D.P. 1923. 1. 94 : 178.
 Req. 5 mai 1924, J.D.I. 1925. 133 : 267.
 Paris 22 novembre 1924, D.H. 1925. 48 : 201.
 Trib. civ. Seine 11 décembre 1924, J.D.I. 1927. 1066 : 192.
 Alger 20 février 1925, J.D.I. 1926. 701 : 236.
 Trib. com. Seine 25 mai 1925, D.H. 1925. 442 : 192, 333.
 Paris 18 février 1926, J.D.I. 1927. 1061 : 192, 333.
 Req. 21 juin 1926, Rev. jur. Als. Lorr. 1926. 533 : 62.
 Colmar 7 juillet 1926, Rev. jur. Als. Lorr. 1928. 358 : 214, 220.
 Trib. com. Seine 9 juillet 1926, D.H. 1926. 431 : 5, 25, 182, 192.
 Req. 4 janvier 1927, S. 1927. 1. 188 : 206.
 Paris 8 février 1927, J.D.I. 1934. 662 : 25, 182, 192.
 Paris 18 février 1927, D.H. 1927. 260 : 192.
 Trib. civ. Seine 25 mars 1927, J.D.I. 1927. 1066 : 191.
 Paris 27 mai 1927, J.D.I. 1928. 126 : 182.
 Bordeaux 2 janvier 1928, R. 1929. 93 : 182.
 Req. 5 mars 1928, R. 1929. 288 : 285.

Req. 28 mars 1928, S. 1928. 1. 305 : 236.
 Paris 13 juin 1928, R. 1929. 93 : 182.
 Civ. 3 juillet 1928, S. 1928. 1. 356 : 267, 269.
 Req. 16 juillet 1928, Rev. jur. Als. Lorr. 1928. 555 : 62.
 Req. 11 juin 1929, S. 1929. 1. 372 : 201.
 Paris 22 juillet 1929, J.D.I. 1929. 1095 : 192.
 Req. 29 juillet 1929, J.D.I. 1930. 680 : 182.
 Paris 23 avril 1931, J.D.I. 1931. 1116 : 191, 201, 333.
 Civ. 12 mai 1931, S. 1932. 1. 137 : 117.
 Colmar 12 juin 1931, J.D.I. 1934. 104 : 195.
 Trib. com. Marseille 27 novembre 1931, J.D.I. 1934. 927 : 287.
 Colmar 24 juin 1932, S. 1934. 2. 73 : 236, 259.
 Trib. com. Seine 29 juin 1932, J.D.I. 1934. 663 : 5, 60, 182.
 Trib. civ. Seine 2 juillet 1932, J.D.I. 1933. 73 ; R. 1934.770 ; S. 1934. 2. 73 : 237.
 Paris 15 février 1933, J.D.I. 1933. 959 : 25, 133, 182, 192, 333.
 Req. 4 juillet 1933, J.D.I. 1934. 662 ; D.P. 1934. 1. 10 : 182.
 Civ. 14 avril 1934, S. 1935. 1. 201 : 267.
 Crim. 20 avril 1934, S. 1935. 1. 398 : 68.
 Crim. 8 février 1936, D.P. 1936. 1. 44 : 69.
 Paris 26 mars 1936, J.D.I. 1936. 931 ; R. 1937. 435 : 260.
 Trib. corr. Seine 14 novembre 1936, S. 1937. 2. 43 : 69.
 Trib. corr. Strasbourg 23 novembre 1936, D.H. 1937. 80 : 69.
 Colmar 16 février 1937, R. 1937. 685 ; D.P. 1939. 2. 25 : 237, 267.
 Colmar 27 juillet 1937, Rev. jur. Als. Lorr. 1937. 535 : 264.
 Trib. civ. La Rochelle (réf.) 18 octobre 1937, J.D.I. 1938. 57 : 285.
 Poitiers 20 décembre 1937, J.D.I. 1938. 287 : 285.
 C.E. 14 janvier 1938, *Comp. gén. de la Grande Pêche*, S. 1938. 3. 25 : 236.
 Colmar 11 mars 1938, J.D.I. 1938. 812 ; R. 1939. 124 : 260.
 Trib. civ. Seine 16 novembre 1938, S. 1942. 2. 29 : 116.
 Colmar 9 décembre 1938, Rev. jur. Als. Lorr. 1939. 207 : 260, 265.
 Req. 28 février 1939, S. 1939. 1. 161 : 193.
 Trib. civ. Seine 10 mars 1939, R. 1939. 468 : 260.
 Civ. 14 mars 1939, R. 1939. 280 : 285.
 Paris 20 juillet 1939, Nouvelle Revue 1940. 128 : 172.
 Trib. civ. Seine 12 janvier 1940, Gaz. Pal. 1940. 1. 44 : 285.
 Paris 24 avril 1940, S. 1942. 2. 29 : 116.
 Paris 12 février 1941, Gaz. Pal. 1941. 1. 139 : 285.
 Nîmes 19 mai 1941, Nouvelle Revue 1942. 389 : 285.
 Trib. com. Marseille 17 décembre 1941, Gaz. Pal. 1942. 1. 151 : 25, 202, 208.
 Paris 20 décembre 1941, Gaz. Pal. 1942. 1. 230 : 258.
 Trib. com. Seine 22 janvier 1942, Nouvelle Revue 1943. 77 : 190.
 Poitiers 10 février 1942, D.C. 1942. 146 : 25, 202.
 Aix 16 octobre 1942, Gaz. Pal. 1943. 1. 109 : 25, 202, 208.
 Nancy 26 octobre 1943, R. 1947. 97 : 258.
 Paris 3 janvier 1944, R. 1948. 81 : 182.
 C.E. 7 janvier 1944, *Lecocq*, Rec., p. 5 ; R.D.P. 1944. 322 : 156.
 C.E. 11 juillet 1945, *Société Chaigneau-Ancelin*, Rec., p. 154 ; R.D.P. 1945. 494 : 156.
 Trib. paix Candé 27 novembre 1945, Gaz. Pal. 1946. 1. 17 : 146.
 Aix 4 décembre 1945, D. 1946. 195 : 214.
 Trib. corr. du Havre 25 février 1946, D. 1946. 211 : 68.
 Trib. civ. Fontainebleau 20 mars 1946, Gaz. Pal. 1946. 1. 217 : 132, 146.

Trib. civ. Bourg 30 avril 1946, Gaz. Pal. 1946. 2. 180 : 266.
 Trib. civ. Albi 22 mai 1946, Gaz. Pal. 1946. 2. 253 : 62, 266.
 Montpellier 30 juillet 1946, Gaz. Pal. 1946. 2. 180 : 266.
 Trib. com. Marseille 9 décembre 1946, R. 1948. 294 : 236.
 Trib. civ. Seine 22 janvier 1947, Gaz. Pal. 1947. 1. 67 : 252.
 Soc. 24 janvier 1947, Rev. loyers 1947. 295 : 143.
 Soc. 28 février 1947, D. 1947. 212 : 131.
 Colmar 15 avril 1947, Rev. jur. Als. Lorr. 1948. 120 : 143.
 Aix 20 mai 1947, R. 1948. 294 : 236.
 Trib. civ. Strasbourg 3 juin 1947, Rev. jur. Als. Lorr. 1947. 276 : 62, 266.
 Colmar 25 février 1948, Rev. jur. Als. Lorr. 1948. 120 : 143.
 C.E. 21 juillet 1948, *Riss*, S. 1949. 3. 1 : 68.
 Paris 25 octobre 1948, Gaz. Pal. 1948. 2. 234 : 211.
 Aix 5 janvier 1949, D. 1949. 575 : 214.
 Civ. 14 novembre 1949, R. 1951. 311 : 156.
 Com. 17 janvier 1950, R. 1952. 108 : 258.
 Paris 3 mai 1950, Gaz. Pal. 1950. 2. 71 : 5, 25, 132, 146, 208.
 Civ. 21 juin 1950, R. 1950. 609 : 116, 336.
 C.E. 31 octobre 1950, *Kobler*, Rec., p. 523 : 68.
 Civ. 9 janvier 1951, R. 1951. 313 : 156.
 Com. 19 juin 1951, D. 1951. 717 : 214.
 Crim. 13 juillet 1951, S. 1952. 1. 118 : 69.
 Colmar 25 juillet 1951, J.C.P. 1951. II. 6626 : 70.
 Civ. 1^{re} 3 novembre 1952, R. 1953.425 : 286.
 Paris 21 juillet 1953, R. 1954. 539 : 65.
 Paris 22 janvier 1954, R. 1955. 165 : 123.
 Paris 7 juillet 1954, R. 1954. 552 : 117, 268.
 C.E. 10 juillet 1954, *Kelm*, Rec., p. 469 : 156.
 Trib. civ. Seine (réf.) 12 juillet 1954, R. 1955. 500 : 286.
 Civ. 1^{re} 1^{er} décembre 1954, R. 1957. 43 : 201.
 Soc. 13 octobre 1955, Bull. civ. IV, n° 705 : 141.
 T.C. 12 décembre 1955, *Thomasson c. R.A.T.P.*, Rec., p. 626 : 220.
 Trib. civ. Seine 4 janvier 1956, R. 1956. 679 : 236.
 C.E. 2 mars 1956, *E.D.F.*, Rec., p. 98 : 220.
 Trib. civ. Seine 17 octobre 1956, J.C.P. 1956. II. 9647 : 54.
 Com. 18 juin 1958, Bull. civ. III, n° 257 : 172, 206.
 Civ. 1^{re} 17 novembre 1958, Bull. civ. I, n° 492 : 236.
 Paris 5 juin 1959, J.D.I. 1960. 482 : 220.
 Trib. com. Seine 22 juin 1959, J. soc. 1959. 193 : 61.
 Paris 1^{er} juillet 1959, J.C.P. 1959. II. 11215 : 266.
 Soc. 29 juin 1960, Bull. civ. IV, n° 702 : 178, 220.
 Paris 10 février 1961, R. 1963. 588 : 156, 286.
 Com. 7 mars 1961, Bull. civ. III, n° 125 : 236, 237.
 Orléans 15 mai 1961, R. 1961. 779 : 123.
 Civ. 1^{re} 19 décembre 1961, R. 1962. 350 ; J.D.I. 1962. 432 ; J.C.P. 1962. II. 12489 : 141.
 C.E. 29 juin 1962, *Société « Manufacture des machines du Haut-Rhin »*, Rec., p. 432 : 206.
 Paris 21 décembre 1962, Gaz. Pal. 1963. 1. 99 ; J.D.I. 1963. 424 ; Rev. trim. dr. com. 1963. 956 ; J.C.P. 1963. II. 13447 : 6, 116, 333.
 Soc. 13 février 1963, Bull. civ. IV, n° 150 : 178, 220.
 Paris 8 mai 1963, Gaz. Pal. 1963. 2. 225 : 182, 250.
 Trib. civ. Seine 9 juillet 1963, J.C.P. 1963. II. 13434 : 116.

Civ. 1^{re} 23 octobre 1963, J.C.P. 1963. II. 13434 : 191.
 Crim. 2 juin 1964, Bull. crim., n° 189 : 68.
 Crim. 4 juin 1964, J.C.P. 1964. II. 13806 ; J.D.I. 1965. 98 : 85, 125.
 Trib. com. Seine 18 novembre 1964, Gaz. Pal. 1965. 2. 241 : 5, 191.
 Montpellier 27 janvier 1965, Gaz. Pal. 1965. 1. 424 : 5, 27, 194.
 Soc. 17 mars 1965, Bull. civ. IV, n° 235 : 141.
 Paris 19 mars 1965, J.D.I. 1966. 117 ; R. 1967. 85 : 60, 186.
 Grenoble 29 avril 1965, D. 1966. 11 : 191.
 Aix 19 mai 1965, D. 1966. 11 : 191.
 Paris 22 mai 1965, J.C.P. 1965. II. 14274 bis ; D. 1968. 147 : 171.
 Aix 8 juin 1965, Gaz. Pal. 1966. 1. 24 : 191..
 Agen 22 juin 1965, Gaz. Pal. 1966. 1. 24 : 191.
 Trib. com. Nantes 28 juin 1965, D. 1966. 11 : 191.
 T.G.I. Seine 30 juin 1965, R. 1966. 481 : 27, 194.
 Trib. com. Lille 5 juillet 1965, J.D.I. 1966. 357 : 191.
 Paris 10 juillet 1965, R. 1966. 63 : 5, 191.
 T.G.I. Seine 16 novembre 1965, Gaz. Pal. 1966. 1. 347 : 194.
 Aix 24 janvier 1966, Gaz. Pal. 1966. 1. 263 : 191.
 Toulouse 24 janvier 1966, D. 1966. 609 : 191.
 Civ. 1^{re} 25 janvier 1966, D. 1966. 391 ; J.D.I. 1966. 631 ; R. 1966. 238 : 6, 268, 270.
 Paris 9 février 1966, R. 1966. 264 : 236.
 T.G.I. Seine 23 février 1966, R. 1967. 130 : 317.
 Lyon 2 mars 1966, Gaz. Pal. 1966. 1. 353 : 191.
 Paris 26 mars 1966, J.D.I. 1966. 841 : 60.
 Trib. com. Nantes 12 décembre 1966, D.M.F. 1967. 431 : 233.
 Paris 6 janvier 1967, J.C.P. 1967. II. 15241 : 191, 193.
 Paris 17 janvier 1967, J.C.P. 1967. II. 15032 : 191.
 Soc. 22 février 1967, Bull. civ. IV, n° 175 : 5, 25, 27, 129.
 Paris 17 mai 1967, J.D.I. 1967. 874 : 60, 178.
 Com. 15 juin 1967, J.D.I. 1968. 929 : 123.
 T.G.I. Seine 22 juin 1967, R. 1969. 474 : 340.
 Civ. 1^{re} 16 octobre 1967, D. 1968. 445 : 270.
 Colmar 29 novembre 1968, J.C.P. 1970. II. 16246 : 123.
 Civ. 1^{re} 25 février 1969, R. 1970. 102 : 141.
 Civ. 1^{re} 23 avril 1969, J.C.P. 1969. II. 15897 ; D. 1969. 341 ; R. 1969. 717 ; J.D.I. 1969. 912 : 191, 285.
 Civ. 1^{re} 18 juin 1969, J.C.P. 1969. II. 16131 ; R. 1970. 465 : 190, 236, 312, 317.
 Soc. 6 novembre 1969, Bull. civ. V, n°s 590 à 592 : 5, 25, 27.
 Soc. 11 février 1970, Bull. civ. V, n° 98 : 267.
 Civ. 3^e 26 février 1970, Bull. civ. III, n° 144 : 194.
 Paris 3 mars 1970, J.C.P. 1970. II. 16330 : 193, 270.
 Soc. 15 avril 1970, D. 1971. 107 : 220, 221.
 Paris 14 mai 1970, R. 1974. 486 : 319, 320.
 Orléans 25 juin 1970, J.D.I. 1971. 301 : 5, 6, 182.
 Civ. 1^{re} 8 décembre 1970, Bull. civ. I, n° 323 : 194.
 Civ. 1^{re} 9 mars 1971, Bull. civ. I, n° 75 : 220.
 Civ. 1^{re} 30 mars 1971, R. 1971. 451 ; J.D.I. 1972. 834 : 60.
 Paris 25 mai 1971, J.C.P. 1972. II. 17084 : 61.
 Com. 7 juin 1971, Bull. civ. IV, n° 162 : 5, 232.
 Paris 8 juillet 1971, R. 1971. 771 : 253.
 Civ. 1^{re} 2 novembre 1971, R. 1970. 310 ; J.D.I. 1972. 267 : 121.

- Com. 7 mars 1972, R. 1974. 486 : 210, 319, 320.
 Civ. 3^e 19 avril 1972, D. 1973. 205 ; Rev. trim. dr. civ. 1973. 581 : 190.
 Civ. 1^{re} 17 octobre 1972, R. 1973. 520 ; J.D.I. 1973. 716 : 6, 182, 270, 333.
 Com. 17 octobre 1972, D.M.F. 1973. 153 : 233.
 T.G.I. Paris 25 novembre 1972, R. 1973. 499 : 247.
 Civ. 1^{re} 13 décembre 1972, Bull. civ. I, n^o 287 : 267.
 Civ. 1^{re} 23 janvier 1973, Bull. civ. I, n^o 31 : 191.
 Com. 30 janvier 1973, Bull. civ. IV, n^o 55 : 210.
 Civ. 1^{re} 6 février 1973, J.D.I. 1975. 66 : 201, 317.
 Civ. 3^e 14 février 1973, J.C.P. 1973. IV. 124 : 194.
 Civ. 1^{re} 16 février 1973, J.D.I. 1975. 66 : 270.
 Paris 24 mars 1973, R. 1976. 73 : 317.
 Civ. 3^e 15 mai 1973, D. 1973 I.R. 141 : 27.
 Crim. 27 juin 1973, Bull. crim., n^o 305, p. 735 : 69.
 Orléans 25 octobre 1973, D. 1974. 66 : 190.
 Civ. 1^{re} 7 mai 1974, J.D.I. 1975. 66 : 317.
 Soc. 8 mai 1974, Bull. civ. V, n^o 282 ; R. 1975. 452 : 5, 141.
 Com. 20 mai 1974, Bull. civ. IV, n^o 163 : 60.
 C.E. Ass., 29 juin 1974, *Syndicat général de la Compagnie des Wagons-lits*, R. 1974. 344 ; J.D.I. 1975. 538 : 88.
 Civ. 1^{re} 21 janvier 1975, R. 1977. 120 : 267.
 Civ. 3^e 10 avril 1975, Bull. civ. III, n^o 115 ; Rev. trim. dr. civ. 1976. 151 : 190.
 Paris 15 mai 1975, R. 1976. 690 : 317.
 Civ. 1^{re} 4 mai 1976, R. 1977. 352 : 117.
 Civ. 1^{re} 19 mai 1976, J.D.I. 1976. 687 ; R. 1977. 359 : 141, 286.
 T.G.I. Paris 23 juin 1976, R. 1978. 132 : 116.
 Reims 25 octobre 1976, J.D.I. 1978. 99 : 236.
 Civ. 1^{re} 8 mars 1977, Bull. civ. I, n^o 116 : 194.
 Ass. plén. 14 octobre 1977, R. 1978. 166 ; J.D.I. 1978. 304 : 304.
 Civ. 3^e 14 décembre 1977, Bull. civ. III, n^o 447 : 194, 201, 292, 302, 317.
 Civ. 1^{re} 14 février 1978, R. 1980. 707 : 220, 221.
 Soc. 31 mars 1978, R. 1978. 701 : 317.
 Civ. 1^{re} 2 mai 1978, J.D.I. 1978. 904 : 286.
 Civ. 1^{re} 23 janvier 1979, J.C.P. 1979. II. 19086 : 194, 195, 220, 244.
 Civ. 1^{re} 20 février 1979, J.C.P. 1979. II. 19147 ; R. 1979. 803 : 287.
 Com. 22 mai 1979, Bull. civ. IV, n^o 169 : 210.
 Com. 19 mars 1979, R. 1981. 524 : 220, 285.
 T.G.I. Paris (réf.) 21 décembre 1979, Gaz. Pal. 1980. 1. 154 ; J.D.I. 1980. 330 ; R. 1980. 382 : 173.
 T.G.I. Paris (réf.) 21 janvier 1980, Gaz. Pal. 1980. 1. 155 : 173.
 T.G.I. Paris 23 avril 1980, inédit : 173.
 Com. 19 janvier 1981, Gaz. Pal. 1981. 2. *Pan. jur.* 216 : 267.
 Civ. 1^{re} 1^{er} juillet 1981, J.D.I. 1982. 148 ; R. 1982. 336 : 287.
 Com. 21 octobre 1981, Rev. arb. 1982. 264 : 123.
 Cons. const. 16 janvier 1982, Rec., p. 18 ; J.D.I. 1982. 330 ; R. 1982. 349 : 116, 258.
 Cons. const. 11 février 1982, Rec., p. 31 ; J.D.I. 1982. 340 ; R. 1982. 349 : 116, 258.
 Trib. com. Paris (réf.) 12 février 1982, D. 1982. 504 : 286.
 T.G.I. Paris 25 juin 1982, Gaz. Pal. 1982. 2. 396 : 116.
 Paris 13 juillet 1982, J.D.I. 1983. 383 : 317.
 Civ. 1^{re} 8 février 1983, J.D.I. 1984. 123 : 115.
 Crim. 21 novembre 1983, Bull. crim., n^o 304 : 83.

- Civ. 1^{re} 15 novembre 1983, J.D.I. 1984. 887 ; R. 1985. 100 : 287.
 T.G.I. Paris (réf.) 16 décembre 1983, D. 1984. Somm. 262 : 286, 317.
 Civ. 1^{re} 24 janvier 1984, J.D.I. 1984. 874, R. 1985. 89 : 249.
 Soc. 25 janvier 1984, R. 1985. 327 : 317.
 Civ. 1^{re} 14 mars 1984, R. 1984. 644 ; J.D.I. 1984. 598 : 121.
 Civ. 1^{re} 14 mars 1984, D. 1984. 629 ; J.C.P. 1984. II. 20205 : 284.
 Com. 26 avril 1984, Bull. civ. IV, n^o 135 : 260, 266.
 Ch. mixte 6 juillet 1984, J.C.P. 1985. II. 20338 : 116.
 Aix 20 septembre 1984, R. 1985. 358 : 220.
 Paris 3 octobre 1984, R. 1985. 527 ; J.D.I. 1986. 156 : 186.
 T.G.I. Paris 8 mars 1985, D. 1985. I.R. 346 et 500 : 201, 270.
 T.G.I. Paris 12 mars 1985, D. 1985. I.R. 346 et 500 : 201.
 Com. 30 mai 1985, R. 1986. 329 : 89.
 Paris 26 novembre 1985, D. 1987. I.R. 290 : 173.
 Rouen 23 décembre 1985, D.M.F. 1986. 349 : 220.
 Civ. 1^{re} 4 février 1986, R. 1986. 718 : 121, 220, 286.
 Crim. 28 février 1986, J.D.I. 1986. 992 : 88, 121, 125.
 Civ. 1^{re} 22 avril 1986, R. 1988. 302 : 250.
 Paris 22 mai 1986, D. 1987. Somm. 295 : 190.
 T.G.I. du Havre 12 juin 1986, Rev. fr. dr. aér. 1986. 446 : 260.
 Aix 25 novembre 1986, D.M.F. 1987. 453 : 220.
 C.E. 27 février 1987, *Fidan*, Rec., p. 81 : 250.
 Crim. 13 mai 1987, Bull. crim., n^o 196 : 250.
 Civ. 1^{re} 21 juillet 1987, J.D.I. 1988. 108 ; R. 1988. 347 : 220.
 Civ. 1^{re} 20 octobre 1987, R. 1988. 727 : 121, 286.
 Civ. 1^{re} 2 février 1988, J.D.I. 1988. 741, R. 1989. 55 : 249.
 C.E. 19 février 1988, *Société Robatel S.L.P.I.*, Rec., p. 74 ; D. 1988. 305 : 206.
 Crim. 11 avril 1988, J.C.P. 1988. II. 21116 : 116.
 Rouen 25 avril 1988, Rev. fr. dr. aér. 1988. 204 : 260.
 Rouen 16 juin 1988, D.M.F. 1988. 604 : 220.
 Versailles 27 juin 1988, R. 1989. 696 ; J.D.I. 1989. 691 : 116.
 T.G.I. Paris 29 juin 1988, R. 1990. 339 : 117.
 Civ. 1^{re} 6 juillet 1988, J.D.I. 1989. 376 : 220.
 Paris 1^{er} décembre 1988, Gaz. Pal. 1989. 2. 864 : 266.
 Cons. const. 17 janvier 1989, Rec., p. 18 : 148.
 Com. 28 février 1989, Bull. civ. IV, n^o 74 : 267.
 Civ. 1^{re} 20 mars 1989, Rev. arb. 1989. 653 : 220, 339.
 Com. 18 avril 1989, Bull. civ. IV, n^o 116 ; Rev. dr. banc. bourse 1990. 206 : 190.
 Conseil de la concurrence, décision du 13 juin 1989, Gaz. Pal. 1990. 1. 235 : 74.
 C.E. 16 juin 1989, *Pantoloni*, Rec., p. 143 : 266.
 Cons. const. 28 juillet 1989, Rec., p. 71 : 148.
 T.A. Strasbourg 3 août 1989, *Province de la Hollande septentrionale*, D. 1991. 49 : 144.
 Civ. 1^{re} 25 octobre 1989, R. 1990. 732 ; J.D.I. 1992. 113 : 270, 317.
 Com. 5 décembre 1989, D. 1990. Somm. 270 : 26.
 Paris 19 décembre 1989, Gaz. Pal. 1990. 2. 368 ; R.I.D.A. 1990, n^o 144, p. 215 ; J.C.P. 1990. II. 21462 : 115.
 Cons. const. 29 décembre 1989, Rec., p. 110 : 148.
 Paris 6 février 1990, D. 1990. I.R. 55 : 260.
 Com. 20 février 1990, Bull. civ. IV, n^o 51 ; Bull. transp. 1990. 563 : 22.
 Paris 14 mars 1990, D. 1990. I.R. 84 : 134, 142.
 Versailles 22 mars 1990, J.D.I. 1991. 691 ; J.C.P. 1992. II. 21954 : 284.

Civ. 1^{re} 3 avril 1990, R. 1991. 104 : 116.
 Paris 26 avril 1990, J.C.P. 1991. II. 21704 : 266.
 Civ. 1^{re} 2 mai 1990, J.D.I. 1991. 137 ; R. 1991. 378 : 124, 267, 307.
 Civ. 1^{re} 2 mai 1990, R. 1991. 140 : 141.
 Civ. 1^{re} 21 mai 1990, Bull. civ. I, n° 119 : 267.
 Chambéry 30 mai 1990, J.C.P. 1991. II. 21704 : 266.
 Civ. 1^{re} 6 juin 1990, Bull. civ. I, n° 141 : 220.
 Civ. 1^{re} 12 juin 1990, R. 1991. 140 : 220.
 C.E. 29 juin 1990, *G.I.S.T.I.*, Rec., p. 171 ; R.D.P. 1990. 1579 ; J.D.I. 1990. 965 ; R. 1991. 61 : 284.
 Civ. 1^{re} 9 octobre 1990, R. 1991. 341 : 218.
 Paris 17 octobre 1990, R. 1991. 400 ; J.D.I. 1991. 729 : 284.
 Trib. com. Nantes 31 octobre 1990, P.A. n° 156 du 28 décembre 1990, p. 21 : 116.
 Paris 14 novembre 1990, J.D.I. 1991. 734 : 258.
 Civ. 1^{re} 8 janvier 1991, R. 1991. 569 : 249.
 Civ. 1^{re} 15 janvier 1991, Bull. civ. I, n° 20 : 267.
 Paris 29 janvier 1991, J.D.I. 1991. 691 ; R. 1991. 731 : 237.
 Com. 20 mars 1991, J.C.P. 1991. II. 21634 : 210.
 Paris 29 mars 1991, Rev. arb. 1991. 478 : 223, 224.
 Crim. 3 avril 1991, Gaz. Pal. 1992. I. 335 ; D. 1992 Somm. 41 : 266.
 Paris 11 juillet 1991, J.C.P. 1991. IV. 422 : 220.
 Paris 2 octobre 1991, D. 1991 I.R. 255 : 286.
 Crim. 28 octobre 1991, J.C.P. 1992. II. 21952 : 266.
 Rouen 28 novembre 1991, D.M.F. 1992. 689 : 220.
 Civ. 3^e 4 décembre 1991, Bull. civ. III, n° 308 : 210.
 Cons. const. 25 février 1992, Rec., p. 48 : 148.
 Com. 10 mars 1992, D. 1993 Somm. 55 : 260.
 Aix 20 mars 1992, D.M.F. 1992. 693 : 220.
 Com. 19 mai 1992, D. 1993 Somm. 103 : 26.
 Civ. 1^{re} 30 juin 1992, J.D.I. 1993. 126 : 284.
 T.G.I. Quimper (réf.) 22 octobre et 6 novembre 1992, Gaz. Pal. 1993. I. 238 : 115, 116.
 Rouen 17 décembre 1992, D.M.F. 1993. 359 : 220.
 Civ. 1^{re} 13 janvier 1993, Bull. civ. I, n° 14 : 245.
 T.G.I. Paris (réf.) 5 mars 1993, R.I.D.A. 1993. 240 : 286.
 T.I. Paris (1^{er} arrondissement) 15 mars 1993, Rev. fr. dr. aér. 1993. 351 : 206.
 T.G.I. Lyon 4 mai 1993, D. 1994. 55 : 117.
 Civ. 1^{re} 30 juin 1993, Bull. civ. I, n° 234 : 286.
 Cons. const. 20 juillet 1993, J.O. du 23 juillet 1993 : 148.
 Cons. const. 13 août 1993, J.O. du 18 août 1993 : 148.
 Paris 30 septembre 1993, D. 1993 I.R. 226 : 237.
 Civ. 1^{re} 6 octobre 1993, J.C.P. 1993. II. 22154 : 220.
 Crim. 5 octobre 1993, J.C.P. 1994. IV. 12, n° 102 : 68.
 C.E. 15 octobre 1993, *M^{me} Aylor*, R.F.D.A. 1993. 1166 : 250.
 Crim. 21 octobre 1993, Gaz. Pal. 18-19 février 1994 : 68.
 Paris 12 janvier 1994, D. 1994 I.R. 34 : 148.

Hong Kong

China Mutual Trading v. Banque Belge Pour l'Étranger (Extrême-Orient) S.A. [1955]
 H.K.L.R. 144 : 42.

China Mutual Trading Co. Ltd. v. American President Lines Ltd. [1953] H.K.L.R. 38 ; [1953]
 H.K.L.R. 111 : 42, 170, 175.
 F.D.C. Co. Ltd. v. Chase Manhattan Bank, N.A. [1990] 1 H.K.L.R. 277 : 42, 82, 175.
 Nanus Asia Ltd. v. Standard Chartered Bank [1990] 1 H.K.L.R. 396 : 149.

Irlande

Chemical Bank v. McCormack [1983] I.L.R.M. 350 : 91.

Italie

Cass. Turin 18 décembre 1911, J.D.I. 1912. 1258 : 268.
 Cass. 30 juillet 1937, Nouvelle Revue 1938. 408 : 172.
 Cass. 10 juin 1938, Foro it. 1939. I. 571 : 5, 25, 131, 133, 182.

Liechtenstein

FL OGH 31 mars 1987, IPRax 1990. 409 : 267.

Luxembourg

Cour d'appel 18 juin 1915, Pas. lux. 10.288 : 206.
 Cour d'appel 31 janvier 1919, Pas. lux. 11. 167 : 25, 178.
 Cour d'appel 17 décembre 1926, Pas. lux. 11. 200 : 131.
 Trib. arr. Luxembourg 8 mars 1930, J.D.I. 1931. 229 : 237.
 Trib. arr. Luxembourg 26 juin 1946, Pas. lux. 14. 234 : 65.
 Trib. arr. Diekirch 31 juillet 1946, Pas. lux. 14. 227 : 143.
 Trib. arr. Luxembourg 31 juillet 1946, Pas. lux. 14. 244 : 194, 196.
 Trib. arr. Luxembourg 4 décembre 1946, Pas. lux. 14. 237 : 184, 194, 196.
 Cour d'appel 7 décembre 1946, Pas. lux. 14. 278 : 68.
 Trib. arr. Luxembourg 5 mars 1947, Pas. lux. 14. 289 : 65, 184.
 Trib. arr. Luxembourg 12 mars 1947, Pas. lux. 14. 239 : 5, 194, 196.
 Cour d'appel 15 octobre 1947, Pas. lux. 14. 347 : 194, 196.
 Trib. arr. Luxembourg 7 janvier 1948, Pas. lux. 14. 382 : 65.
 Trib. arr. Luxembourg 7 mai 1948, Pas. lux. 14. 312 : 65.
 Cour d'appel 16 juin 1948, Pas. lux. 14. 397 : 65.
 Cass. 2 février 1956, Pas. lux. 16. 425 : 237.
 Cour d'appel 24 février 1988, Pas. lux. 27 Somm. 19 : 116.
 Trib. arr. Luxembourg 12 juillet 1989, Droit et Banque 15 (1990) 68 : 266.

Monaco

Trib. Monaco (réf.) 24 mai 1917, R. 1917. 602 : 172.

Pays-Bas

- Trib. arr. Rotterdam 14 mai 1919, Ann. Dig. 1919-1922, n° 336 : 156.
 Trib. arr. Amsterdam 23 juin 1936, R. 1937. 474 : 172.
 Amsterdam 30 juin 1938, Nouvelle Revue 1938. 881 : 172.
 Cass. 26 mai 1939, Bull. Inst. Jur. Int. 41 (1939) 90 : 172.
 Cour de cassation spéciale 15 juillet 1946, Ann. Dig. 1946, n° 145, p. 353 : 68.
 Cour de cassation spéciale 2 décembre 1946, Ann. Dig. 1946, n° 144, p. 351 : 68.
 Amsterdam 15 janvier 1947, J.D.I. 1950. 932 : 172.
 Cass. 13 mai 1966, R. 1967. 522 : 316, 325.
 Cass. 12 janvier 1979, R. 1980. 68 : 316, 326.
 Trib. arr. La Haye (réf.) 17 septembre 1982, R. 1983. 473 ; RabelsZ 1983. 141 : 56, 170, 185, 307, 308, 316.
 Trib. arr. Rotterdam 16 décembre 1983, RabelsZ 1985. 747 : 144.

Philippines

- Hongkong & Shanghai Banking Corp. v. Luis Perez-Samanillo, Inc. (1946) 13 Ann. Dig. 371 : 196.

Pologne

- Cour Suprême 13 avril 1948, 24 I.L.R. 941 : 184.
 Cour Suprême 19 mars 1949, 24 I.L.R. 962 : 65.
 Cour Suprême 21 mai 1949, 24 I.L.R. 966 : 65.

Singapour

- Overseas Union Bank Ltd. v. Chua Kok Kay [1993] 1 S.L.R. 686 : 42, 172.

Suisse

- TF 17 avril 1916, ATF 42 II 179 : 172, 306.
 TF 15 juillet 1916, ATF 42 II 379 : 5, 25, 199.
 TF 18 mai 1917, ATF 43 II 225 : 25, 199.
 TF 28 décembre 1918, ATF 44 II 519 : 148, 167, 175.
 TF 18 janvier 1919, ATF 45 II 37 : 25, 148, 167, 175, 199.
 TF 7 mars 1922, ATF 48 II 215 : 25, 206.
 TF 18 juillet 1928, ATF 54 II 333 : 260.
 Trib. com. Saint-Gall 27 mars 1933, Nouvelle Revue 1935. 428 : 172.
 TF 18 septembre 1934, ATF 60 II 294 : 172, 181, 190.
 Handelsgericht Zurich 8 mai 1935, BIZR 1935, n° 62 : 210, 260.
 TF 8 octobre 1935, ATF 61 II 242 : 172, 181.
 TF 2 mars 1937, ATF 63 II 42 : 172, 181.
 Bezirksgericht Zurich 23 avril 1937, Nouvelle Revue 1937. 624 ; BIZR 1938, n° 110 : 172, 206, 335.

- TF 1^{er} février 1938, ATF 64 II 88 : 172, 181, 294.
 TF 21 septembre 1948, ASDI 1950. 161 : 132, 156.
 TF 3 novembre 1948, ASDI 1950. 163 : 132.
 TF 28 février 1950, ATF 76 II 33 : 237.
 TF 26 mars 1953, ATF 79 II 193 : 283.
 TF 2 février 1954, ATF 80 II 53 : 6.
 TF 30 mars 1954, ATF 80 II 49 : 237.
 Cour de Justice civile de Genève 16 juin 1961, ASDI 1961. 250 : 6.
 TF 26 juin 1962, ATF 88 II 195 : 204.
 Handelsgericht Zurich 9 mai 1968, SJZ 1968. 354 : 237.
 TF 5 mai 1976, ATF 102 Ia 574 : 224.
 TF 3 mai 1978, ATF 104 IV 175 : 266.
 TF 15 novembre 1978, ATF 104 Ia 367 : 141.
 TF 26 juin 1980, ASDI 1981. 419 : 260.
 Obergericht Zurich 29 avril 1983, BIZR 1984, n° 14 : 172.
 TF 7 juin 1984, ATF 110 II 283 : 229.
 TF 7 septembre 1984, ATF 110 Ib 213 : 237.
 TF 6 février 1985, ATF 111 IV 74 : 266.
 TF 14 février 1989, ATF 115 II 72 : 266.
 Cour de Justice de Genève 17 novembre 1989, Rev. arb. 1993. 316 : 237.
 TF 17 avril 1990, Rev. arb. 1993. 322 : 237.
 TF 12 juillet 1990, ATF 116 II 376 : 149.
 Handelsgericht Zurich 19 septembre 1991, BIZR 1991, n° 19 : 182.
 TF 28 avril 1992, ATF 118 II 193 : 324.
 TF 23 juin 1992, ATF 118 II 353 : 307.
 TF 20 juillet 1992, ATF 118 II 348 : 172, 182, 286, 306, 324.

Zambie

- Commonwealth Development Corp. v. Central African Power Corp. (No. 2), 1968 (3) A.L.R. Comm. 416 : 172.

III.

Chambre de Commerce Internationale

Sentences rendues dans les affaires :

- n° 1110, en 1963 (Lew, *Applicable Law* ..., p. 553) : 237.
 n° 1512, en 1971, J.D.I. 1974. 905, Y.B.C.A. 1 (1976) 128 : 52, 172.
 n° 1703, en 1971, J.D.I. 1974. 895 : 54, 190.
 n° 1782, en 1973, J.D.I. 1975. 923 : 54, 198.
 n° 1840, en 1972, Y.B.C.A. 4 (1979) 209 : 54, 198.
 n° 2139, en 1974, J.D.I. 1974. 892, Y.B.C.A. 3 (1978) 220 : 54, 206.
 n° 2216, en 1974, J.D.I. 1975. 917 : 54.
 n° 2478, en 1974, J.D.I. 1975. 925, Y.B.C.A. (1978) 222 : 54, 228.
 n° 2730, en 1982, J.D.I. 1984. 914 ; Y.B.C.A. 9 (1984) 105 : 237.
 n° 3093/3100, en 1979, J.D.I. 1980. 951, Y.B.C.A. 7 (1982) 87 : 54, 206, 220, 223.

n° 3493, en 1983, Rev. arb. 1986. 109, Y.B.C.A. 9 (1984) 111 : 217, 220.
 n° 3572, en 1982, Y.B.C.A. 14 (1989) 111 : 185.
 n° 3896, en 1982, J.D.I. 1984. 58 : 217.
 n° 3916, en 1982, J.D.I. 1984. 930 : 237.
 n° 3913, en 1981, J.D.I. 1984. 920 : 237.
 n° 4131, en 1982, J.D.I. 1983. 899 : 221.
 n° 4145, en 1984, J.D.I. 1985. 985 : 237.
 n° 4462, en 1985, 29 I.L.M. 565 (1990), Y.B.C.A. 16 (1991) 54 : 54, 198, 206.
 n° 5622, en 1988, Rev. arb. 1993. 327 : 237.
 n° 6142, en 1990, J.D.I. 1990. 1039 : 270.
 n° 6294, en 1991, J.D.I. 1991. 1050 : 324.
 n° 6500, en 1992, J.D.I. 1992. 1015 : 318

Sentence rendue en 1989, Bulletin ASA 1993. 216 : 324.

Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements

Sentence du 20 novembre 1984, *Amco c. République d'Indonésie*, 89 I.L.R. 405 ; J.D.I. 1987. 145 : 217.
 Comité *ad hoc*, décision du 16 mai 1986, *Amco c. République d'Indonésie*, 89 I.L.R. 514 ; J.D.I. 1987. 174 : 217.
 Sentence du 20 mai 1992, *S.P.P. (M.E.) c. République arabe d'Égypte*, 32 I.L.M. 933 (1993) : 217.

Tribunal des Différends Irano-Américains

Anaconda-Iran Inc. v. Iran (Case No. 167) (1986) 13 Iran-U.S. C.T.R. 199 : 53, 228.
Blount Brothers Corp. v. Iran and Iran Housing Co. (Case No. 52) (1986) 10 Iran-U.S. C.T.R. 56 : 53, 223.
Mobil Oil Iran Inc. v. Iran (Cases Nos. 74, 76, 81 and 150) (1987) 16 Iran-U.S. C.T.R. 3 : 143.
Petrolane, Inc. v. Iran (Case No. 131) (1991) 27 Iran-U.S. C.T.R. 64 : 143.
Sylvania Technical Systems, Inc. v. Iran (Case No. 64) (1985) 8 Iran-U.S. C.T.R. 298 : 143.
Williams v. Iran (Case No. 187) (1987) 17 Iran-U.S. C.T.R. 269 : 198.

Autres institutions arbitrales

Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce extérieur polonaise, sentence du 11 février 1958, Y.B.C.A. 6 (1981) 147 : 184, 219.
 Commission arbitrale du commerce extérieur de la Chambre de commerce soviétique, sentence du 19 juin 1958, *RabelsZ* 1959. 540 ; (1959) 8 I.C.L.Q. 416 ; 53 A.J.I.L. 800 (1959) ; Rev. arb. 1960. 92 : 219.
 Tribunal d'appel de la Commission des marchands de grain de Rotterdam, sentence du 22 août 1972, Y.B.C.A. (1976), p. 137 : 52.
 Chambre arbitrale maritime de Paris, Sentence n° 215 du 18 mai 1977, D.M.F. 1977. 627 : 24.

Association des marchands de grain d'Amsterdam, sentence d'appel du 11 janvier 1982, Y.B.C.A. 8 (1983) 158 : 316.
 Chambre d'arbitrage national et international de Milan, sentence n° 1491 du 20 juillet 1992, Y.B.C.A. 18 (1993) 80 : 25.

Arbitrage ad hoc

Sentence du 23 mai 1981, J.T. 1983. 727 : 190.
 Sentence du 24 mars 1982, 21 I.L.M. 976 (1982) ; J.D.I. 1982. 869 : 217
 Sentence du 9 septembre 1983, Y.B.C.A. 12 (1987) 63 : 54, 210, 223, 339.
 Sentence rendue à Genève en 1989, Bulletin ASA 1991. 239 : 324.
 Sentence rendue à Genève en 1990, Bulletin ASA 1991. 205 : 190, 223, 228.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

- Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (1794), rééd. H. HATTENHAUER/G. BERNERT, Francfort/Berlin, Alfred Metzner Verlag, 1970.
- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law of Contracts*, vol. II, St. Paul, American Law Institute Publishers, 1932.
- *Restatement of the Law, Conflict of Laws*, St. Paul, American Law Institute Publishers, 1934.
- *Restatement of the Law Second, Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul, American Law Institute Publishers, 1965.
- *Restatement of the Law Second, Conflict of Laws*, St. Paul, American Law Institute Publishers, 1971.
- *Restatement of the Law Second, Contracts*, vol. II, St. Paul, American Law Institute Publishers, 1981.
- *Restatement of the Law Third, Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul, American Law Institute Publishers, 1987.
- AMERICAN LAW INSTITUTE/NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, *Uniform Commercial Code, 1987 Official Text* (10^e éd.), St. Paul, West Publishing Co.
- ANCEL (B.)/LEQUETTE (Y.), *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1992.
- ANTON (A.E.), *Private International Law: A Treatise from the Standpoint of Scots Law*, Edimbourg, W. Green & Sons Ltd.: 1^{re} éd., 1967; 2^e éd., par A.E. ANTON et P.R. BEAUMONT, 1990.
- AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, t. XII, 5^e éd. par E. BARTIN, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, 1922.
- AUBY (J.-M.)/DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, 3^e éd., t. I, Paris, L.G.D.J., 1984.
- AUDIT (B.), *Droit international privé*, Paris, Economica, 1991.
- VON BAR (C.), *Internationales Privatrecht*, vol. I, Munich, C.H. Beck, 1987.
- BARTIN (E.), *Principes de droit international privé*, Paris, Domat-Montchrestien, t. I, 1930; t. II, 1932.
- BATIFFOL (H.), *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1979.
- BATIFFOL (H.)/LAGARDE (P.), *Droit international privé*, Paris, L.G.D.J., t. I, 8^e éd., 1993; t. II, 7^e éd., 1983.
- BEALE (J.), *A Treatise on the Conflict of Laws*, vol. I, II, New York, Baker, Voorhis & Co., 1935.
- BINCHY (W.), *Irish Conflicts of Laws*, Butterworths (Ireland) Ltd., 1988.

- BOULAY-PATY (P.S.), *Cours de droit commercial maritime*, Paris, chez Videcoq, t. II, 1834.
- BROWNLIE (I.), *Principles of Public International Law*, 4^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1990.
- BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, 3^e éd., t. I, vol. I, Paris, L.G.D.J., 1980.
- CANARIS (C.-W.), *Bankvertragsrecht (in Staub, Handelsgesetzbuch — Großkommentar*, vol. III, 3^e partie), Berlin/New York, Walter de Gruyter, 3^e éd., 1981 ; 4^e éd., 1988.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil*, IV, *Les obligations*, 17^e éd., Paris, P.U.F., 1993.
- CARREAU (D.), *Droit international*, 3^e éd., Paris, Pédone, 1990.
- CARREAU (D.)/FLORY (TH.)/JUILLARD (P.), *Droit international économique*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1990.
- CASTEL (J.G.), *Canadian Conflict of Laws*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1986.
- CAVERS (D.), *The Coice-of-Law Process*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1965.
- CHESHIRE and NORTH, *Private International Law*, Londres, Butterworths, 11^e éd., 1987 ; 12^e éd., 1992.
- CHITTY on *Contracts*, 26^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1989.
- COMBACAU (J.)/SUR (S.), *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1993.
- CORBIN on *Contracts*, vol. VI, St. Paul, West Publishing Co., 1962.
- COZIAN (M.)/VIANDIER (A.), *Droit des sociétés*, 6^e éd., Paris, Litec, 1993.
- CRAIG (P.P.), *Administrative Law*, 2^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1989.
- CROSS on *Evidence*, 7^e éd., Londres, Butterworths, 1990.
- KURRIE (B.), *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, Duke University Press, 1963.
- DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. VI, Paris, Rousseau & C^{ie}, 1931.
- DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, t. I, Paris, Durand & Pédone Lauriel — Cosse, Marchal et Billard — Hachette & Cie — A. Marescq Ainé, 1877.
- DICEY (A.V.), *A Digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws*, 2^e éd., Londres, Stevens & Sons Ltd., Sweet & Maxwell Ltd., 1908.
- DICEY and MORRIS, *The Conflict of Laws*, Londres, Stevens and Sons Ltd., 11^e éd., 1987 ; 12^e éd., 1993.
- DONNEDIEU DE VABRES (H.), *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1947.
- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., t. I, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie}, 1927.
- DUVERGIER (J.-B.), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-d'Etat*, t. III, 2^e éd., Paris, chez A. Guyot et Scribe, 1834.
- EHRENZWEIG (A.), *Private International Law*, Leyden, A.W. Sijthoff/Dobbs Ferry, Oceana Publications, Inc., 1967.
- EMERIGON (B.-M.), *Traité des assurances et des contrats à la grosse*, t. I, Marseille, chez Jean Mossy, 1783.
- FARJAT (G.), *Droit économique*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1982.
- FARNSWORTH (E.A.), *Contracts*, 2^e éd., vol. I, Boston/Toronto, Londres, Little, Brown & Co., 1990.
- FAUCHILLE (P.), *Traité de droit international public*, t. II, Paris, Rousseau & C^{ie}, 1921.
- FINK (K.-H.), *Sozialistisches Internationales Wirtschaftsrecht*, Berlin-Est, Berlin Verlag, 1974.
- FLAMME (M.-A.), *Traité théorique et pratique des marchés publics*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1969.
- *Droit administratif*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1989.
- FORSYTH (C.F.), *Private International Law*, 2^e éd., Cape Town/Wetton/Johannesburg, Juta, 1990.
- FRIDMAN (G.H.L.), *The Law of Contract in Canada*, 2^e éd., Toronto/Calgary/Vancouver, Carswell, 1986.

- GARÇON (E.), *Code pénal annoté*, 2^e éd., par M. ROUSSELET, M. PATIN et M. ANCEL, t. I, Paris, Sirey, 1952.
- GEST (G.)/TIXIER (G.), *Droit fiscal international*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1990.
- GHESTIN (J.), *La formation du contrat (coll. Traité de droit civil)*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993.
- GHESTIN(J.)/BILLIAU (M.), *Les effets du contrat (coll. Traité de droit civil, sous la dir. de J. GHESTIN)*, Paris, L.G.D.J., 1992.
- GHESTIN (J.)/DESCHÉ (B.), *La vente (coll. Traité des contrats, sous la dir. de J. GHESTIN)*, Paris, L.G.D.J., 1990.
- GHESTIN (J.)/GOUBEAUX (G.), *Traité de droit civil, t. I : Introduction générale*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1990.
- GILMORE (G.)/BLACK (Ch.), *The Law of Admiralty*, 1^{re} éd., Brooklyn, Foundation Press, 1957.
- LORD GOFF/JONES (G.), *The Law of Restitution*, Londres, Sweet & Maxwell, 3^e éd., 1986 ; 4^e éd., 1993.
- GRABITZ (E.), *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Munich, C.H. Beck, 1983 et s.
- GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Nouvelle édition, Paris, chez Visse, 1784.
- HEINI (A.)/KELLER (M.)/SIEHR (K.)/VISCHER (F.)/VOLKEN (P.), *IPRG-Kommentar*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993.
- HENN (H.)/ALEXANDER (J.), *Laws of Corporations and other Business Enterprises*, 3^e éd., St. Paul, West Publishing Co., 1983.
- HOLDSWORTH (W.), *A History of English Law*, Londres, Methuen & Co. Ltd. : vol. I (7^e éd.), 1956 ; vol. V, 1924 ; vol. VIII, s. d.
- HOLLEAUX (D.)/FOYER (J.)/DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987.
- HUBER (U.), *De Conflictu Legum Diversarum In Diversis Imperiis*, in : *Praelectiones Juris Romani et Hodierni*, 2^e éd., 1707, réimpr. in (1937) 18^B.Y.B.I.L. 64.
- JELLINEK (G.), *Allgemeine Staatslehre*, 3^e éd., Berlin, Verlag O. Häring, 1914.
- Jurisprudence générale Dalloz*, v^o *Droit maritime* (t. XVIII, 1850) ; v^o *Emigrés* (t. XX, 1850) ; v^o *Force majeure* (t. XXIV, 1851) ; v^o *Lois* (t. XXX, 1853) ; v^o *Vente* (t. XLIII, 1858).
- KEGEL (G.), *Internationales Privatrecht*, 6^e éd., Munich, C.H. Beck, 1987.
- KROPHOLLER (J.), *Internationales Privatrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1990.
- KÜBLER (F.), *Gesellschaftsrecht*, 3^e éd., Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1990.
- LAINÉ (A.), *Introduction au droit international privé*, t. II, Paris, Cotillon, 1892.
- LATTIN (N.), *The Law of Corporation*, 2^e éd., Mineola, The Foundation Press, 1971.
- DE LAUBADÈRE (A.), *Droit administratif*, t. I, 12^e éd. par J.-C. VENEZIA et Y. GAUDEMET, Paris, L.G.D.J., 1992.
- DE LAUBADÈRE (A.)/MODERNE (F.)/DELVOLVÉ (P.), *Traité des contrats administratifs*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1984.
- DE LAUBADÈRE (A.)/DELVOLVÉ (P.), *Droit public économique*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1986.
- LAURENT (F.), *Droit civil international*, t. VIII, Bruxelles, Bruylant-Christophe & C^{ie}/Paris, Librairie A. Marescq Ainé, 1881.
- LE TOURNEAU (PH.), *La responsabilité civile*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1982.
- LOISEL (A.), *Institutes coutumières*, éd. annotée, par Eusèbe de Laurière, Paris, 1710.
- LONG (M.)/WEIL (P.)/BRAIBANT (G.)/DELVOLVÉ (P.)/GENEVOIS (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 10^e éd., Paris, Sirey, 1993.
- LOUSSOUARN (Y.)/BOUREL (P.), *Droit international privé*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1993.
- LOUSSOUARN (Y.)/BREDIN (J.-D.), *Droit du commerce international*, Paris, Sirey, 1969.
- LUNZ (L.A.), *Internationales Privatrecht*, vol. II, Berlin-Est, Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, 1964 (traduit du russe).

- MATTOUT (J.-P.), *Droit bancaire international*, Paris, « Banque », 1987.
- MAYER (P.), *Droit international privé*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 1991.
- MAZEAUD (H., L. et J.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e éd., Paris, L.G.D.J. : t. II, 1970 ; t. III, vol. 1, 1978.
- MAZEAUD (H., L. et J./CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1^{er}, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 1991.
- MCCORMICK *on Evidence*, 4^e éd., St. Paul, West Publishing Co., 1992.
- MERLE (R.)/VITU (A.), *Traité de droit criminel*, 6^e éd., t. I, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 1988.
- *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial* (par A. VITU), t. I, Paris, Cujas, 1982.
- MERLIN (Ph. A.), *Recueil alphabétique des Questions de droit*, Paris, 1810-1827.
- *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 3^e éd., Paris, chez Bertin et Danel/chez Garnery, 1807-1824.
- MOLLOY (Ch.), *De Jure Maritimo et Navali : or, A Treatise of Affairs Maritime and of Commerce*, 7^e éd., Londres, Printed for John Walthoe Junior and J. Wotton, 1722.
- NIBOYET (J.-P.), *Traité de droit international privé français*, Paris, Sirey, t. II, 2^e éd., 1951 ; t. V, 1948.
- NOWAK (J.)/ROTUNDA (R.), *Constitutional Law*, 4^e éd., St. Paul, West Publishing Co., 1991.
- NYGH (P.E.), *Conflict of Laws in Australia*, 5^e éd., Sydney, Butterworths, 1991.
- ODENT (R.), *Contentieux administratif*, V, Paris, Les Cours du Droit, 1976-1981.
- OPPENHEIM (L.)/LAUTERPACHT (H.), *International Law*, Londres/New York/Toronto, Longman, Green and Co., vol. I, 8^e éd., 1955 ; vol. II, 7^e éd., 1952.
- OPPENHEIM'S *International Law*, 9^e éd., par R.Y. JENNINGS/A.D. WATTS, vol. I, Londres, Longman, 1992.
- Ordonnance de Louis XIV Roy de France et de Navarre. Donnée à Fontainebleau au mois d'Aoust 1681. Touchant la Marine.* Suivant la copie imprimée, A Paris, chez Denis Thierry & Christophe Ballard, 1682.
- DE PAGE (H.), *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 1^{re} partie, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964.
- PAGET'S *Law of Banking*, 10^e éd., Londres/Edimbourg, Butterworths, 1989.
- PARDESSUS (J.-M.), *Collection des lois maritimes antérieures au XVIII^e siècle*, Paris, Imprimerie Royale, 1828-1845.
- PENNINGTON (R.R.), *Company Law*, 6^e éd., Londres/Dublin/Edimbourg, Butterworths, 1990.
- PILLET (A.), *Traité pratique de droit international privé*, t. I, Paris, Sirey/Grenoble, Joseph Allier, 1923.
- *Principes de droit international privé*, Paris, Pédone/Grenoble, Allier Frères, 1903.
- PLANIOL (M.)/RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, Paris, L.G.D.J. : t. VI, par ESMEIN, 1^{re} éd., 1930 ; 2^e éd., 1952 ; t. VII, par ESMEIN, 2^e éd., 1954.
- POTHIER (R.-J.), *Traité des contrats de louage maritimes*, Paris, chez Debure Père/Orléans, chez la Veuve Rouzeau-Montaut, 1775.
- *Traité du contrat d'assurance in Traité des contrats aléatoires, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Nouvelle édition, Paris, chez les Frères Debure/Orléans, chez la Veuve Rouzeau-Montaut, 1777.
- PRADEL (J.) *Droit pénal*, 8^e éd., t. I, Paris, Cujas, 1992.
- PUECH (M.), *Droit pénal général*, Paris, Litec, 1988.
- RABEL (E.), *The Conflict of Laws : A Comparative Study*, vol. II, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1960.
- REITHMANN (C.)/MARTINY (D.), *Internationales Vertragsrecht*, 4^e éd., Cologne, Verlag Dr. Otto Schmidt K.G., 1988.

- RIGAUX (F.), *Droit international privé*, t. I : *Théorie générale*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1987 ; t. II : *Droit positif belge*, 2^e éd. (en collaboration avec M. FALLON), Bruxelles, Larcier, 1993.
- RIPERT (G.)/ROBLOT (R.), *Droit commercial*, t. I, 15^e éd. par M. GERMAIN, Paris, L.G.D.J., 1993.
- RODIÈRE (R.), *Traité général de droit maritime : Affrètements et transports*, Paris, Dalloz, t. I, 1967 ; t. II, 1968 ; *Assurance et ventes maritimes*, Paris, Dalloz, 1983.
- ROLLE (H.), *Un Abridgement des plusieurs Cases et Resolutions del Common Ley, Alphabeticalment Digest desouth severall Titles*, t. I, Londres, A. Croke et al., 1668.
- VON SAVIGNY (F.C.), *System des heutigen Römischen Rechts*, t. VIII, Berlin, bei Veit und Comp., 1849.
- SCHNITZER (A.), *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 4^e éd., t. II, Bâle, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1958.
- SCHOCKWEILER (F.), *Les conflits de lois et les conflits de juridictions en droit international privé luxembourgeois*, Luxembourg, Ministère de la Justice, 1988.
- SCOLES (E.)/HAY (P.), *Conflict of Laws*, 2^e éd., St. Paul, West Publishing Co., 1992.
- SØRENSEN (M.) (éd.), *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan/New York, St. Martin's Press, 1968.
- SPRY (I.C.F.), *The Principles of Equitable Remedies*, 4^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1990.
- STORY (J.), *Commentaries on the Conflict of Laws*, 5^e éd., Boston, Little, Brown and Co., 1857.
- TENNEKON (R.), *The Law and Regulation of International Finance*, Londres/Dublin/Edimbourg, Butterworths, 1991.
- TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 1991.
- TERRÉ (F.)/SIMLER (PH.)/LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1993.
- THIERRY (H.)/COMBACAU (J.)/SUR (S.)/VALLÉE (Ch.), *Droit international public*, 1^{re} éd., Paris, Montchrestien, 1975.
- VALIN (R.-J.), *Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance de la Marine*, La Rochelle, chez Jérôme Legier/chez Pierre Mesnier, 2 vol., 1760.
- VAN BAELE (L.)/BELLIS (J.-F.), *Droit de la concurrence de la Communauté Economique Européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1991.
- VANDER ELST (R.)/WESER (M.), *Droit international privé belge et droit conventionnel international*, t. I : *Conflits de lois* (par R. VANDER ELST), Bruxelles, Bruylant, 1983.
- VASSEUR (M.), *Droit et économie bancaires*, 4^e éd., II, Paris, Les Cours du droit, 1987.
- VATTEL (E. DE), *Le Droit des gens, ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite des affaires des nations et des souverains*, Nouvelle édition, 1^{re} partie, Neuchâtel, Imprimerie de la Société typographique, 1777.
- VEDEL (G.)/DELVOLVÉ (P.), *Droit administratif*, 12^e éd., Paris, P.U.F., 1992.
- VERDROSS (A.)/SIMMA (B.), *Universelles Völkerrecht*, 3^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1984.
- VINEY (G.), *La responsabilité : Conditions* (coll. *Traité de droit civil*, sous la dir. de J. GHESTIN, t. IV), Paris, L.G.D.J., 1982.
- *La responsabilité : Effets* (coll. *Traité de droit civil*, sous la dir. de J. GHESTIN, t. V), Paris, L.G.D.J., 1988.
- VISCHER (F.), *Internationales Vertragsrecht*, Berne, Stämpfli & Cie, 1962.
- *Droit international privé (Traité de droit suisse, t. I, 4)*, Fribourg, Editions Universitaires, 1974.
- WADDAMS (S.M.), *The Law of Contracts*, 2^e éd., Toronto, Canada Law Books Inc., 1984.
- WALKER (D.M.), *The Law of Contracts and Related Obligations in Scotland*, Londres, Butterworths, 1979.

- *Principles of Scottish Private Law*, 4^e éd., vol. II, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- WEBER (M.), *Wirtschaft und Gesellschaft (Grundriss der Sozialökonomik, III. Abteilung)*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1922.
- *Staatssoziologie*, 2^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1966.
- WEISS (A.), *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. IV, Paris, Sirey, 1912.
- WENGLER (W.), *Internationales Privatrecht*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1981.
- WIGMORE (J.), *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 3^e éd., vol. VIII, Boston, Little, Brown and Co., 1940.
- WIGMORE (J.)/MCNAUGHTON (J.), *Evidence in Trials at Common Law*, vol. VIII, Boston/Toronto, 1961.
- WILLISTON (S.), *A Treatise on the Law of Contracts*, 3^e éd., vol. XVIII, Rochester, The Lawyers Co-Operative Publishing Co., 1978.
- WOLFF (M.), *Private International Law*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1950.
- WOOD (Ph.), *Law and Practice of International Finance*, Londres, Sweet & Maxwell, 1980.
- ZOLLER (E.), *Droit des relations extérieures*, Paris, P.U.F., 1992.

II. MONOGRAPHIES, COURS, ARTICLES, CONCLUSIONS, NOTES

- ABICHT (T.), *Die Parteiautonomie im Schatten der Unterwerfungsklauseln*, Francfort/Berne/New York/Paris, Peter Lang, 1991.
- ABRAHAM (R.), *Droit international, droit communautaire et droit français*, Paris, Hachette, 1989.
- AKEHURST (M.), « Jurisdiction in International Law » (1972-73) 46 B.Y.B.I.L. 147.
- « Custom as a Source of International Law » (1974-1975) 47 B.Y.B.I.L. 1.
- ALEXANDER (W.), « Perte de la caution (ou acquisition de la garantie) en droit agricole communautaire », C.D.E. 1988. 384.
- ALEXANDRE (D.), *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, Paris, L.G.D.J., 1970.
- « Les effets des jugements étrangers indépendants de l'exequatur », *Trav. Com. fr.* 1975-1977. 51.
- note sous Civ. 1^{re} 2 février 1988, J.D.I. 1988. 741.
- AMELI (F.), *La saisie-arrêt en droit international privé*, thèse Paris-I, 1990.
- AMSELEK (P.), *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1964.
- note sous Com. 30 juin 1981, D. 1982. 222.
- ANSELME-RABINOVITCH (L.), note sous Civ. 1^{re} 1^{er} décembre 1954, R. 1957. 43.
- ANTONMATTEI (P.-H.), *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris, L.G.D.J., 1992.
- L'application extraterritoriale du droit économique*, Cahiers du CEDIN, n^o 3, Paris, Montchrestien, 1987.
- ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS, *Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB)*, Bâle, 1992.
- ATIYAH (P.S.)/SUMMERS (R.S.), *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987.
- ATWOOD (J.), « The Export Administration Act and the Dresser Industries Case », 15 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 1157 (1983).
- ATWOOD (J.)/BREWSTER (K.), *Antitrust and American Business Abroad*, Colorado Springs, Shepard's/Mc Graw-Hill, 1981.
- AUBERT (M.)/KERNEN (J.-Ph.)/SCHÖNLE (H.), *Le secret bancaire suisse*, 2^e éd., Berne, Stämpfli & Cie, 1982.
- AUDEOUD (O.), « L'O.C.D.E., l'O.N.U. et les obligations contradictoires », D.P.C.I. 1986. 617.
- AUDIT (B.), *La fraude à la loi*, Paris, Dalloz, 1974.
- « Extra-territorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », R. 1983. 401.
- *La vente internationale de marchandises — Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, Paris, L.G.D.J., 1990.
- « L'affaire NOC c/ Libyan Sun Oil Company », *Rev. arb.* 1991. 263.
- BAADE (H.), « Operation of Foreign Public Law », *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, chap. 12 (1991).
- BÄR (R.), *Kartellrecht und internationale Privatrecht*, Berne, Stämpfli & Cie, 1965.
- BARBER (D.), « Piercing the Corporate Veil », 17 *Williamette L. Rev.* 371 (1981)
- BARBERIS (J.), « Réflexions sur la coutume internationale », A.F.D.I. 1990. 9.
- BARRAL (G.), *L'assurance des crédits à l'exportation*, préface H. BAQUIAST, Paris, Nathan-Economie, 1987.
- BARTELS (H.J.)/MOTOMURA (H.), « Haftungsprinzip, Haftungsbefreiung und Vertragsbeendigung beim internationalen Kauf », *RabelsZ* 1979. 649.
- BARTIN (E.), « Le jugement étranger considéré comme un fait », J.D.I. 1924. 857.
- BASDEVANT (J.), « Règles générales du droit de la paix », R.C.A.D.I. 1936-IV. 475.
- BASEDOW (J.) « Das amerikanische Pipeline-Embargo vor Gericht », *RabelsZ* 1983. 147.
- « Private Law Effects of Export Controls », G.Y.I.L. 27 (1984) 109.
- BATHIFOL (H.), *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, Sirey, 1938.
- note sous Colmar 11 mars 1938, R. 1939. 124.
- *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956.
- *Rép. Dalloz Droit International*, v^o *Contrats et conventions*.
- « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », R.C.A.D.I. 1973-II. 75.
- note sous Civ. 1^{re} 17 octobre 1972, R. 1973. 520
- « Les intérêts de droit international privé », *Festschrift Gerhard Kegel*, Francfort, Alfred Metzner Verlag, 1977.
- note sous Civ. 1^{re} 20 février 1979, R. 1979. 803.
- note sous Civ. 1^{re} 15 novembre 1983, R. 1985. 100.
- note sous Com. 30 mai 1985, R. 1986. 329.
- « Fraude à la loi », *Juriscl. Int.*, fasc. 535.
- « Remarques sur l'opposition des directives aux règles en droit international privé », *Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padoue, Cedam/Milani, 1989.
- BATISTA (P.), « Confronting Foreign "Blocking" Legislation : A Guide to Securing Disclosure from Non-resident Parties to American Litigation », 17 *Int'l Law.* 61 (1983).
- BAUER (M.), *Le droit public étranger devant le juge du for*, thèse Paris-II, 1977.
- BAUM (H.), « Faktische und potentielle Eingriffsnormen », *RabelsZ* 1989. 146.
- BAZYLER (M.), « Abolishing the Act of State Doctrine », 134 *U. Pa. L. Rev.* 252 (1986).
- BEALE (J.), « The Jurisdiction of Courts over Foreigners » (2^e partie), 26 *Harv. L. Rev.* 283 (1913).
- BECKMANN (R.), « Das Haager Beweisübereinkommen und seine Bedeutung für die Pre-Trial-Discovery », *IPRax* 1990. 201.
- BEHN (M.), « Das "Offenlassen der Rechtswahl" », *ZfRV* 1978. 241.
- BEHRENS (P.), « Der Durchgriff über die Grenze », *RabelsZ* 1982. 308.
- BÉKÉRMAN (G.), *Les euro-dollars*, 2^e éd., Paris, P.U.F. (coll. « Que sais-je ? », n^o 1705), 1981.
- BENSA (E.), *Histoire du contrat d'assurance au Moyen Age*, trad. J. VALÉRY, Paris, Fontemoing, 1897.
- BÉRAUD (B.), « L'exception d'indignité dans la jurisprudence récente », J.C.P. 1952. I. 1029.

- BERGMANN (A.), « Le régime des devises dans la pratique du droit international privé », *Bull. Inst. Jur. Int.* 35 (1936) 29.
- BERGSTEN (E.), « Legal Aspects of International Electronic Funds Transfers », *R.D.A.I.* 1987. 649.
- BERLIN (D.), « La loi française n° 80-358 du 16 juillet 1980 », *D.P.C.I.* 1986. 563.
- BERLIOZ (G.), « La crise iranienne et les euro-crédits » in *Les Euro-crédits*, Paris, Litec, 1981, p. 593.
- BERMAN (H.), « Force Majeure and the Denial of an Export License under Soviet Law : A Comment on *Jordan Investments Ltd. v. Soiuznefteksport* », *RabelsZ* 1959. 449.
- BERMAN (G.), « Public Law in the Conflict of Laws », *34 Am. J. Comp. L. (Supplement)* 157 (1986).
- BERMANN (G.), « The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation », *28 Colum. J. Transnat'l L.* 587 (1990).
- BERNARD (A.), « L'autorisation administrative et le droit privé », *Rev. trim. dr. com.* 1987. 1.
- BERNSTEIN (H.), « Durchgriff bei juristischen Personen, insbesondere Gesellschaften in Staatshand », *Festschrift Konrad Zweigert*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1981, p. 37.
- BERR (C.J.), note sous *C.J.C.E.* 14 janvier 1991, *D.* 1991. 273.
- BETTEMS (D.), *Les contrats entre Etats et personnes privées étrangères*, Lausanne, Méta Editions, 1988.
- BIRMINGHAM (R.), « A Second Look at the Suez Canal Cases : Excuse for Nonperformance of Contractual Obligations in the Light of Economic Theory », *20 Hastings L.J.* 1393 (1969).
- BISCHOFF (J.-M.), *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*, Paris, L.G.D.J., 1959.
- « La "territorialité" des lois de droit public dans ses rapports avec les principes de non-discrimination et d'égalité d'accès reconnus en matière de pollution transfrontière », in *Aspects juridiques de la pollution transfrontière*, Paris, O.C.D.E., 1977, p. 132.
- note sous *Civ.* 1^{re} 22 avril 1986, *R.* 1988. 302.
- BISCHOFF (J.-M.)/KOVAR (R.), « L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la communauté », *J.D.I.* 1975. 675.
- BISMUTH (J.-L.), *Le boycottage dans les échanges économiques internationaux au regard du droit*, Paris, Economica, 1980.
- BLACK (S.), « U.S. Transnational Discovery : The Rise and Fall of the Hague Convention » (1991) *40 I.C.L.Q.* 901.
- BLAISE (J.-B.)/FOUCHARD (Ph.), « La valeur juridique de la syndication » in *Les Euro-crédits*, Paris, Litec, 1981.
- BLECKMANN (A.), « Sittenwidrigkeit wegen Verstoßes gegen den ordre public international » *ZaöRV* 1974. 112.
- BLIN (H.), « La loi n° 69-992 du 6 novembre 1969 instituant des mesures de protection juridique en faveur des rapatriés et des personnes dépossédées de leurs biens outre-mer », *J.C.P.* 1970. I. 2293.
- BLONDEAU, conclusions sur *Civ.* 1^{re} 23 avril 1969, *J.C.P.* 1969. II. 15897 ; *D.* 1969. 341.
- BLYTHE (M.A.), « The Extraterritorial Impact of the Antitrust Laws : Protecting British Trading Interests », *31 Am. J. Comp. L.* 99 (1983).
- BOCKSLAFF (K.) « The Pipeline Affaire of 1981/82 : A Case History », *G.Y.I.L.* 27 (1984) 28.
- BÖCKSTIEGEL (K.-H.), *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Francfort, Athenäum Verlag, 1971.
- « Besondere Probleme der Schiedsgerichtbarkeit zwischen Privatunternehmen und ausländischen Staaten oder Staatsunternehmen », *NJW* 1975. 1577.
- « Beurteilung von Exportverboten nach den Vertrags- und Schiedsregeln der Refined Sugar Association, London », *Festschrift Martin Luther*, Munich, C.H. Beck, 1976, p. 21.

- « Der Durchgriff auf den Staat bei Verträgen im internationalen Wirtschaftsverkehr », *Festschrift Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, 1988, p. 17.
- BORÉ (J.), *La cassation en matière civile*, Paris, Sirey, 1980.
- BORN (G.)/HOING (S.), « Comity and the Lower Courts : Post-Aérospatiale Applications of the Hague Evidence Convention », *24 Int'l L.* 393 (1990).
- BOSCH (U.), « Das Bankgeheimnis im Konflikt zwischen US-Verfahrensrecht und deutschem Recht », *IPRax* 1984. 127.
- BOULANGER (F.), *Les nationalisations en droit international privé comparé*, Paris, Economica, 1975.
- BOUREL (P.), « Immunités de juridiction et d'exécution », *Juriscl. Int.*, fasc. 581-50.
- BOWETT (D.W.), « Jurisdiction : Changing Patterns of Authority Over Activities and Resources » (1982) *53 B.Y.B.I.L.* 1.
- « State Contracts with Aliens : Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach » (1988) *59 B.Y.B.I.L.* 49.
- BREDIN (J.-D.), note sous *Civ.* 1^{re} 25 janvier 1966, *J.D.I.* 1966. 631.
- BREWSTER (K.), *Antitrust and American Business Abroad*, New York/Toronto/London, McGraw-Hill, 1958.
- BRILMAYER (L.)/NORCHI (C.), « Federal Extraterritoriality and Fifth Amendment Due Process », *105 Harv. L.R.* 1217 (1992).
- BROWNIE (I.), *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963.
- BURDEAU (G.), « La contribution des nationalisations françaises de 1982 au droit international des nationalisations », *R.G.D.I.P.* 1985. 5.
- « Les conséquences de la crise du Golfe sur les relations économiques privées » in *Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe* (Cahiers du CEDIN, n° 6), 1991, p. 415.
- BUZARDI (D.), « U.S. Recognition and Enforcement of Foreign Country Injunctive and Specific Performance Decrees », *D.P.C.I.* 1990. 270.
- V. CAEMMERER (E.)/SCHLECHTRIEM (P.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Munich, C.H. Beck, 1990.
- CAPATINA (O.), « Le régime des autorisations d'exportation et d'importation en droit roumain », *D.C.P.I.* 1986. 145.
- CAPPER (D.), « Worldwide Mareva Injunctions » (1991) *54 M.L.R.* 329.
- CARBONNIER (J.), note sous *Crim.* 3 juillet 1947, *J.C.P.* 1948. II. 4474.
- « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *Flexible droit*, 7^e éd., Paris, L.G.D.J., 1992.
- CARNELUTTI (A.)/DELON (F.), « Les Etats face aux effets extraterritoriaux du droit de la concurrence des Etats-Unis d'Amérique — l'exemple de la France », *Rev. fr. dr. aé.* 1982. 15.
- CARREAU (D.), « Les moyens de pression économique au regard du F.M.I., du G.A.T.T. et de l'O.C.D.E. », *Rev. b. dr. int.* 1984-1985. 20.
- « Le rééchelonnement de la dette extérieure des Etats », *J.D.I.* 1985. 5.
- CARTER (P.B.), « Decisions of British Courts during 1976-1977 » (1976-1977) *48 B.Y.B.I.L.* 352.
- « Contracts in English Private International Law » (1986) *57 B.Y.B.I.L.* 1.
- CASHEL (T.), « The Act of State Doctrine Reviewed », [1986] *1 J.I.B.L.* 30.
- CASSIN (R.), « L'interdiction du commerce et des relations économiques avec l'ennemi », *R.* 1918. 5.
- CASTEL (J.-G.), « The Extraterritorial Effects of Antitrust Laws », *R.C.A.D.I.* 1983-I. 9.
- « Compelling Disclosure by a Non-Party Litigant in Violation of Foreign Bank Secrecy Laws » (1985) *23 Can. Y.B.I.L.* 261.

- *Extraterritoriality in International Trade*, Toronto/Vancouver, Butterworths, 1988.
- « Commentaire sur certaines dispositions du Code civil du Québec se rapportant au droit international privé », J.D.I. 1992. 625.
- CAYTAS (I.), *Der unerfüllbare Vertrag*, Wilmington, Morgan, 1984.
- CHABAS (F.), note sous Ch. mixte 4 février 1983, Gaz. Pal. 1983. 1. *Pan. jur.* 163.
- *Rép. civ. Dalloz*, v° *Force majeure*.
- CHALLINE (P.), *Le droit international public dans la jurisprudence française de 1789 à 1848*, thèse Paris, 1934.
- CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *Force majeure et imprévision*, Publication n° 421, Paris, 1985.
- *Incoterms 1990*, Publication n° 460, Paris, 1990.
- *Les commissions illicites*, Publication n° 480/2, Paris, 1992.
- CHARDENON (P.), « Dettes des rapatriés et nationalisations algériennes », J.D.I. 1967. 290.
- CHARTIER (S.), *Les contentieux commerciaux Communautés européennes/États-Unis*, thèse Aix-Marseille, 1989.
- CHARTIER (Y.), *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1983.
- CHATTERJEE (S.K.), « The Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency » (1987) 36 I.C.L.Q. 76.
- CHEATHAM (E.), « Sources of Rules for Conflict of Laws », 89 U. Pa. L. Rev. 430 (1941).
- CIRA (C.), « The Challenge of Foreign Laws to Block American Antitrust Actions », 18 Stan. J. Int'l L. 247 (1982).
- CLARAMUNT (C.I.), *L'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (A.M.G.I.)*, thèse Strasbourg, 1990.
- COHEN-TANUGI (L.), « Les juridictions américaines face aux lois étrangères interdisant la communication de renseignements économiques », R. 1983. 213.
- COLLINS (L.), « Lois de blocage ou de rétorsion : l'expérience du Royaume-Uni », D.P.C.I. 1986. 597.
- « The Hague Evidence Convention and Discovery : A Serious Misunderstanding ? » (1986) 35 I.C.L.Q. 765.
- « The Territorial Reach of Mareva Injunctions » (1989) 105 L.Q.R. 262.
- « Provisional and Protective Measures in International Litigation », R.C.A.D.I. 1992-III. 9.
- Colloque de Bâle sur la loi régissant les obligations contractuelles* (F.-E. KLEIN et F. VISCHER, éd.), Bâle/Francfort, Helbing & Lichtenhahn, 1983.
- Colloque de Bâle sur le rôle du droit public en droit international privé* (F.-E. KLEIN, éd.), Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1991.
- COMBACAU (J.), « La doctrine de l'« Act of State » aux États-Unis : Développements récents », R.G.D.I.P. 1973. 35.
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Note and comments on the Amendments of 22 June 1982 to the Export Administration Act, presented to the United States Department of State on 12 August 1982*, 21 I.L.M. 891 (1982).
- CONNICK (A.)/ROTH (W.), « Subpoenas of Overseas Bank Records », 9 N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L. 131 (1988).
- CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message concernant la modification du code pénal suisse (Législation sur le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières)*, 12 juin 1989, FF 1989 II 961.
- CONTIN (R.), « L'arrêt *Fruehauf* et l'évolution du droit des sociétés », D. 1968 chron. 45.
- CORCORAN (J.), « The Trading with the Enemy Act and the Controlled Canadian Corporation », 14 McGill L.J. 174 (1968).
- COT (J.-P.)/PELLET (A.), *La Charte des Nations Unies — Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1991.
- COUCHEZ (G.), « Production forcée de pièces », *Juriscl. Procédure Civile*, fasc. 623.

- CRAIG (W.), « Application of the Trading with the Enemy Act to Foreign Corporations Owned by Americans : Reflections on *Fruehauf v. Massardy* », 83 Harv. L. Rev. 579 (1970).
- CRANSTON (R.), « The Libyan Assets Case : Limits to Extraterritorial Claims », [1987] 3 J.I.B.L. 177.
- CROOK (J.), « Applicable Law in International Arbitration : the Iran-U.S. Claims Tribunal Experience », 83 A.J.I.L. 278 (1989).
- DACH (J.), « Legal Nature of the Euro-Dollar », 13 Am. J. Comp. L. 30 (1964).
- DAHAN (M.), *La pratique française du droit du commerce international*, t. I, Paris, Centre Français du Commerce Extérieur, 1992.
- DARMON (M.), Conclusions sur C.J.C.E. 27 septembre 1988, *Ahlström*, aff. 89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85, Rec., p. 5193.
- DÄUBLER (W.), « US-Embargo und deutsches Unternehmensrecht », ZRP 1982. 285.
- DAUNIZEAU (J.-M.), « La recherche d'informations par les autorités judiciaires étrangères », *Banque & Droit* 1992. 164.
- DAVID (C.), *La loi étrangère devant le juge du fond*, Paris, Dalloz, 1965.
- DAVID (E.), « Greenpeace : des pirates ! », Rev. b. dr. int. 1989. 295.
- DAVID (N.), « Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers », J.D.I. 1986. 79.
- DAVID (R.) (rapporteur général), *La personnalité morale et ses limites : Etudes de droit comparé et de droit international public : Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, t. XVIII, Paris, L.G.D.J., 1960.
- DAVIES (J.), « Drafting Banking Contracts After *Bankers Trust v. Libya* », Int. Fin. L. Rev., Dec. 1987, p. 26.
- DAYANT (R.), « Contrats — Théorie générale (Domaine de la loi d'autonomie) », *Juriscl. Int.*, fasc. 552-E (éd. 1960).
- DEBBASCH (O.), *L'occupation militaire (Pouvoirs reconnus aux forces armées hors de leur territoire national)*, Paris, L.G.D.J., 1962.
- « Les juridictions françaises et les principes généraux du droit international », *Mélanges Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 139.
- DÉBY-GÉRARD (F.), *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, Dalloz, 1973.
- DE BOER (TH. M.)/KOTTING (R.), « Der niederländische Richter und das US-Gasröhren-Embargo », *IPRax* 1984. 108.
- DE CUYPER (J.-Q.), « Le fait du prince libère-t-il une entreprise publique de ses obligations contractuelles ? », R.D.A.I. 1993. 959.
- DELACOLLETTE (J.), *Les contrats de commerce internationaux*, 2^e éd., Bruxelles, De Boeck, 1991.
- DELAUME (G.), « De l'élimination des conflits de lois en matière monétaire réalisée par les statuts du Fonds Monétaire International et de ses limites », J.D.I. 1954. 332.
- « Change of Circumstances and Force Majeure Clauses in Transnational Loans », D.P.C.I. 1981. 333.
- DELLAPENNA (J.), « Deciphering the Act of State Doctrine », 35 Vill. L. Rev. 1 (1990).
- DELVOLVÉ (J.-L.), « L'imprévision dans les contrats internationaux », *Trav. Com. fr.* 1989-1990. 147.
- DELVOLVÉ (P.), *L'acte administratif*, Paris, Sirey, 1983.
- DEMARET (P.), « L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques : une question de droit ou de diplomatie ? », Rev. trim. dr. eur. 1985. 1.
- DE ORCHIS (M.E.), « Restraint of Princes : The Carrier's Dilemma When Trouble Brews at Foreign Ports », *Dr. eur. transp.* 1980. 3.
- DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, avis du 12 juillet 1985, ASDI 1986. 90.
- DERAINS (Y.), « Chronique des sentences arbitrales », J.D.I. 1975. 916.

- « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », *Mélanges Berthold Goldman (Le droit des relations économiques internationales)*, Paris, Litec, 1982, p. 29.
- « L'impact des crises politiques internationales sur les contrats internationaux et l'arbitrage commercial international », R.D.A.I. 1992. 151.
- « Les tendances de la jurisprudence arbitrale », J.D.I. 1993. 829.
- DESANGLES, conclusions sur Paris 21 décembre 1962, Gaz. Pal. 1963. 1. 99 ; J.D.I. 1963. 424.
- DE VISSCHER (Ch.), « L'occupation de guerre d'après la jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique » (1918) 34 L.Q.R. 72.
- DIEUX (X.), « Questions relatives aux effets de la contrainte étatique sur les contrats économiques internationaux — Un point de vue belge », Rev. b. dr. int. 1987. 184.
- « L'application de la loi par référence à ses objectifs — Esquisse de la raison finaliste en droit privé », J.T. 1991. 201.
- DOBKINE (M.), « L'ordre répressif administratif », D. 1993 chr. 157.
- DOBSON (J.), « Lifting the Veil in Four Countries : The Law of Argentina, England, France and the United States » (1986) 35 I.C.L.Q. 839.
- DÖLLE (H.) (éd.), *Kommentar zum Einheitlichen Kaufgesetz*, Munich, C.H. Beck, 1976.
- DOMANSKI (A.), « Piercing the Corporate Veil — A New Direction ? » (1986) 103 S.A.L.J. 224.
- DOMKE (M.), « La législation allemande sur les devises en droit international privé », J.D.I. 1937. 226.
- « Nouveaux aspects des restrictions de transfert en Droit International Privé », J.D.I. 1937. 990.
- note sous Paris 20 juillet 1939, Nouvelle Revue 1940. 128.
- « The Israeli-Soviet Oil Arbitration », 53 A.J.I.L. 787 (1959).
- DONNEDIEU DE VABRES (H.), « Le problème de l'expulsion des apatrides », Trav. Com. fr. 1935. 52.
- DROZ (G.), « Regards sur le droit international privé comparé — Cours général de droit international privé », R.C.A.D.I. 1991-IV. 9.
- DROBNIG (U.), « Die Beachtung von ausländischen Eingriffsnormen — eine Interessenanalyse », *Festschrift Karl H. Neumayer*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, p. 159.
- « Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und wirtschaftsrechtliche Eingriffsnormen », *Festschrift Gerhard Kegel*, Stuttgart/Berlin/Cologne/Mayence, Verlag W. Kohlhammer, 1987, p. 95.
- DRUESNE (G.), « La jurisprudence constitutionnelle des tribunaux judiciaires sous la v^o République », R.D.P. 1974. 169.
- DUBOIS (L.), « L'embargo dans la pratique contemporaine », A.F.D.I. 1967. 99.
- « L'application du droit international coutumier par le juge français », in *L'application du droit international par le juge français*, Paris, Librairie Armand Colin, 1972.
- DUEZ (P.), *Les actes de gouvernement*, Paris, 1935.
- DUPUY (R.-J.), *Rép. Dalloz Droit international*, v^o *Souveraineté*.
- DURRY (G.), observations sur Soc. 15 avril 1970, Rev. trim. dr. civ. 1971. 664.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.), « Réflexions sur l'application "extra-territoriale" du droit communautaire », *Mélanges Michel Virally*, Paris, Pédone, 1991, p. 281 et s.
- EBENROTH (C.)/KARL (J.), *Die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1989.
- « Neuere Entwicklungen bei der Multilateralen Investitions-Garantie-Agentur (MIGA) », RIW 1990, complément n^o 11.
- EBENROTH (C.)/STOLTEN (S.), « Der Schutz vertraglicher Darlehensrückzahlungsansprüche am Finanzplatz New York », RIW 1991. 269.

- EBKE (W.), « Article VIII, Section 2 (b), International Monetary Cooperation, and the Courts », *Festschrift Sir Joseph Gold*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1990.
- *Internationales Devisenrecht*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1991.
- ECK (J.-P.), *Rép. Dalloz Droit international*, v^o *Payement*.
- ECKHARDT (U.), *Die Entlastung des Verkäufers nach Art. 74 EKG*, Francfort/Berne/New York, Peter Lang, 1983.
- EDWARDS (R.), « Extraterritorial Application of the U.S. Iranian Assets Control Regulations », 75 A.J.I.L. 870 (1981).
- EHLERS-MUNZ (K.), *Die Beachtung ausländischen Devisenrechts : Bretton Woods und autonomes internationale Recht*, thèse Hambourg, 1991.
- EHRENZWEIG (A.), « La loi du forum compétent », *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, t. I, Gand, E. Story-Scientia, 1966.
- « Local and Moral Data in the Conflict of Laws : Terra Incognita », 18 Buffalo L. Rev. 55 (1966).
- « Specific Principles of Private Transnational Law », R.C.A.D.I. 1968-II. 167.
- EISEMANN (F.), *La pratique des Incoterms*, 3^e éd., par Y. DERAIS, Paris, Jupiter/ICC Publishing S.A., 1988.
- EKELMANS (M.), note sous une sentence arbitrale du 23 mai 1981, J.T. 1983. 727.
- EMERIGON (B.-M.), Consultation du 15 janvier 1759 (motifs de la sentence de l'Amirauté de Marseille du 31 juillet 1758) in VALIN, *Nouveau Commentaire*, t. I, p. 119.
- Consultation du 6 avril 1759 : « Questions sur la différence qu'il y a entre l'arrêt de Prince & la prise, et sur les prescriptions en matière d'assurance » in VALIN, *Nouveau Commentaire*, t. II, p. 112.
- ENDERLEIN (F.), « Juristische Selbständigkeit sozialistischer Außenhandelsbetriebe contra "Durchgriff" », StuR 1984. 401.
- « Staatliche Akte — ein Fall höherer Gewalt ? », StuR 1985. 42.
- « Eingriffsnormen in der Außenhandelschiedsgerichtsbarkeit des RGW », RabelsZ 1989. 362.
- ENDERLEIN (F.) (éd.), *Der Außenhandelskaufvertrag*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1986.
- ENGEL (Ch.), « Die Bedeutung des Völkerrechts für die Anwendung in- und ausländischen Wirtschaftsrechts », RabelsZ 1988. 271.
- ERGEÇ (R.), *La compétence extraterritoriale à la lumière du contentieux sur le gazoduc Euro-Sibérie*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles/Bruylant, 1984.
- « La doctrine de l'*act of state* et la jurisprudence belge », Rev. dr. int. dr. comp. 1984. 61.
- « Le contrôle juridictionnel de l'administration dans les matières qui se rattachent aux rapports internationaux : Actes de gouvernement ou réserve de pouvoir discrétionnaire ? », Rev. dr. int. dr. comp. 1986. 72.
- ERNE (M.), *Vertragsgültigkeit und drittstaatliche Eingriffsnormen*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1985.
- ESSÉN (E.), *Rapport explicatif* (Convention sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation), *Actes et Documents de la Onzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, 1968-III. 200.
- FAILLIOT, *Rapport fait à la Chambre des Députés au sujet du projet de loi ratifiant le décret relatif à l'interdiction des relations commerciales avec l'Allemagne et l'Autriche-Hongrie*, R. 1917. 646.
- FALLON (M.), « Les règles d'applicabilité en droit international privé », *Mélanges Raymond Vander Elst*, t. I, Bruxelles, Editions Némésis, 1986, p. 285.
- « La loi applicable au contrat d'assurance selon la directive du 22 juin 1988 », Rev. gén. ass. terr. 1989. 242.

- FEDOZZI (P.), « De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public », R.C.A.D.I. 1929-II. 141.
- FEILCHENFELD (E.), *The International Economic Law of Belligerent Occupation*, Washington D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 1942.
- FERID (M.), « Im Ausland erfüllte Tatbestandsmerkmale inländischer Sachnormen », GRUR Int. 1973. 472.
- FERRY (C.), *La validité des contrats en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1989.
- FINES (F.), *Etude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne*, Paris, L.G.D.J., 1990.
- FINKENTSCHER (W.)/WAIBL (K.), « Ersatz im Ausland gezahlter Bestechungsgelder », IPRax 1987. 86.
- FLAUSS (J.-F.), note sous T.A. Strasbourg 3 août 1989, D. 1991. 49.
— « Le rang du droit international dans la hiérarchie des normes en droit français », P.A. n° 85 du 15 juillet 1992, p. 17.
- FLEMING (J.), *The American Tort Process*, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- FONTAINE (M.), *Droit des contrats internationaux : Analyse et rédaction de clauses*, Paris, FEDUCI/FEC, 1989.
- FONTAINE (M.)/GHESTIN (J.) (éd.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, Paris, L.G.D.J., 1992.
- FORWICK (C.), *Extraterritoriale US-amerikanische Exportkontrollen : Folgen für die Vertragsgestaltung*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1993.
- FOUCHARD (Ph.), « Les usages, l'arbitre et le juge », *Mélanges Berthold Goldman (Le droit des relations économiques internationales)*, Paris, Litec, 1982, p. 67.
- FOYER (J.), « Le Conseil d'Etat et les conflits de lois », *Mélanges Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, p. 103.
— « Entrée en vigueur de la convention de Rome du 18 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », J.D.I. 1991. 601.
- FRANCESKAKIS (Ph.), note sous Paris 7 juillet 1954, R. 1954. 552.
— *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958.
— « Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », R. 1966. 1.
— note sous Civ. 1^{re} 25 janvier 1966, R. 1966. 238.
— « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », Trav. Com. fr. 1966-1969, p. 149.
— *Rép. Dalloz Droit international*, v° *Conflits de lois (principes généraux)*.
— « Lois d'application immédiate et droit du travail », R. 1974. 273.
- FRANCESKAKIS (Ph.)/LUCAS (H.-J.), *Rép. Dalloz Droit international*, v° *Jugement étranger (matières civile et commerciale)*.
- FRANCK (T.), *Political Questions/Judicial Answers : Does the Rule of Law Apply to Foreign Affairs ?*, Princeton, Princeton University Press, 1992.
- FREI (L.), « Schweizerische Unternehmen in den USA als Diener zweier Herren : Amerikanische Verfahrenspflichten und schweizerische Geheimhaltung », SJZ 1986. 73.
— « Overcoming Bank Secrecy : Assistance in Tax Matters in Switzerland on behalf of Foreign Criminal Authorities », 9 N.Y.L. Sch. J. Int'l & Corp. L. 107 (1988).
- FREUTEL (E.), « Exchange Control, Freezing Orders and the Conflict of Laws », 56 Harv. L. Rev. 30 (1942).
- FRIEDBERG (J.), « The Convergence of Law in an Era of Political Integration : the Wood Pulp Case and the Alcoa Effects Doctrine », 52 U. Pitt. L. Rev. 289 (1991).
- FRIEDEL (E.), *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté économique européenne*, thèse Paris-II, 1992.

- FROWEIN (J.), « Die Bindung des Gesetzgebers an Verträge », *Festschrift Werner Flume*, vol. I, Cologne, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1978, p. 301.
- FUCHS (A.), « Freigabe libyschen Vermögens trotz US-Einfrierungsbeschluss », IPRax 1990. 260.
- GAILLARD (E.), « Aspects de droit privé de la restructuration de la dette privée des Etats », Trav. Com. fr. 1988-1989. 77.
— « La distinction des principes généraux et des usages du commerce international », *Mélanges Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 203.
- GAILLARD (E.)/TRAUTMAN (D.), « La Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance », R. 1986. 1.
- GAND, conclusions sur C.J.C.E. 4 février 1965, *Albatros/Sopéco*, aff. 20/64, Rec., p. 1.
- GAUDEMET-TALLON (H.), « Le nouveau droit international privé européen des contrats », Rev. trim. dr. eur. 1981. 215.
— « La Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », Rev. int. dr. comp., n° spécial *Journées de la Société de Législation comparée*, vol. 7 (1985), p. 287.
— « Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Juriscl. Europe*, fasc. 3200.
— *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, Paris, L.G.D.J., 1993.
- GAVALDA (C.), « L'efficacité juridique en France de l'executive order du président Carter "gelant" les avoirs officiels iraniens ? », Gaz. Pal. 1979. 2. 645.
— note sous T.G.I. Paris (réf.) 21 décembre 1979, Gaz. Pal. 1980. 1. 154.
- GAVALDA (C.)/LUCAS DE LEYSSAC (C.), observations sous C.J.C.E. 18 octobre 1989, D. 1990. Somm. 113.
- GEORGE-LEMAIRE, rapport sur Req. 6 janvier 1890, D.P. 1890. 1. 63.
- GEORGE (J.), « Recours pour excès de pouvoir — Conditions particulières de recevabilité », *Juriscl. Administratif*, fasc. 1140.
- GERBER (D.), « The Extraterritorial Application of the German Antitrust Laws », 77 A.J.I.L. 756 (1983).
— « International Discovery After *Aérospatiale* : The Quest for an Analytical Framework », 82 A.J.I.L. 521 (1988).
- GEVA (B.), « CHIPS Transfer of Funds », [1987] 4 J.I.B.L. 208.
- GHESTIN (J.), « L'ordre public, notion à caractère variable en droit privé français », in *Les notions à caractère variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 77.
— « La directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux », D. 1986 chr. 135.
- GIANVITI (F.), « Réflexions sur l'article VIII, section 2b) des Statuts du Fonds monétaire international », R. 1973. 471 ; 629.
— « Le blocage des avoirs officiels iraniens par les Etats-Unis (executive order du 14 novembre 1979) », R. 1980. 279.
— « Le contrôle des changes étranger devant le juge national », R. 1980. 479 ; 659.
- GIOVANOLI (M.), « Actualités du droit des eurodevises », R.D.A.I. 1986. 267.
— « Bargeld — Buchgeld — Zentralbankgeld : Einheit oder Vielfalt im Geldbegriff ? », *Festschrift Beat Kleiner*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, p. 87.
- GIULIANO (M.), *Rapport concernant l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles in European Private International Law of Obligations* (O. LANDO, B. v. HOFFMANN et K. SIEHR, éd.), Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975, p. 241.
- GIULIANO (M.)/LAGARDE (P.), *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, J.O.C.E. n° C 282 du 31 octobre 1980, p. 1.
- GIVORD (F.), « Les dettes des rapatriés, le droit et l'équité », D. 1968 chr. 15.

- GOLD (J.), *The Fund Agreement in the Courts*, Washington D.C., I.M.F., vol. I, 1962 ; vol. II, 1982 ; vol. III, 1986 ; vol. IV, 1989.
- GOLDMAN (B.), « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », J.D.I. 1979. 465.
- note sous Paris 13 juillet 1989, J.D.I. 1990. 430.
- note sous Civ. 1^{re} 22 octobre 1991, J.D.I. 1992. 177.
- « Nouvelles réflexions sur la *Lex Mercatoria* », *Mélanges Pierre Lalive*, Bâle/Francfort, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 241.
- GOLDMAN (B.)/FRANESKAKIS (Ph.) (éd.), *L'entreprise multinationale face au droit*, Paris, Librairies techniques, 1977.
- GOODE (R.M.), *Payment Obligations in Commercial and Financial Transactions*, Londres, Sweet & Maxwell, 1983.
- « Concepts of Payment in Relation to the Expropriation and Freezing of Bank Deposits » [1987] 2 J.I.B.L. 80.
- GORNIG (G.), « Die völkerrechtliche Zulässigkeit eines Handelsembargos », JZ 1990. 113.
- GOTHOT (P.), « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », R. 1971. 1 ; 209 ; 415.
- « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », *Trav. Com. fr.* 1975-1977. 201.
- GOTHOT (P.)/HOLLEAUX (D.), *La Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968*, Paris, Jupiter, 1985.
- GRELON (B.)/GUDIN (Ch.-E.), « Contrats et crise du Golfe », J.D.I. 1991. 633.
- GROFFIER (E.), « La réforme du droit international privé québécois », R. 1992. 584.
- GROS (A.), *Survivance de la raison d'Etat*, thèse Paris, 1932.
- GROSSFELD (B.)/JUNKER (A.), *Das CoCom im Internationalen Wirtschaftsrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1991.
- GRUNDMAN (V.R.), « The New Imperialism : The Extraterritorial Application of United States Law », 14 *Int'l Law*. 257 (1980).
- GRÜNWALD (G.), « Ist der Schußwaffengebrauch an der Zonengrenze strafbar ? », JZ 1966. 633.
- GRUSON (M.), « The Act of State Doctrine in Contract Cases as a Conflict-of-Laws Rule », [1988] U. III. L. Rev. 519.
- GUILLAUME (G.), « La compétence universelle : Formes anciennes et nouvelles », *Mélanges Georges Levasseur*, Paris, Litec, 1992, p. 23.
- GULMANN (C.), conclusions sur C.J.C.E. 9 juin 1992, aff. C-47/90, Rec., p. I-3669.
- conclusions sur C.J.C.E. 13 octobre 1993, *An Bord Baine Co-operative et Inter-Agra/Intervention Board for Agricultural Produce*, aff. C-124/92.
- GULPHE, conclusions sur Civ. 1^{re} 23 janvier 1979, J.C.P. 1979. II. 19086.
- GUYON (Y.), note sous Paris 25 mai 1971, J.C.P. 1972. II. 17084.
- HABSCHIED (W.)/RUDOLF (W.), « Territoriale Grenzen der staatlichen Rechtsetzung », *BerGesVR* 11 (1973), p. 7.
- HAGER (G.), « Zur Berücksichtigung öffentlichrechtlicher Genehmigungen bei Streitigkeiten wegen grenzüberschreitender Immissionen », *RabelsZ* 1989. 293.
- HAHN (H.), « Währungsrecht und Gestaltwandel des Geldes », *Festschrift Konrad Zweigert*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1981, p. 625.
- *Währungsrecht*, Munich, C.H. Beck, 1991.
- HAHN (V.), *Die "europäischen" Kollisionsnormen für Versicherungsverträge*, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, 1992.
- HALBERSTAM (M.), « Sabbatino Resurrected : The Act of State Doctrine in the Revised Restatement of U.S. Foreign Relations Law », 79 *A.J.I.L.* 68 (1985).
- HANNOUN (Ch.), *Le droit et les groupes de sociétés*, Paris, L.G.D.J., 1991.

- HARMON (J.), « United States Money Laundering Laws : International Implications », 9 *N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L.* 1 (1988).
- HARTLEY (T.C.), « Comity and the Use of Antisuit Injunctions in International Litigation », 35 *Am. J. Comp. L.* 487 (1987).
- HASELTINE (W.), « International Regulation of Securities Markets : Interaction between United States and Foreign Laws » (1987) 36 *I.C.L.Q.* 307.
- HAURIOU (M.), note sous C.E. 8 mars 1901, *Prévet et C^{ie}*, S. 1902. 3. 73.
- HAWK (B.), « Special Defenses and Issues, Including Subject Matter Jurisdiction, Act of State Doctrine, Foreign Government Compulsion and Sovereign Immunity », 50 *Antitrust L.J.* 559 (1981).
- HAYOIT-DE TERMICOURT (R.), conclusions sur Bruxelles 13 mai 1936, B.J. 1937. 4.
- HECQUARD-THERON, « La notion d'Etat en droit communautaire », *Rev. trim. dr. eur.* 1990. 693.
- HEINI (A.), « Der Entwurf eines Bundesgesetzes über das Internationale Privat- und Zivilprozeßrecht », *SJZ* 1978. 249.
- « Ausländische Staatsinteressen und internationales Privatrecht », *Rev. dr. suisse* 100 I (1981) 65.
- « Die Anwendung wirtschaftlicher Zwangsmaßnahmen im internationalen Privatrecht », *BerGesVR* 22 (1982) 37.
- « Jurisdiktion und Jurisdiktionsgrenzen im internationalen Privatrecht », *ASDI* 1985. 93.
- HEININGER (P.), « Liability of U.S. Banks for Deposits Placed in Their Foreign Branches », 11 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 903 (1979).
- HEINTZEN (M.), « Das staatliche Gewaltmonopol als Strukturelement des Völkerrechts », *Der Staat* 1986. 17.
- HELALI (M.S.E.), « La Convention Européenne des Droits de l'Homme et les droits français et communautaire de la concurrence », *Rev. trim. dr. eur.* 1991. 335.
- HELDRICH (A.), Art. 34 EGBGB in *Palandt*, 53^e éd., Munich, C.H. Beck, 1994.
- HENKIN (L.), « Act of State Today : Recollections in Tranquility », 6 *Colum. J. Transnat'l L.* 175 (1967).
- *Foreign Affairs and the Constitution*, 1^{re} éd. 1972, rééd. New York/Londres, W.W. Norton & Co., 1975.
- « Is there a "Political Question" Doctrine ? », 85 *Yale L.J.* 592 (1976).
- « International Law : Policies, Values and Functions — General Course on Public International Law », *R.C.A.D.I.* 1989-IV. 9.
- HENKIN (L.)/LOWENFELD (A.), « Letter to the Editor in Chief », 79 *A.J.I.L.* 717 (1985).
- HERDEGEN (M.), « Die völkerrechtswidrige Entführung eines Beschuldigten als Strafverfolgungshindernis », *EuGRZ* 1986. 1.
- HERZOG (B.), « The 1980 French Law on Documents and Information », 75 *A.J.I.L.* 382 (1981).
- HERZOG (P.), « La théorie de l'Act of State dans le droit des Etats-Unis », R. 1982. 617.
- HESSLER (H.-J.), « Datum-Theorie und Zweistufigkeit des internationalen Privatrechts », in *Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht*, Heidelberg, Carl Winter, 1986, p. 137.
- HEUZÉ (V.), *La réglementation française des contrats internationaux*, Paris, GLN Joly, 1990.
- *La vente internationale de marchandises — Droit uniforme*, Paris, GLN Joly, 1992.
- « La morale, l'arbitre et le juge », *Rev. arb.* 1993. 179.
- HICKEY (G.), « Irish Private International Law », *RabelsZ* 1978. 268.
- HILL (T.), « Sovereign Immunity and the Act of State Doctrine », *RabelsZ* 1982. 118.
- VON HOFFMANN (B.), « Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht bei Fremdwährungsforderungen », *IPRax* 1981. 155.
- « Staatsunternehmen im internationalen Privatrecht », *BerGesVR* 25 (1984) 35.

- observations sur BGH 20 novembre 1990, IPRax 1991. 345.
- HOFMANN (R.), « Art. 25 GG und die Anwendung völkerrechtswidrigen ausländischen Rechts », *ZaöRV* 1989. 41.
- HOLDSWORTH (W.), « The History of Acts of State in English Law », 41 *Colum. L. Rev.* 1313 (1941).
- HOLLEAUX (D.), *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, Dalloz, 1970.
- HOYLE (M.), « The Mareva Injunction and Overseas Assets », [1989] 1 *J.I.B.L.* 15.
- HRUSCHKA (J.), « Die Todesschüsse an der Berliner Mauer vor Gericht », *JZ* 1992. 665.
- HUET (A.), « Pour une application limitée de la loi pénale étrangère », *J.D.I.* 1982. 625.
- observations sur C.J.C.E. 22 mars 1983, *Martin Peters c. ZNAV*, aff. 34/82, *J.D.I.* 1983. 834.
- « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux — Compétence internationale ordinaire », *Juriscl. Int.*, fasc. 581-B.
- « Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux — Domaine de la *lex fori* : jugement et voies d'exécution », *Juriscl. Int.*, fasc. 582-3.
- *Rép. Dalloz Droit communautaire*, v^o *Convention de Bruxelles — Reconnaissance et exécution des décisions*.
- HUG (S.), *Die Substitution im internationalen Privatrecht*, Munich, Verlag V. Florentz, 1983.
- HYDE (J.), « Economic Development Agreements », *R.C.A.D.I.* 1962-I. 267.
- IDOT (L.), *Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*, thèse Paris-II, 1981.
- note sous C.J.C.E. 27 septembre 1988, *Rev. trim. dr. eur.* 1989. 345.
- « Quelques pistes pour la résolution des conflits de droits de la concurrence en matière de distribution », *D.P.C.I.* 1993. 214.
- IMMENGA (U.), « Extraterritoriale Rechtsanwendung zwischen Recht und Politik », *Festschrift Karl-H. Neumayer*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Annuaire*, vol. 56 (Session de Wiesbaden, 1975) ; vol. 58-I (Session d'Athènes, 1979) ; vol. 64-II (Session de Bâle, 1991).
- INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *La non-reconnaissance des personnes juridiques en matière fiscale*, C.D.F.I. vol. LXXIVa (Congrès de Rio de Janeiro 1989).
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Report of the 55th Conference*, New York, 1972.
- International Sales of Works of Art/La vente internationale d'oeuvres d'art*, Actes du Colloque de Genève des 11-13 avril 1985 (sous la dir. de P. LALIVE), Paris, Institute of International Business Law and Practice/Genève, Faculté de droit, 1988.
- JACOMET, conclusions sur C.E. 10 juillet 1954, *Kelm, Rec.*, p. 469.
- JACOMET (T.), « L'obligation de rapatriement », *D.P.C.I.* 1985. 57.
- JACQUEMONT (A.), *L'émission des emprunts euro-obligataires : pouvoir bancaire et souverainetés étatiques*, Paris, Litec, 1976.
- JACQUET (J.-M.), *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1983.
- « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », *J.D.I.* 1985. 327.
- *Le contrat international*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1992.
- JARVIN (S.), observations sous la sentence C.C.I. rendue en l'affaire n^o 3881 en 1984, *J.D.I.* 1986. 1096.
- JAUFFRET-SPINOSI (C.), « La Convention du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance », *J.D.I.* 1987. 23.
- JAYME (E.), « Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen — Betrachtungen zu Ehrenzweigs Datum-Theorie », *Gedächtnisschrift Albert A. Ehrenzweig*, Karlsruhe/Heidelberg, C.F. Müller, 1976, p. 35.
- « Zur Anwendung ausländischer Verbotsgesetze durch den Supreme Court von Kalifornien », *IPRax* 1986. 46.

- « Anknüpfungsmaximen für den Kulturgüterschutz im internationalen Privatrecht », *Mélanges Pierre Lalive*, Bâle/Francfort, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 717.
- JAYME (E.)/KOHLER (C.), « Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Gemeinschaft — Jüngste Entwicklungen », *IPRax* 1988. 133.
- « Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1991 — Harmonisierungsmodell oder Mehrspurigkeit des Kollisionsrechts ? », *IPRax* 1991. 361.
- « Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG nach Maastricht », *IPRax* 1992. 346.
- JENNINGS (R. Y.), « Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws » (1957) 33 *B.Y.B.I.L.* 146.
- « General Course on Principles of International Law », *R.C.A.D.I.* 1967-II. 323.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (E.), « International Law in the Past Third of a Century », *R.C.A.D.I.* 1978-I. 1.
- JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), *L'apparence en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1984.
- JOLIET (R.), « Réglementations étatiques anticoncurrentielles et droit communautaire », *C.D.E.* 1988. 363.
- JONES (G.)/GOODHART (W.), *Specific Performance*, Londres, Butterworths, 1986.
- JOURDAIN (P.), *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, thèse Paris-II, 1982.
- observations sur Paris 14 mars 1990, *Rev. trim. dr. civ.* 1990. 490.
- « Droit à réparation — Lien de causalité — Cause étrangère », *Juriscl. civil, Responsabilité civile*, fasc. 161.
- JOÛVE (E.), « Recherches sur la notion d'apparence en droit administratif français », *R.D.P.* 1968. 263.
- JÜNGER (F.), « Lex mercatoria und Eingriffsnormen », *Festschrift Fritz Rittner*, Munich, C.H. Beck, 1991, p. 233.
- JUNKER (A.), « Schadensersatzpflicht bei einem Verstoß gegen ein ausländisches Embargo », *JZ* 1991. 699.
- KAHN (Ph.), *La vente commerciale internationale*, Paris, Sirey, 1961.
- « "Lex mercatoria" et pratique des contrats internationaux : l'expérience française » in *Le contrat économique international — Stabilité et évolution (Travaux des VII^{es} Journées d'études Jean Dabin)*, Bruxelles, Bruylant/Paris, Pédone, 1975, p. 171.
- « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », *J.D.I.* 1975. 467.
- « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *J.D.I.* 1989. 305.
- KAHN-FREUND (O.), « International Effect of Currency Restrictions » (1939) 3 *M.L.R.* 158.
- « English Contracts and American Anti-Trust Law — The Nylon Patent Case » (1955) 18 *M.L.R.* 65.
- « Delictual Liability and the Conflict of Laws », *R.C.A.D.I.* 1968-II. 1.
- « General Problems of Private International Law », *R.C.A.D.I.* 1974-II. 139.
- KASSIS (A.), *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, L.G.D.J., 1984.
- *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, L.G.D.J., 1993.
- KAUFFMANN-KOHLER (G.), « Conflits en matière d'obtention de preuves à l'étranger », *ASDI* 1985. 110.
- KAUFMANN, « Ist der deutsche Versicherte berechtigt, von dem mit einer englischen Gesellschaft geschlossenen Feuerversicherungsvertrag zurückzutreten ? », *JW* 1915. 261.
- KAUSCH (H.), « Embargo », *Encyclopedia of Public International Law*, vol. VIII, Amsterdam/New York/Oxford, North-Holland, 1985.
- KAY (H.H.), « Conflict of Laws : Foreign Law as Datum », 53 *Calif. L. Rev.* 47 (1965).
- KEGEL (G.)/RUPP (H.)/ZWEIGERT (K.), *Die Einwirkung des Krieges auf Verträge*, Berlin, Walter de Gruyter, 1941.

- KEGEL (G.), « Von wilden Tieren, zerstreuten Leuten und versunkenen Schiffen. Zum Verhältnis von Besitz und Eigentum beweglicher Sachen », *Festschrift Ernst von Caemmerer*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1978, p. 149.
- in *Soergel*, Vor Art. 7, Stuttgart/Berlin/Mayence, Verlag W. Kohlhammer, 1983.
- « Internationales Privatrecht (IPR) — Rechtsangleichung in Europa und deutsche Reform », DRPfleger 1987. 1.
- « Die Rolle des öffentlichen Rechts im internationalen Privatrecht », *Festschrift Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, Carl Heymans Verlag, 1988, p. 243.
- KEGEL (G.)/SEIDL-HOHENVELDERN (I.), « Zum Territorialitätsprinzip im internationalen öffentlichen Recht », *Festschrift Murad Ferid*, Munich, C.H. Beck, 1978, p. 233.
- KELLEY (R.), « USA : Contrôle du commerce et effets extraterritoriaux », R.D.A.I. 1992. 167.
- KELSEN (H.), *Reine Rechtslehre*, 2^e éd., Vienne, Franz Deuticke, 1960.
- KEMPER (M.)/STROHBACH (H.)/WAGNER (H.), *Die Allgemeinen Lieferbedingungen des RGW 1968 in der Spruchpraxis sozialistischer Außenhandelsschiedsgerichte*, Berlin-Est, Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, 1975.
- KESSEDIAN (C.)/SCHREUER (C.), « Le projet d'articles de la Commission du Droit International des Nations-Unies sur les immunités des Etats », R.G.D.I.P. 1992. 299.
- KESTENBAUM (L.), « Antitrust's "Extraterritorial" Jurisdiction: A Progress Report on the Balancing of Interests Test », 18 Stan. J. Int'l L. 311 (1982).
- KEWENIG (W.), « Die Anwendung wirtschaftlicher Zwangsmaßnahmen im Völkerrecht », BerGesVR 22 (1982) 7.
- KHADIAVI-GONTARD (B.)/HAUSMANN (R.), « Zurechenbarkeit von Hoheitsakten und subsidiäre Staatshaftung bei Verträgen mit ausländischen Staatsunternehmen », RIW 1980. 533.
- « Haftungsdurchgriff auf ausländische Staaten », RIW 1983. 1.
- KHAIRALLAH (G.), « Le "raisonnable" en droit privé français — Développements récents », Rev. trim. dr. civ. 1984. 439.
- KIWANUKA (R.N.), « On Revolution and Legality in Fiji » (1988) 37 I.C.L.Q. 961.
- KLEIN (P.), note sous RG 28 juin 1918, JW 1918. 611.
- KLEIN-BEBER (A.), « Rechtfertigen Hoheitsakte von US-Behörden Lieferstopps auf deutsch/europäischem Markt ? », RIW 1990. 189.
- KLEINER (B.), « Privatrechtliche Aspekte der Informationspreisgabe der Bank aus eigenem Interesse », *Festschrift Johannes Bärmann*, Munich, C.H. Beck, 1975, p. 523.
- *Internationales Devisen-Schuldrecht*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1985.
- KNOEPFLER (F.), « Les nationalisations françaises face à l'ordre juridique suisse », ASDI 1983. 149.
- « L'article 19 LDIP est-il adapté à l'arbitrage international ? », *Mélanges Pierre Lalive*, Bâle/Francfort, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 531.
- KNOEPFLER (F.)/SCHWEIZER (Ph.), « La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale) », R. 1988. 207.
- KOCH (H.)/ZEKOLL (J.), « Zweimal amerikanische "punitive damages" vor deutschen Gerichten », IPRax 1993. 288.
- KOEPPEL (K.), *Die deutsche Devisengesetzgebung im internationalen Privatrecht*, Berlin, Junker und Dünhaupt Verlag, 1938.
- KOERING-JOULIN (R.)/HUET (A.), « Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française — Infractions commises à l'étranger », *Juriscl. Int.*, fasc. 403-2.
- KOHLER (C.), « Umweltrechtliche Genehmigungen im internationalen Privat- und Verfahrensrecht », JbUTR 1991. 289.
- KOJOUHAROFF (A.), « Chronique de jurisprudence de la Cour arbitrale près la Chambre de commerce bulgare », J.D.I. 1967. 152.

- KOLVENBACH (W.), « Die Behandlung des feindlichen Privatvermögens in den USA », *Festschrift Ernst C. Stiefel*, Munich, C.H. Beck, 1987, p. 413.
- KÖSTERS (F.), *Die Anwendung ausländischer Eingriffsnormen im französischen Recht*, thèse Münster, 1991.
- KOVAR (R.), « Droit communautaire de la concurrence et droit international », C.D.E. 1986. 127.
- KRAFFT (M.-Ch.), « Secret bancaire et conflits de juridiction. Le point de vue d'un internationaliste », in *Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht* (R. von GRAFFENRIED, éd.), Berne, Stämpfli & C^{ie} AG, 1987, p. 207.
- KRATZ (B.), *Ausländische Eingriffsnormen und inländischer Privatrechtsvertrag*, Francfort, Peter Lang, 1986.
- KREUZER (K.), *MünchKomm*, 2^e éd., Art. 38 EGBGB (vol. VII), Munich, C.H. Beck, 1990.
- « Erklärung eines generellen Vorbehalts zu Art. 7 Abs. 1 des Übereinkommens vom 19.6.1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ? », IPRax 1984. 293.
- *Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Gerichten*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1986.
- KROPHOLLER (J.), *Europäisches Zivilprozessrecht*, 4^e éd., Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1993.
- KÜHN (W.)/ROTTHEGE (G.), « Inanspruchnahme des deutschen Bürgen bei Devisensperren im Lande des Schuldners », NJW 1983. 1233.
- LAGARDE (P.), « La Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation », R. 1978. 31.
- note sous Com. 19 mars 1979, R. 1981. 524.
- « The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: An Apologia », 22 Va. J. Int'l L. 91 (1981).
- note sous Civ. 1^{re} 1^{er} juillet 1981, R. 1982. 336.
- « Une notion ambivalente : l'"émanation" de l'Etat nationalisant », *Mélanges Claude-Albert Colliard*, Paris, Pédone, 1984, p. 539.
- « La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises », Rev. int. dr. comp., n^o spécial *Journées de la Société de Législation comparée*, vol. 7 (1985), p. 327.
- « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », R.C.A.D.I. 1986-I. 9.
- note sous C.E. 5 juin 1987, *Lalain*, R. 1989. 688.
- « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », R. 1991. 287.
- LAINÉ (A.), « La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé », R. 1905. 21.
- LALIVE (P.), « L'application du droit public étranger — Rapport préliminaire », *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 56 (Session de Wiesbaden), Bâle, S. Karger S.A., 1975, p. 171.
- « Le droit public étranger et le droit international privé », Trav. Com. fr. 1973-1975. 218.
- observations sur TF 5 mai 1976, ASDI 1978. 387.
- « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », Rev. arb. 1986. 329.
- « Sur la bonne foi dans l'exécution des contrats d'Etat », *Mélanges Raymond Vander Elst*, t. I, Bruxelles, Editions Némésis, 1986, p. 425.
- « Sur le retour des biens culturels illicitement exportés », *Mélanges François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 283.

- LANDON (P.), *Aux sources du recours pour excès de pouvoir : Essai historique*, Paris, Sirey, 1942.
- LANDY-OSMAN (L.), « L'embargo des Nations-Unies contre l'Iraq et l'exécution des contrats internationaux », D.P.C.I. 1991. 597.
- LANGE (D.)/BORN (G.) (éd.), *The Extraterritorial Application of National Laws*, Paris/New York, ICC Publishing S.A.; Deventer/Boston, Kluwer, 1989.
- LANKARANI (L.), *L'affaire du gazoduc euro-sibérien*, Paris, CEDIN, 1987.
- LAPLATTE (C.), note sous Colmar 25 février 1948, Rev. jur. Als. Lorr. 1948. 120.
- LAUTERPACHT (E.) et alii, *The Kuwait Crisis : Basic Documents*, Cambridge, Grotius Publications Ltd., 1991.
- LAUTERPACHT (E.) (consulting editor), *The Kuwait Crisis : Sanctions and Their Economic Consequences*, Cambridge, Grotius Publications Ltd., 1991.
- LA PRADELLE (G. DE), *Les conflits de lois en matière de nullités*, Paris, Dalloz, 1967.
- LAW REFORM COMMITTEE, *16th Report, Privilege in Civil Proceedings* (Cmd. 3472).
- LEBEDOFF (G.)/RAIEVSKI (C.), « A French Perspective on the United States Ban on the Soviet Gas Pipeline Equipment », 18 Tex. Int'l L.J. 483 (1983).
- LECLERC (F.), *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, thèse Strasbourg, 1990.
- LEFAS (A.), conclusions sur C.E. 11 juillet 1945, *Société Chaigneau-Ancelin*, R.D.P. 1945. 494.
- LEGROS (R.), « L'arrêt BMW et le droit pénal européen », note sous C.J.C.E. 12 juillet 1979, C.D.E. 1980. 220.
- LEHMANN (R.), *Zwingendes Recht dritter Staaten im internationalen Vertragsrecht — Zur Bedeutung und Auslegung des Art. 7 Abs. 1 EulPRÜ*, Francfort/Berne/New York, Peter Lang, 1986.
- LEIGH (M.), « *Sabbatino's* Silver Anniversary and the Restatement: No Cause for Celebration », 24 Int'l Law. 1 (1990).
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.), « A propos du Contrat International », J.D.I. 1951. 4.
- LE ROY (D.), *La force majeure dans le commerce international*, thèse Paris-I, 1991.
- LE TOURNEAU (Ph.), *La règle « Nemo auditur ... »*, Paris, L.G.D.J., 1970.
- « Contrats et obligations — Règle "Nemo auditur ..." », *Juriscl. civil*, App. Art. 1131 à 1130.
- LEVEL (P.), « L'arbitrabilité », Rev. arb. 1992. 213.
- LEVEUR (L.), *Situations de fait et droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1990.
- « Le fait », Arch. phil. dr. 35 (1990) 143.
- LEVINE (P.), *La lutte contre l'évasion fiscale de caractère international en l'absence et en présence de conventions internationales*, Paris, L.G.D.J., 1988.
- LEW (J.D.M.), *Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards*, Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, Inc./Sijthoff & Noordhoff International Publishers BV.
- LEWALD (H.), « Règles générales des conflits de lois — Contribution à la technique du droit international privé », R.C.A.D.I. 1939-III. 1.
- LIBCHABER (R.), *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1992.
- LINDEMAYER (B.), *Schiffsembargo und Handelsembargo*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1975.
- LIPSTEIN (K.), observations sur *Government of India v. Taylor*, J.D.I. 1961. 1132.
- « The General Principles of Private International Law », R.C.A.D.I. 1972-I. 97.
- « Conflict of Public Laws — Visions and Realities », *Festschrift Imre Zajtay*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1982, p. 357.
- observations sur *Buttes Gas & Oil Co. v. Hammer*, J.D.I. 1988. 1092.

- LLEWELYN DAVIES (D.J.), « The Influence of Huber's *De Conflictu Legum* on English Private International Law » (1937) 18 B.Y.B.I.L. 49.
- LOQUIN (E.), « Délimitation juridique des espaces monétaires nationaux et espace monétaire transnational » in *Droit et monnaie (Etats et espace monétaire transnational)* (Travaux du Centre de Recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux de l'Université de Bourgogne, vol. 14 : Ph. KAHN, éd.) Paris, Litec, 1988.
- LORENZ (W.), « Internationaler Filmverleih: Forum Selection, Choice of Law, Unconscionability », IPRax 1989. 22.
- LOUIS-LUCAS (P.), « Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois ? », R. 1959. 405.
- LOUSSOUARN (Y.), note sous Paris 21 juillet 1953, R. 1954. 539.
- « Quelques aspects nouveaux de la protection des actionnaires français de sociétés étrangères », D. 1964 chr. 279.
- note sous Civ. 1^{re} 25 janvier 1966, D. 1966. 391.
- « Le sort du passif des entreprises françaises victimes des mesures de dépossession algériennes », J.C.P. 1968. I. 2140.
- « Du caractère confiscatoire des mesures prises par l'Etat algérien à l'encontre des entreprises françaises », D. 1969 chr. 241.
- « Cours général de droit international privé », R.C.A.D.I. 1973-II. 271.
- « La Convention de La Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises », R. 1986. 271.
- LOWE (A.V.), « Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act, 1980 », 75 A.J.I.L. 257 (1981).
- *Extraterritorial Jurisdiction, An Annotated Collection of Legal Materials*, Cambridge, Grotius Publications Ltd., 1983.
- « Public International Law and the Conflict of Laws: The European Response to the United States Export Administration Regulations » (1984) 33 I.C.L.Q. 515.
- « International Law Issues Arising in the "Pipeline" Dispute: The British Position », G.Y.I.L. 27 (1984) 54.
- LOWENFELD (A.), « Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Law, and Some Suggestions for their Interaction », R.C.A.D.I. 1979-II. 311.
- « Sovereignty, Jurisdiction, and Reasonableness: A Reply to A.V. Lowe », 75 A.J.I.L. 629 (1981).
- *Trade Controls for Political Ends (International Economic Law, vol. III)*, 2^e éd., New York/San Francisco, Matthew Bender, 1983.
- « U.S. Law Enforcement Abroad: The Constitution and International Law », 83 A.J.I.L. 880 (1989).
- « U.S. Law Enforcement Abroad: The Constitution and International Law, Continued », 84 A.J.I.L. 444 (1990).
- « Kidnaping by Government Order: A Follow-up », 84 A.J.I.L. 712 (1990).
- « Still More on Kidnaping », 85 A.J.I.L. 655 (1991).
- MACH (O.), *L'entreprise et les groupes de sociétés en droit européen de la concurrence*, Genève, Georg, 1974.
- MAIER (H.), « Extraterritorial Jurisdiction at a Crossroads: An Intersection between Public and Private International Law », 76 A.J.I.L. 280 (1982).
- MALAURIE (Ph.), « Le droit monétaire dans les relations privées internationales », R.C.A.D.I. 1978-II. 265.
- MANN (F.A.), « Proper Law and Illegality in Private International Law » (1937) 18 B.Y.B.I.L. 97.
- « The Sacrosanctity of the Foreign Act of State » (1943) 59 L.Q.R. 42.

- « The Private International Law of Exchange Control under the International Monetary Fund Agreement » (1953) 2 I.C.L.Q. 97.
- « International Delinquencies Before Municipal Courts » (1954) 70 L.Q.R. 181.
- « The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons » (1959) 35 B.Y.B.I.L. 34.
- « State Contracts and State Responsibility », 54 A.J.I.L. 572 (1960).
- « Sovereign or Fisc ? » (1960) 9 I.C.L.Q. 691.
- « The Doctrine of Jurisdiction in International Law », R.C.A.D.I. 1964-I. 1.
- « Conflict of Laws and Public Law », R.C.A.D.I. 1971-I. 107.
- « Statutes and the Conflict of Laws » (1972-73) 46 B.Y.B.I.L. 177.
- « Eingriffsgesetze und internationales Privatrecht », *Festschrift Eduard Wahl*, Heidelberg, Carl Winter, 1973, p. 139.
- « The Consequences of an International Wrong in International and National Law » (1976-1977) 48 B.Y.B.I.L. 1.
- « Sonderanknüpfung und zwingendes Recht im internationalen Privatrecht », *Festschrift Günther Beitzke*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1979, p. 607.
- « Zahlungsprobleme bei Fremdwährungsschulden », ASDI 1980. 93.
- « On the American "Foreign Sovereign Compulsion" Defence » (1982) 31 I.C.L.Q. 199.
- « A New Aspect of the Restrictive Theory of Sovereign Immunity » (1982) 31 I.C.L.Q. 573.
- « Staatliche Aufklärungsansprüche und Völkerrecht », *Festschrift Hermann Mosler*, Berlin/Heidelberg/New York, Springer-Verlag, 1983, p. 529.
- « The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years », R.C.A.D.I. 1984-III. 9.
- *Foreign Affairs in English Courts*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- « State Corporations in International Relations », *Liber Amicorum Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 131.
- « Staatsunternehmen in internationalen Handelsbeziehungen », RIW 1987. 186.
- « Zu den öffentlichrechtlichen Ansprüchen ausländischer Staaten », *Festschrift Gerhard Kegel*, Stuttgart/Berlin/Cologne/Mayence, Verlag W. Kohlhammer, 1987, p. 365.
- « The Proper Law in the Conflict of Laws » (1987) 36 I.C.L.Q. 437.
- « L'exécution internationale des droits publics », R. 1988. 1.
- « The Public International Law of Restrictive Practices in the European Court of Justice » (1989) 38 I.C.L.Q. 375.
- « Reflections on the Prosecution of Persons Abducted in Breach of International Law », *International Law at a Time of Perplexity, Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 407.
- « The International Enforcement of Public Rights », *Further Studies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 355.
- « The Effect in England of the Compulsory Acquisition by a Foreign State of the Shares in a Foreign Company », *Further Studies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 389.
- *The Legal Aspect of Money* : 1^{re} éd., Londres, Oxford University Press, 1938 ; 4^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1982 ; 5^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1992.
- MANSEL (H.-P.), « Substitution im deutschen Zwangsvollstreckungsrecht », *Festschrift Werner Lorenz*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1991, p. 689.
- MARCUSS (S.)/RICHARD (E.), « Extraterritorial Jurisdiction in United States Trade Law : The Need for a Consistent Theory », 20 Colum. J. Transnat'l L. 439 (1981).
- MARKOVITS (Y.), *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Paris, L.G.D.J., 1990.
- MARSH (N.S.), « Lord Stowell : A New Assessment » (1988) 37 I.C.L.Q. 668.

- MARTINEK (M.), « Das uneingestandene Auswirkungsprinzip des EuGH zur extraterritorialen Anwendbarkeit der EG-Wettbewerbsregeln », IPRax 1989. 347.
- MARTINY (D.), « Der deutsche Vorbehalt gegen Art. 7 Abs. 1 des EG-Schuldvertragsübereinkommens vom 19.6.1980 — seine Folgen für die Anwendung ausländischen zwingenden Rechts », IPRax 1987. 277.
- *MünchKomm*, Art. 34 EGBGB, 2^e éd., Munich, C.H. Beck, 1990.
- MASKOW (D.)/WAGNER (H.) (éd.), *Kommentar zum Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge*, Berlin-Est, Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, 1978.
- MAURY (J.), *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, coll. « Cuadernos de la Cátedra del "Dr. James Brown Scott" », Universidad de Valladolid », Valladolid, Casa Martin, 1952.
- MAYER (P.), *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973.
- note sous Soc. 8 mai 1974, R. 1975. 452.
- note sous Reims 25 octobre 1976, J.D.I. 1978. 99.
- « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », R. 1979. 1, 349, 537.
- « Les lois de police étrangères », J.D.I. 1981. 277.
- « Les lois de police », *Trav. Com. fr., Journée du cinquantième* (1985), p. 105.
- « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits*, n° 2 (1985), p. 129.
- « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », J.D.I. 1986. 5.
- « Mandatory Rules of Law in International Arbitration », *Arbitration International* 1986. 274 ; 322.
- « Le rôle du droit public en droit international privé », *Rev. int. dr. comp.* 1986. 467.
- note sous Civ. 1^{re} 4 février 1986, R. 1986. 718.
- « La règle morale dans l'arbitrage international », *Mélanges Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991.
- « Le rôle du droit public en droit international privé français » in *Colloque de Bâle sur le rôle du droit public en droit international privé* (F.-E. KLEIN, éd.), Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1991.
- « Le juge et la loi étrangère — Points de similitude du droit français et du droit suisse », *Rev. suisse dr. int. dr. eur.* 1991. 481.
- « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », R. 1991. 651.
- MAYOUD (A.), *Rapport fait au nom de la Commission de la production et des échanges sur le projet de loi adopté par le Sénat relatif à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères*, Doc. n° 1814 A.N., 2^e session ord. de 1979-1980.
- MAYRAS (H.), conclusions sur C.J.C.E. 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries*, aff. 48/69, Rec., p. 619.
- MAZEAUD (H.), note sous Paris 21 décembre 1962, J.C.P. 1963. II. 13447.
- MCCORMICK (N.), « On Reasonableness », in *Les notions à caractère variable*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 131.
- MCLACHLAN (C.), « Transnational Applications of Mareva Injunctions and Anton Piller Orders » (1987) 36 I.C.L.Q. 669.
- MCMANIS (C.), « Questionable Corporate Payments Abroad : An Antitrust Approach », 86 Yale L.J. 215 (1976).
- McNAIR (A.D.), « Frustration of Contract by War » (1940) 56 L.Q.R. 173.

- LORD MCNAIR/WATTS (A.D.), *Legal Effects of War*, 4^e éd., Cambridge, University Press, 1966.
- MEAL (D.), « Governmental Compulsion as a Defense under United States and European Community Antitrust Law », 20 Colum. J. Transnat'l L. 51 (1981).
- MEARS (T.L.), « The History of the Admiralty Jurisdiction » in *Select Essays in Anglo-American Legal History* (Association of American Law Schools), vol. II, Boston, Little, Brown, and Co., 1908.
- MEESSEN (K.M.), *Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1975.
- « Kollisionsrecht als Bestandteil des allgemeinen Völkerrechts: Völkerrechtliches Minimum und kollisionsrechtliches Optimum », *Festschrift F.A. Mann*, Munich, C.H. Beck, 1977, p. 227.
- « Antitrust Jurisdiction Under Customary International Law », 78 A.J.I.L. 783 (1984).
- DE MELLO (X.), « Droit de la concurrence et droits de l'homme », *Rev. trim. dr. eur.* 1993. 601.
- MELLOTTÉE, conclusions sur Soc. 15 avril 1970, D. 1971. 107.
- MENG (W.), « Extraterritorial Effects of Administrative, Judicial and Legislative Acts », *Encyclopedia of Public International Law*, vol. VIII, Amsterdam/New York/Oxford, North-Holland, 1985.
- MERKT (H.), *Investitionsschutz durch Stabilisierungsklauseln*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1990.
- MESSINESI (P.), *La contrebande en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1932.
- MESSNER (E.), « The Jurisdiction of a Court of Equity over Persons to Compel the Doing of Acts Outside the Territorial Limits of the State », 14 Minn. L. Rev. 494 (1930).
- METZGER (S.), « The Restatement of the Foreign Relations Law of the United States: Bases and Conflicts of Jurisdictions », 41 N.Y.U. L. Rev. 7 (1966).
- MEZGER (E.), « L'unification du lieu de paiement des obligations monétaires », J.D.I. 1967. 584.
- MODERNE (F.), *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, Paris, Economica, 1993.
- MOITRY (J.-H.), « L'arbitre international et l'obligation de boycottage imposée par un Etat », J.D.I. 1991. 349.
- MORAND (Ch.-A.), « La sanction », *Arch. phil. dr.* 35 (1990) 293.
- MOREAU (J.), « Internationalisation du droit administratif français et déclin de l'acte de gouvernement », *Mélanges Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, p. 293 et s.
- MORGENSTERN (F.), « Validity of the Acts of the Belligerent Occupant » (1951) 28 B.Y.B.I.L. 291.
- MORRIS (J.H.C.), « The Eclipse of the *lex loci solutionis* — A Fallacy Exploded », 6 Vand. L. Rev. 505 (1953).
- « Some Recent Developments in the English Private International Law of Adoption », *Festschrift F.A. Mann*, Munich, C.H. Beck, 1977, p. 241.
- MORRIS (V.)/BOURLOYANNIS (M.-Ch.), « The Work of the Sixth Committee at the Forty-Seventh Session of the U.N. General Assembly », 87 A.J.I.L. 306, 317 (1993).
- MORSCHER (T.), *Staatliche Rechtssetzungsakte als Leistungshindernisse im internationalen Warenkauf*, Bâle/Francfort, Helbing&Lichtenhahn, 1992.
- MOZET (P.), « Das Abkommen zwischen der EG und den USA über die Zusammenarbeit der Kartellbehörden », *EuZW* 1992. 201.
- MUR WAIT (H.), « Effets en France des décisions étrangères — Décisions bénéficiant du régime de l'efficacité internationale », *Juriscl. Int.*, fasc. 584-2.
- « Effets en France des décisions étrangères — Contenu de l'efficacité internationale », *Juriscl. Int.*, fasc. 584-6.

- « La revendication internationale des biens culturels : à propos de la décision américaine *Eglise Autocéphale* », R. 1992. 1.
- MÜLBERT (P.), « Ausländische Eingriffsnormen als Datum », *IPRax* 1986. 140.
- MÜNCH (F.), « La force normative des faits », *Mélanges Miaja de la Muela*, Madrid, Editorial Tecnos, 1979, p. 251.
- MUSTILL L.J., « The New *Lex Mercatoria*: The First Twenty-five Years », *Liber Amicorum Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 149.
- NAST (M.), note sous Colmar 11 mars 1938, J.D.I. 1938. 813.
- NEALE (A.D.)/STEPHENS (M.L.), *International Business and National Jurisdiction*, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- NELSON (N.), « The United States Legal Response to the Arab Boycott — A Quagmire for the Innocent », *Palestine Y.L.L.* 5 (1989) 129.
- NEUMAYER (K.), « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », R. 1957. 579 ; 1958. 53.
- « Die Notgesetzgebung des Wirtschaftsrechts im internationalen Privatrecht », *BerGesVR* 23 (1975) 35.
- NEUSS (J.J.), *Handelsembargos zwischen Völkerrecht und IPR*, Munich, Verlag V. Florentz, 1989.
- NÉVOT (M.), « La communication de renseignements économiques à l'étranger », R. 1981. 421.
- NEWCOMB (D.), « United States Litigation and Foreign Bank Secrecy: The Origins of Conflict », 9 N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L. 47 (1988).
- NIBOYET (J.-P.), note sous Req. 28 mars 1928, S. 1928. 1.305.
- note sous Civ. 12 mai 1931, S. 1932. 1. 137.
- note sous Colmar 24 juin 1932, S. 1934. 2. 73.
- note sous Civ. 14 avril 1934, S. 1935. 1. 201.
- note sous Nancy 26 octobre 1943, R. 1947. 97.
- « Immunité de juridiction et incompétence d'attribution », R. 1950. 139.
- NIBOYET-HOEGY (M.-L.), *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Paris, Economica, 1986.
- « Contrats internationaux — Principes concurrents du principe d'autonomie », *Juriscl. Int.*, fasc. 552-4.
- NIYONZIMA (M.), *La clause de monnaie étrangère dans les contrats internationaux*, Bruxelles, Bruylant/Anvers, Maklu Uitgevers, 1991.
- NOLTING (E.), « Hoheitliche Eingriffe als Force Majeure bei internationalen Wirtschaftsverträgen mit Staatsunternehmen ? », *RIW* 1988. 511.
- Les notions à caractère variable* (Travaux du Centre national de recherche de logique ; Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, éd.), Bruxelles, Bruylant, 1984.
- NOWAK (M.), *UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll — CCPR-Kommentar*, Kehl am Rhein/Strasbourg/Arlington, N.P. Engel, 1989.
- NUSSBAUM (A.), « Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws », 49 Yale L.J. 1027 (1940).
- « Rise and Decline of the Law-of-Nations Doctrine in the Conflict of Laws », 42 Colum. L. Rev. 189 (1942).
- *Money in the Law National and International*, 2^e éd., Brooklyn, The Foundation Press Inc., 1950.
- « Exchange Controls and the International Monetary Fund », 59 Yale L.J. 421 (1950).
- ODENT (B.), *Rép. Dalloz Contentieux administratif, v^o Actes de gouvernement*.
- OEHLER (D.), « Strafrechtlicher Schutz ausländischer Rechtsgüter, insbesondere bei Urkunden, in der Bundesrepublik Deutschland », *JR* 1980. 485.

- OLMSTEAD (C.) (éd.), *Extra-territorial Application of Laws and Responses Thereto*, Oxford, International Law Association/ESC Publishing Ltd., 1984.
- ONKELINX (I.), « Conflict of International Jurisdiction : Ordering the Production of Documents in Violation of the Law of the Situs », 64 Nw. U.L. Rev. 487 (1969).
- OPPÉTIT (B.)/SAYAG (A.), « Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés », Rev. soc. 1973. 577.
- OPPÉTIT (B.), « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de "hardship" », J.D.I. 1974. 794.
- « Le développement des règles matérielles », Trav. Com. fr., Journée du Cinquantenaire (1985), p. 121.
- « Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international », J.D.I. 1987. 5.
- OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar zum Obligationsrecht*, 2^e éd. par W. SCHÖNENBERGER, 3^e partie, Zurich, Schulthess & Co. A.G., 1945.
- OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria — Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, L.G.D.J., 1992.
- OTTOLENGHI (S.), « From Peeping Behind the Corporate Veil, to Ignoring it Completely » (1990) 53 M.L.R. 338.
- VON OVERBECK (A.), « Das neue schweizerische Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht », IPRax 1988. 329.
- PAGE (W.), « The Development of the Doctrine of Impossibility of Performance », 18 Mich. L. Rev. 589 (1920).
- PALLARD (R.), *L'exception de nécessité en droit civil*, thèse Poitiers, 1947 (L.G.D.J., 1948).
- PAMBOUKIS (C.), *L'acte public étranger en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1993.
- PATRIKIS (E.), « Developments in the Law of Large Dollar Electronic Payments in the United States », R.D.A.I. 1987. 639.
- PAULSSON (J.), « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage C.C.I. », Rev. arb. 1990. 55.
- PELICHET (M.), *Rapport préliminaire sur la Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, Actes et documents de la Session extraordinaire de la Conférence de la Haye de droit international privé — 14 au 30 octobre 1985*, La Haye, 1987.
- « La vente internationale de marchandises et le conflit de lois », R.C.A.D.I. 1987-I. 9.
- PERRET (H.), *Les liquidations des « sociétés russes »*, Paris, Sirey, 1937.
- PERRIN (G.), « L'affaire de l'Interhandel », ASDI 1958. 39.
- « L'affaire de l'Interhandel : phase des exceptions préliminaires », ASDI 1959. 73.
- PETZINGER (W.), « Deutsche Parallelprozesse zur Abwehr amerikanischer Beweiserhebungsverfahren ? », RIW 1983. 242.
- PICARD (E.), *Rép. Dalloz Contentieux administratif, v^o Droit international*.
- PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1989.
- PICONE (P.), « La méthode de référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », R.C.A.D.I. 1986-II. 229.
- PIEHL (H.), « Ausländische zwingende Vorschriften und deutsches Schuldstatut », RIW 1988. 841.
- *Bestechungsgelder im internationalen Wirtschaftsverkehr*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1991.
- PILLET (A.), « Le droit international privé. Essai d'un système général de solution des conflits de lois », J.D.I. 1894. 417, 711 ; 1895. 241, 500, 929 ; 1896. 5, 25.
- PLENDER (R.), *The European Contracts Convention*, Londres, Sweet & Maxwell, 1991.
- PLUM, « Der Einfluß des Krieges auf schwebende Lieferverträge im Lichte der Rechtsprechung », JW 1916. 1359 ; JW 1917. 943 ; JW 1919. 340 ; « Der Einfluß des

- Krieges und der Revolution auf schwebende Lieferverträge im Lichte der Rechtsprechung », JW 1921. 51.
- POCAR (F.), « La protection de la partie faible en droit international privé », R.C.A.D.I. 1984-V. 339.
- POLAKIEWICZ, « Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte der strafrechtlichen Ahndung des Schußwaffeneinsatzes an der innerdeutschen Grenze », EuGRZ 1992. 177.
- POMMIER (J.-Ch.), *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992.
- PONSARD (A.)/BLONDEL (P.), *Rép. civ. Dalloz, v^o Paiement*.
- PRIoux (R.), « Le juge et l'arbitre face aux lois étrangères d'application immédiate dans les contrats internationaux : les nouvelles possibilités offertes par la loi du 14 juillet 1987 », Rev. dr. com. b. 1988. 251.
- PRÜM (A.), *L'autonomie des garanties à première demande*, thèse Montpellier-I, 1992.
- QUINTIN (Y.), « Transferts de technologie et application extra-territoriale des contrôles sur les exportations américaines à la lumière de l'*Export Administration Act* de 1885 », R. 1987. 493.
- RADOUANT (J.), *Rép. civ. Dalloz, v^o Force majeure* (1^{re} éd., 1952).
- RADTKE (R.), « Schuldstatut und Eingriffsrecht », ZVglRWiss 84 (1985) 325.
- RANOUIL (V.), « Les lois de blocage », D.P.C.I. 1986. 513.
- RASSAT (M.-L.), « Démence, contrainte et excuses », *Juriscl. pén.*, Art. 64-65.
- RAYFUSE (R.), « International Abduction and the United States Supreme Court : The Law of the Jungle Reigns » (1993) 42 I.C.L.Q. 862.
- REESE (W.), « Discussion of Major Areas of Choice of Law », R.C.A.D.I. 1964-I. 311.
- « General Course on Private International Law », R.C.A.D.I. 1976-II. 1.
- REHBOCK (E.Z.), note sous Trib. arr. Amsterdam 23 juin 1936, R. 1937. 474.
- REMIEN (O.), « Außenwirtschaftsrecht in kollisionsrechtlicher Sicht », *RabelsZ* 1990. 431.
- RÉMOND-GUILLOU (M.), « "L'Emanation maritime" ou comment faire céder l'écran de la personnalité morale d'un armement d'Etat », D.M.F. 1986. 333.
- observations sur Com. 5 décembre 1989, D. 1990. Somm. 270.
- « L'émanation maritime : pour sortir de la clandestinité », D.M.F. 1992. 451.
- RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW OF HARVARD LAW SCHOOL, *Draft Convention and Comment on Piracy*, 26 A.J.I.L. Supplement 747 (1932).
- *Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime*, 29 A.J.I.L. Supplement 435 (1935).
- REYNOLDS (F.M.B.), « Illegality by *Lex Loci Solutionis* » (1992) 109 L.Q.R. 553.
- RIAD (F.), « L'entreprise publique ou semi-publique en droit international privé », R.C.A.D.I. 1963-I. 561.
- RIEG (A.), « Contrats et obligations — Effet obligatoire des conventions », *Juriscl. civil*, Art. 1134 et 1135.
- RIGAUX (F.), *La théorie des qualifications en droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1956.
- « Le droit international privé face au droit international », R. 1976. 261.
- *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pédone, 1977.
- « Les créanciers et le droit de la faillite à l'intérieur d'un groupe transnational de sociétés » in *Les créanciers et le droit de la faillite* (publié par la Commission Droit et vie des affaires de la Faculté de droit de Liège), Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 559.
- « La notion de fait en science juridique », Ann. Louvain 1988. 3.
- « Droit économique et conflits de souverainetés », *RabelsZ* 1988. 104.
- « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale — Cours général de droit international privé », R.C.A.D.I. 1989-I. 9.

- « Le commerce des oeuvres d'art dans le Marché commun », *Mélanges Pierre Lalive*, Bâle/Francfort, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 733.
- RIGAUX (F.)/VERHOEVEN (J.), « Nationalisations et relations internationales », J.T. 1982. 489.
- RIPHAGEN (W.), « The Relationship between Public Law and the Rules of Conflict of Laws », R.C.A.D.I. 1961-I. 215.
- ROBERT (J.), « Observations sur une sentence internationale », Rev. arb. 1960. 76.
- ROBINET (L.)/THYS (P.), « The Extraterritorial Jurisdiction of U.S. Courts in Antitrust Cases », R.D.A.I. 1990. 201.
- ROBLLOT (R.), *Les effets de commerce*, Paris, Sirey, 1975.
- RODIÈRE (P.), note sous Crim. 28 février 1986, J.D.I. 1986. 992.
- ROGGEMANN (H.), « Zur Strafbarkeit der Mauerschützen », DtZ 1993. 10.
- ROTH (G.), « Aufwertung und Abwertung im internationalen Privatrecht », BerGesVR 20 (1979) 87.
- ROTH (P.M.), « Reasonable Extraterritoriality : Correcting the "Balance of Interests" » (1992) 41 I.C.L.Q. 245.
- ROUSSEAU (H.), note sous Req. 20 mai 1922, S. 1926. 1. 305.
- RUBIN (A.), *The Law of Piracy (U.S. Naval War College International Law Studies*, vol. 63), Newport, R.I., Naval War College Press, 1988.
- RÜSSMANN (H.), « Auslandskredite, Transferverbote und Bürgschaftssicherung », WM 1983. 1126.
- SABIANI (F.), note sous C.E. 29 juin 1990, R.D.P. 1990. 1579.
- SANDROCK (O.), « Das "einseitige Kollisionsrecht für die Verfassung" und das ausländische Privatrecht : Viel Lärm um Nichts ? », *Festschrift F.A. Mann*, Munich, C.H. Beck, 1977, p. 267.
- SAY, « Immunité de juridiction et mesures conservatoires (affaire Picasso) », Gaz. Pal. 1954. 2. Doctr. 12.
- SAUSER-HALL (G.), « La clause-or dans les contrats publics et privés », R.C.A.D.I. 1937-II. 651.
- SAVATIER (R.), note sous Req. 4 juillet 1933, D.P. 1934. 1. 10.
- « Les liquidations des sociétés russes en France », Trav. Com. fr. 1934. 132.
- SCHAEFFER (E.), « De la recherche et de l'obtention de preuves à l'étranger en matière de droit civil et des affaires — coopération et anti-coopération », Rev. jur. pol. 1985. 644.
- SCHIFFER (K.J.), *Normen ausländischen "öffentlichen" Rechts in internationalen Handelsschiedsverfahren*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, Carl Heymans Verlag, 1990.
- « Sonderanknüpfung ausländischen "öffentlichen" Rechts durch Richterrecht in der Internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit ? », IPRax 1991. 84.
- SCHLEGEL (J.), « Of Nuts, and Ships, and Sealing Wax, Suez, and Frustrating Things — The Doctrine of Impossibility of Performance », 23 Rutgers L. Rev. 419 (1969).
- SCHLÜCHTER (E.), « Zur teleologischen Reduktion des Territorialitätsprinzips », *Festschrift Dietrich Oehler*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, Carl Heymans Verlag, 1985, p. 307.
- SCHLOSSER (P.), *Rapport sur la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ainsi qu'au protocole concernant son interprétation par la Cour de justice*, J.O.C.E. du 5 mars 1979, N° C 59.
- « Extraterritoriale Rechtsdurchsetzung im Zivilprozeß », *Festschrift Werner Lorenz*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1991, p. 497.
- SCHMIDT (D.), *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Paris, Sirey, 1970.
- SCHMIDT (J.), *Staudinger*, § 242, 12^e éd., Berlin, J. Schweitzer Verlag KG/Walter de Gruyter & Co., 1983.

- SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), « Les conséquences de l'annulation d'un contrat », J.C.P. 1989. I. 3397.
- SCHNYDER (A.), *Wirtschaftskollisionsrecht*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990.
- SCHOCKWEILER (F.), « La loi applicable aux obligations contractuelles au Luxembourg, après l'adoption, en droit national, des règles de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *Livre jubilaire de la conférence Saint-Yves*, Luxembourg, 1986, p. 763.
- SCHROTH (H.-J.), « Europäische Menschenrechtskonvention und Ordnungswidrigkeitenrecht », EuGRZ 1985. 557.
- SCHUBERT (M.), « Internationale Verträge und Eingriffsrecht — ein Beitrag zur Methode des Wirtschaftskollisionsrechts », RIW 1987. 729.
- SCHULTZ (J.C.), « Les lois de police étrangères », Trav. Com. fr. 1982-1983. 39.
- « Dutch Antecedents and Parallels to Article 7 of the EEC Contracts Convention of 1980 », *RabelsZ* 1983. 267.
- SCHURIG (K.), « Zwingendes Recht, "Eingriffsnormen" und neues IPR », *RabelsZ* 1990. 217.
- SCHÜTZE (R.), « Zur Verteidigung im Beweiserhebungsverfahren in US-amerikanischen Zivilprozessen », WM 1986. 633.
- SCHWARTZENBERG (R.-G.), *L'autorité de chose décidée*, Paris, L.G.D.J., 1969.
- SCRUTTON (T.E.), « Roman Law Influence in Chancery, Church Courts, Admiralty, and Law Merchant », in *Select Essays in Anglo-American Legal History* (Association of American Law Schools), vol. II, Boston, Little, Brown and Co., 1908, p. 208.
- SEIDL-HOHENVELDERN (L.), *Internationales Konfiskations- und Enteignungsrecht*, Berlin, Walter de Gruyter/Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1952.
- « Pour ou contre l'identification des entreprises d'Etat avec l'Etat dont elles émanent ? », Rev. égypt. dr. int. 1965. 121.
- « Besitzen Staatsbetriebe und ihr Staat gleiche oder verschiedene Rechtspersönlichkeiten ? », ROW 1966. 1.
- « International Economic Law : General Course on Public International Law », R.C.A.D.I. 1986-III. 9.
- « The Rumasa Decision of the House of Lords and the Doctrine of Severance of Corporations », *Essays in honour of Georg Schwarzenberger*, Londres, Stevens & Sons Ltd., 1988, p. 262.
- « Patrimoine Culturel Mobilier et Marché Intérieur dans la Communauté européenne », *Mélanges Pierre Lalive*, Bâle/Francfort, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 753.
- SERBESCO (S.), « Effets de la guerre sur l'exécution des contrats », Rev. trim. dr. civ. 1917. 349.
- SHIHATA (I.), *MIGA and Foreign Investment*, Dordrecht/Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.
- SERICK (R.), *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, Berlin, Walter de Gruyter/Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1955.
- SICILIANOS (L.-A.), *Les réactions décentralisées à l'illicite*, Paris, L.G.D.J., 1990.
- SIEHR (K.), « Ehrenzweigs Lex-fori-Lehre und ihre Bedeutung für das amerikanische und deutsche Kollisionsrecht », *RabelsZ* 1970. 585.
- « Ausländische Eingriffsnormen im inländischen Wirtschaftskollisionsrecht », *RabelsZ* 1988. 41.
- « Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Verurteilungen zu "punitive damages" », RIW 1991. 705.
- « Nationaler und internationaler Kulturgüterschutz », *Festschrift Werner Lorenz*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1991, p. 525.
- « International Protection of Cultural Property in the European Community », *Mélanges Pierre Lalive*, Bâle/Francfort, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 763.
- SIMMA (B.) (éd.), *Charta der Vereinigten Nationen — Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 1991.

- SKAPSKI (J.), « Les obligations en droit international privé dans le cadre du commerce extérieur des pays socialistes », R.C.A.D.I. 1972-II. 499.
- SLATER (M.), « L'application extraterritoriale du droit communautaire », C.D.E. 1986. 309.
- SMART (Ph.), *Cross-Border Insolvency*, Londres, Butterworths, 1991.
- SMEDRESMAN (P.)/LOWENFELD (A.), « Eurodollars, Multinational Banks and National Laws », 64 N.Y.U. L. Rev. 733 (1989).
- SMIT (H.), « Frustration of Contract : A Comparative Attempt at Consolidation », 58 Colum. L. Rev. 287 (1958).
- SOH KEE BUN : « Banking Secrecy and Taking Evidence Abroad », *Current Developments in International Banking and Corporate Financial Operations*, Singapour, Butterworths (Singapore Conferences on International Business Law), 1989, p. 296.
- SONNENBERGER (H.-J.), *MünchKomm*, 2^e éd., IPR — Einleitung, Munich, C.H. Beck, 1990.
- SOSNIAK (M.), « Staatsakt und höhere Gewalt im internationalen Handelsverkehr der RGW-Länder », RIW 1984. 105.
- SOUSI (G.), « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », Rev. trim. dr. civ. 1982. 514.
- SPERDUTI (G.), « Droit international privé et droit public étranger », J.D.I. 1977. 5.
- STAKER (C.), « Public international law and the *lex situs* rule in property conflicts and international expropriations » (1987) 58 B.Y.B.I.L. 151.
- STARCK (B.), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947.
- STEINDORFF (E.), « Das Offenlassen der Rechtswahl im IPR und die Nachprüfung ausländischen Rechts durch das Revisionsgericht », JZ 1963. 200.
- STELKENS (P.)/BONK (H.)/LEONHARDT (K.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 3^e éd., Munich, C.H. Beck, 1990.
- STERN (B.), « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », A.F.D.I. 1986. 7.
- « L'extraterritorialité revisitée », A.F.D.I. 1992. 239.
- STERN (Th.), *Die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur (MIGA)*, Cologne, Deutscher Wirtschaftsdienst, 1990.
- STEVENSON (J.), « The Relationship of Private International Law », 52 Colum. L. Rev. 561 (1952).
- STOLL (H.), « Völkerrechtliche Vorfragen bei der Anwendung ausländischen Rechts », BerGesVR 4 (1961) 131.
- « Penal Purposes in the Law of Tort », 18 Am. J. Comp. L. 3 (1970).
- « Deliktstatut und Tatbestandswirkung ausländischen Rechts », *Festschrift Kurt Lipstein*, Heidelberg/Karlsruhe, C.F. Müller, 1980.
- « Die Behandlung von Verhaltensnormen und Sicherheitsvorschriften », *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse* (E. VON CAEMMERER, éd.), Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1983, p. 160.
- STRATENWERTH (G.), « Der behördlich erzwungene Verzicht auf das Bankgeheimnis » in *Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht* (R. VON GRAFFENRIED, éd.), Berne, Stämpfli & C^{ie} AG, 1987, p. 181.
- STÜRNER (R.), « Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung », NJW 1981. 1757.
- « Die Gerichte und Behörden der U.S.A. und die Beweisaufnahme in Deutschland », ZVgIRWiss 1982. 159.
- STÜRNER (R.)/STADLER (A.), « Zustellung von "punitive damage"-Klagen an deutsche Beklagte nach dem Haager Zustellungsübereinkommen ? », IPRax 1990. 157.
- SUR (S.), « Sources du droit international : la coutume », *Jurisc. Int.*, fasc. 13-2.

- SYMEONIDES (S.), « Les grands problèmes de droit international privé dans la nouvelle codification de Louisiane », R. 1992. 223.
- SYNVET (H.), « Les lois de police applicables aux opérations bancaires » in *La Convention de Rome, Banque & Droit*, hors série — juin 1993, p. 15.
- TAGER (P.), note sous Paris 26 mars 1936, J.D.I. 1936. 931.
- TEBOUL (G.), « Le droit international non écrit devant le juge administratif — Quelques réflexions », R.G.D.I.P. 1991. 321.
- TERLINDEN, conclusions sur Cass. 20 mai 1916, Pas. b. 1915-1916. I. 375.
- conclusions sur Cass. 11 février 1919, Pas. b. 1919. I. 9.
- TESAURO (G.), conclusions sur C.J.C.E. 27 mars 1990, *Grifoni/Commission*, aff. C-308/87, Rec., p. I-1203.
- THIEFFRY (P.), « Quelques aspects comparés de la procédure civile en France et aux Etats-Unis », Rev. int. dr. comp. 1984. 783.
- THOMPSON (R.), « United States Jurisdiction over Foreign Subsidiaries : Corporate and International Law Aspects », 15 L. & Pol'y Int'l Bus. 319 (1983).
- TOH KIAN SING, « Illegal Contracts in the Conflict of Laws : Some Recent Developments in Singapore », [1993] S.J.L.S. 214.
- TOMS (B.), « The French Response to the Extraterritorial Application of United States Antitrust Laws », 15 Int'l Law. 585 (1981).
- TOSI (J.P.), « Transport aérien : Responsabilité du transporteur — Introduction — Conditions », *Jurisc. Com.*, fasc. 920.
- TOUBIANA (A.), *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé (contrats internationaux et dirigisme étatique)*, Paris, Dalloz, 1972.
- TOUSCOZ, « Les opérations de garantie de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (A.M.G.I.) », J.D.I. 1987. 901.
- TREILLARD (J.), « De la suspension des contrats » in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel (Etudes de droit privé, sous la direction de P. DURAND)*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 59.
- TSCHANZ (P.-Y.), « Contrats d'Etat et mesures unilatérales de l'Etat devant l'arbitre international », R. 1985. 47.
- TUNC (A.), « Force majeure et absence de faute en matière contractuelle », Rev. trim. dr. civ. 1945. 235.
- « La force majeure dans ses rapports avec le contenu de l'obligation contractuelle », J.T. 1946. 313.
- URECH (D.), « Elements of Contractual Law in Euromoney Dealings », [1988] 1 J.I.B.L. 11.
- « Eurodollar Deposits and Freezing Orders : the Libyan Assets Case Revisited », [1988] 6 J.I.B.L. 269.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1988), Trade Reg. Rep. (CCH) No. 24 (10 Nov. 1988).
- VAGTS (D.), « The Pipeline Controversy : An American Viewpoint », G.Y.I.L. 27 (1984) 38.
- VALENSI (Ch.), *Rép Lapradelle-Niboyet*, v^o *Faillite* (t. VIII, 1930).
- VANCE (W.R.), « Early History of Insurance Law » in *Select Essays in Anglo-American Legal History* (Association of American Law Schools), vol. III, Boston, Little, Brown, and Co., 1909, p. 98.
- VANDENCASTEELE (A.), « Libre concurrence et intervention des Etats dans la vie économique », C.D.E. 1979. 540.
- VANDER ELST (R.), *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, Paris, Sirey/Bruxelles, éd. du Parthenon, t. I, 1956 ; t. II, 1963.
- VAN HECKE (G.), *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, 2^e éd., Leyde, E.J. Brill, 1964.
- « Principes et méthodes de solution des conflits de lois », R.C.A.D.I. 1969-I. 399.

- « Droit public et conflits de lois », *Trav. Com. fr.* 1983-1984. 225.
- « The Effect of Economic Coercion on Private Relationships », *Rev. b. dr. int.* 1984-85. 113.
- « Notes critiques sur la théorie de la non-justiciabilité », *Mélanges François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 517.
- VAN HOUTTE (H.), « The Impact of Trade Prohibitions on Transnational Contracts », *R.D.A.I.* 1988. 141.
- VAN OMMESLAGHE (P.), « Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux », *Rev. dr. int. dr. comp.* 1980. 7.
- VAN PANHUYS (H.F.), « In the Borderland Between the Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities » (1964) 13 *I.C.L.Q.* 1193.
- DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), *La compétence normative de l'Etat en matière de droit privé — Droit international public et droit international privé*, thèse Paris-I, 1992.
- VAUCHER (M.), « L'évolution récente de la pratique des sanctions communautaires à l'encontre des Etats tiers », *Rev. trim. dr. eur.* 1993. 39.
- VEDEL (G.), *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, thèse Toulouse, 1934 (publ. Paris, Sirey).
- « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *J.C.P.* 1950. I. 851.
- VEELKEN (W.), *Interessensabwägung im Wirtschaftskollisionsrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988.
- VERHOEVEN (J.), « La notion d'applicabilité directe du droit international », *Rev. b. dr. int.* 1980. 243.
- « Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un Etat, d'un gouvernement ou d'une situation », *R.C.A.D.I.* 1985-III. 9.
- « Arbitrage entre Etats et entreprises étrangères : des règles spécifiques ? », *Rev. arb.* 1985. 609.
- « Etats alliés ou Nations Unies ? L'O.N.U. face au conflit entre l'Irak et le Koweït », *A.F.D.I.* 1990. 145.
- VIDAL (J.), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Paris, Dalloz, 1957.
- VIGOUROUX (C.), conclusions sur C.E. 15 octobre 1993, *Mme Aylor*, *R.F.D.A.* 1993. 1166.
- VIRALLY (M.), « L'introuvable "acte de gouvernement" », *R.D.P.* 1952. 317.
- VIROLE (J.), « Incidence des mesures d'embargo sur les contrats internationaux », *D.P.C.I.* 1981. 311.
- VISCHER (F.), *Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalen Privatrecht*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1953.
- « The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts », *R.C.A.D.I.* 1974-II. 1.
- « Probleme des Währungsrechts nach dem Entwurf des schweizerischen IPR-Gesetzes », *Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht* (R. VON GRAFFENRIED, éd.), Berne, Stämpfli & C^{ie} AG, 1987, p. 425.
- « Zwingendes Recht und Eingriffsgesetze nach dem schweizerischen IPR-Gesetz », *RabelsZ* 1989. 438.
- « General Course on Private International Law », *R.C.A.D.I.* 1992-I. 9.
- VOLKEN (P.), « Die fünfzehnte Session der Haager Konferenz für internationales Privatrecht — Zukünftige Arbeiten », *ASDI* 1985. 39.
- « Haager Konferenz für Internationales Privatrecht — Arbeitsprogramm 1988-1993 », *ASDI* 1989. 153.
- WACHSMANN (P.), *Les monopoles publics*, thèse Strasbourg-III, 1982.
- WAHL (A.), « La législation civile de la guerre du 1^{er} janvier au 31 mars 1915 », *Rev. trim. dr. civ.* 1915. 261.

- « La guerre considérée comme force majeure », *Rev. trim. dr. civ.* 1915. 383.
- « Des exonérations et réductions de loyers par suite d'une force majeure résultant de la guerre », *Rev. trim. dr. civ.* 1916. 5.
- *Le droit civil et commercial de la guerre*, t. II, Paris, Sirey, 1921.
- WARNER (J.-P.), conclusions sur C.J.C.E. 6 mars 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano*, aff. 6 et 7/73, *Rec.*, p. 223.
- conclusions sur C.J.C.E. 29 juin 1978, *B.P.*, aff. 77/77, *Rec.*, p. 1513.
- WEBER (M.), *Politik als Beruf*, 3^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1958.
- WEBER (R.), « Vertragserfüllung und fremdes Devisenrecht », *IPRax* 1985. 56.
- WEBER (W.), *Staudinger*, § 242, 11^e éd., Berlin, J. Schweitzer Verlag, 1961.
- WEIL (P.), « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *R.C.A.D.I.* 1969-III. 95.
- « Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français : le droit international des contrats », *E.D.C.E.* 1970. 13.
- « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », *Mélanges Charles Rousseau*, Paris, Pédone, 1974, p. 301.
- « Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité internationale des actes des Etats étrangers », *A.F.D.I.* 1977. 9.
- « Principes généraux du droit et contrats d'Etat », *Mélanges Berthold Goldman (Le droit des relations économiques internationales)*, Paris, Litec, 1982, p. 387.
- WEILL (A.), *La relativité des conventions en droit privé français*, Paris, Dalloz, 1939.
- « Un cas épineux de compétence législative en matière de responsabilité délictuelle : dissociation de l'acte générateur de responsabilité et du lieu du préjudice », *Mélanges Jacques Maury*, t. I, Paris, Dalloz/Sirey, 1960, p. 545.
- WEILL (A./VIRALLY (M.)), « Du contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'interprétation des lois du Conseil de contrôle en Allemagne », *R.* 1952. 253.
- WENGLER (W.), « Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht », *ZvglRWiss* 1941. 168.
- « Fragen der Faktizität und Legitimität bei der Anwendung fremden Rechts », *Festschrift Hans Lewald*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1953, p. 615.
- « La situation des droits », *R.* 1957. 185, 409.
- « The General Principles of Private International Law », *R.C.A.D.I.* 1961-III. 273.
- « Nouvelles réflexions sur les "questions préalables" », *R.* 1965. 165.
- note sous BGH 29 septembre 1977, *JZ* 1978. 64.
- « Neue Aspekte in der Problematik der Verträge zwischen Staat und ausländischen Privatpersonen », *Mélanges Miaja de la Muela*, t. II, Madrid, Editorial Tecnos, 1979, p. 1013.
- « Zur kollisionsrechtlichen Behandlung von Fluchthelferverträgen », *IPRax* 1981. 220.
- « Wege zur rechtlichen Steuerung des Verhaltens von Ausländern im Ausland und das internationale Privatrecht », *IPRax* 1983. 145.
- « Die Gestaltung des internationalen Privatrechts der Schuldverträge unter allgemeinen Leitprinzipien », *RabelsZ* 1983. 215.
- « Jurisdiction to Prescribe or Prohibitions to Resort to Specific Reactions ? », *Mélanges Roberto Ago (Le droit international à l'heure de sa codification)*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, t. IV, p. 411.
- « Völkerrechtliche Schranken der Beeinflussung auslandsverknüpften Verhaltens durch Maßnahmen des staatlichen Rechts », *G.Y.I.L.* 29 (1988) 448.
- « Die Stellungnahme anderer Staaten zu heterogen verknüpften Sachverhalten als Faktum unter dem im Forumstaat anwendbaren Recht » in *Zur Rechtslage Deutschlands — Innerstaatlich und International* (P. EISENMANN/G. ZIEGER, éd.), Munich, Hanns-Seidel-Stiftung eV, 1990, p. 143.

- « Regreßansprüche wegen gezahlter Steuern vor den Zivilgerichten eines anderen Staates », IPRax 1990. 415.
- « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », R. 1990. 657.
- WERNER (A.), « Le régime des actes de droit privé soumis à autorisation administrative », R.D.P. 1984. 731.
- GRAF VON WESTPHALEN (F.), « Die Banken-AGB in Rechtsprechung und Literatur — eine Übersicht », WM 1984. 2.
- WIGNY (P.), « Responsabilité contractuelle et force majeure », Rev. trim. dr. civ. 1935. 19.
- WILDHABER (L.), « Jurisdiktionsgrundsätze und Jurisdiktionsgrenzen im Völkerrecht », ASDI 1985. 99.
- WILHELMI (H.-H.), « Staat und Staatseisenbahn — Die Entwicklung der Eisenbahnverfassung in Deutschland », Arch. f. Eisenbahnwesen 1963. 377.
- WILLIAMS (P.R.), « The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations », (1986) 35 I.C.L.Q. 1.
- WOODS (M.), « Lifting the Corporate Veil in Canada » (1957) 35 Can. Bar Rev. 1176.
- WORMSER (L.M.), « Piercing the Veil of Corporate Entity », 12 Colum. L. Rev. 496 (1912).
- WORTLEY (B.A.), « The General Principles of Private International Law from the English Standpoint », R.C.A.D.I. 1947-II. 1.
- ZANDER (M.), « The Act of State Doctrine », 53 A.J.I.L. 826 (1959).
- ZENATI (F.), *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991.
- ZIMMER (D.), « Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Zivilgerichten: Zur Unterscheidung zwischen einer normativen Berücksichtigung fremder zwingender Normen und einer bloßen Beachtung ihrer tatsächlichen Folgen », IPRax 1993. 65.
- ZWEIGERT (K.), compte-rendu bibliographique (de: K. KOEPEL, *Die deutsche Devisengesetzgebung im internationalen Privatrecht*), RabelsZ 1940. 298.
- « Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote », RabelsZ 1942. 283.
- « Internationales Privatrecht und öffentliches Recht » in *Fünfzig Jahre Institut für Internationales Recht an der Universität Kiel*, Hambourg, Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co., 1965, p. 124.
- « Droit international privé et droit public », R. 1965. 645.

- Note, « Conflict of Laws — Rule of the Place of Performance — Subsequent Illegality », 21 Colum. L. Rev. 190 (1921).
- Note, « Should Impossibility Caused by a Change in Foreign Law be an Excuse for the Non-Performance of a Contract? », 34 Harv. L. Rev. 319 (1921).
- Comment, « False Conflicts », 55 Cal. L. Rev. 74 (1967).
- Note, « Development of the Defense of Sovereign Compulsion », 69 Mich. L. Rev. 888 (1971).
- Note, « Discovery of Documents Located Abroad in U.S. Antitrust Litigation », 14 Va. J. Int'l L. 747 (1974).
- Note, « Export Policy, Antitrust and the Arab Boycott », 51 N.Y.U. L. Rev. 94 (1976).
- Note, « Foreign Nondisclosure Laws and Domestic Discovery Orders in Antitrust Litigation », 88 Yale L.J. 612 (1979).
- Note, « The Arab Boycott: the Antitrust Challenge of *United States v. Bechtel* in Light of the Export Administration Amendments of 1977 », 92 Harv. L. Rev. 1440 (1979).
- Note, « Foreign Sovereign Compulsion in American Antitrust Law », 33 Stan. L. Rev. 131 (1980).
- Note, « Antitrust: Effect of Foreign Disclosure Limitation on Discovery in United States Courts », 22 Harv. Int'l L.J. 177 (1981).

- Note, « Piercing the Corporate Veil Between Foreign Governments and State Enterprises: A comparison of Judicial Resolutions in Great Britain and the United States », 25 Va. J. Int'l L. 451 (1985).
- Comment, « The Act of State Doctrine and Foreign Sovereign Defaults on United States Bank Loans: A New Focus for a Muddled Doctrine », 133 U. Pa. L. Rev. 469 (1985).
- Note, « The Act of State Doctrine: Resolving Debt Situs Confusion », 86 Colum. L. Rev. 594 (1986).
- United Kingdom Case Note (*Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co.*), 82 A.J.I.L. 132 (1988).
- Note, « Court-ordered Violations of Foreign Bank Secrecy and Blocking Laws: Solving the Extraterritorial Dilemma », [1988] U. Ill. L.R. 563.
- Note, « United States Home Bank Liability for Foreign Branch Deposits », [1989] U. Ill. L. Rev. 735.

*** « La contrainte dans la trahison », J.T. 1945. 217.

*** « Libya Entitled to US\$ 292 m, in Cash », Int. Fin. L. Rev., Oct. 1987, p. 23.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros ; la lettre n. désigne les notes)

A

Act of State :

- Autolimitation du pouvoir judiciaire : 282, 284.
- et conflits de lois : 280.
- Conspiration avec une autorité étrangère : 212 n. 48.
- Contrôle des changes : 278, 286.
- Domaine de la théorie : 281.
- extraterritorial : 276 s.
- et *Foreign Sovereign Compulsion Defense* : 75.
- Hickenlooper Amendment* : 275.
- et immunité de juridiction : 286.
- Jurisprudence allemande, suisse, belge : 283 n. 81.
- Jurisprudence américaine : 272 s.
- Jurisprudence anglaise : 273, 283 n. 81.
- Jurisprudence française : 284 s.
- Localisation des créances et des dettes : 278 s., 287.
- Nationalisations : 274 s., 280 n. 58, 285.
- Origine de la théorie : 273.
- et *Political Question Doctrine* : 282 n. 77.
- Répudiation des dettes de l'Etat : 277.
- Rôle technique de la théorie de l'— : 280 s.

Acte de gouvernement : 284.

Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten : 19 n. 16.

Arbitrage :

- Contrats d'Etat : 217.
- et corruption : 237.
- Emanations de l'Etat : 224 n. 143.
- Fait du prince étranger : 50 s.
- institutionnel des pays du COMECON : 51, 219.

Lois de police : 51 s., 237, 270 n. 9, 318 n. 193, 324 n. 222.

V. *Lex mercatoria*.

Arrêt de prince : 19, 22, 71.

Assurance :

- A.M.G.I. : 233.
- COFACE : 233.
- Couverture des risques tenant aux interventions étatiques : 13, 19, 233.
- Exemples anciens de polices : 13, 233 n. 28.
- Guidon de la Mer : 17.
- Loi applicable : 328.
- Opération de contrebande : 236, 238 n. 73.
- « Risque politique » : 233.

Autorisation administrative : v. *Fait du prince étranger, Licence administrative*.

B

Banque : v. *Obligations monétaires, Saisie-arrêt, Secret bancaire*.

« *Baraterie forcée* » : 17.

Biens culturels : 307 n. 118.

Blocage d'avoirs : v. *Contrôle des changes*.

Bonne foi :

« *Good faith effort* » : 101, 209.

V. *Contrat*.

Boycottage : 72 n. 2.

Brutum fulmen : 116 n. 25, 166.

C

Cautionnement :

- Contrôle des changes : 190.
- d'une dette fiscale étrangère : 267 n. 121.

- Civil Rights Act** : 62 n. 12.
- Clauses contractuelles** :
- de force majeure ou de *hardship* : v. *Force majeure*.
 - de garantie : 231.
 - Incoterms* : 231.
 - de soumission : 230.
 - de stabilisation : 217 n. 84.
 - Tax indemnity clauses* et *grossing-up clauses* : 267 n. 122.
- CoCom** : 307 n. 119.
- Comecon** :
- Arbitrage : 51, 219.
 - Conditions générales de livraison : 223.
- Comity** : 38, 39, 121.
- Commissionnaire de transport** : 26 n. 44.
- Communautés européennes** :
- Directives, opposabilité aux émanations de l'Etat : 224 n. 144.
 - Droit de la concurrence : 73, 78 s., 160 s.
 - Application par les tribunaux d'un Etat tiers : 312 n. 159, 324 n. 220.
 - Politique agricole commune, régime du cautionnement : 71.
 - Responsabilité extracontractuelle : 261.
- Communication de renseignements à l'étranger** :
- Lutte contre le blanchiment des capitaux : 89.
 - Comité d'entreprise : 88.
 - Lois interdisant la — : 82, 87 s.
 - Jurisprudence américaine : 93 s.
 - Jurisprudence anglaise : 90 s.
 - Jurisprudence canadienne : 92 et n. 83.
 - Jurisprudence française : 88.
 - Jurisprudence irlandaise : 91 n. 77.
- V. *Procédure, Secret bancaire*.
- Compétence normative de l'Etat** :
- Compétence exclusive : 295.
 - Concurrences de compétences : 118.
 - Conflits de compétences :
 - Critère territorialiste de solution : 120 s.
 - Critère de la « balance des intérêts » : 122 s.
 - Evolution de la pratique américaine : 97 s.
 - Rôle des tribunaux internes : 124 s. - Limitation par le droit international public : 113 s.
 - en matière pénale : 113, 114.
 - en matière de droit privé : 113 n. 3, 114, 294, 295.
 - Extraterritorialité : 115 s.
 - Injonctions judiciaires : 117.
 - Invocation de l'ordre public du for : 295 n. 30.
 - « Lois de compétence exclusive » : v. *Droit public étranger*.
 - Prise en considération de normes excédant la compétence normative de l'Etat : 183, 185.
 - Revendication et exercice de la compétence, distinction : 118.
- Concurrence** :
- BREWSTER** : 75, 76.
- Conflits de réglementations nationales : 2, 73 s.
 - Conspiration avec une autorité étrangère : 212.
 - Droit américain : 74 s., 158 s.
 - Droit communautaire : 78 s., 160 s.
 - Emanation de l'Etat : 224, 281.
 - Foreign Sovereign Compulsion Defense* : 75 s., 144, 212.
 - Mécanismes de concertation entre administrations nationales : 2 n. 6.
 - Noerr-Pennington Doctrine* : 212 n. 48 et 50.
 - State Action Doctrine* : 75 n. 12, 158 s.
- V. *Extraterritorialité*.
- Conférence de la Haye** : 321 s.
- Confiscation** :
- Force majeure : 25, 133, 192, 202.
- V. *Nationalisation*.
- Conflits positifs de systèmes** : 4, 196, 251.
- Correction des effets d'un jugement étranger : 268.
- Contrat** :
- Bonne foi : 195, 198, 201, 210, 223, 224 n. 143, 257 n. 12, 260 n. 27, 339.
 - Droit international privé américain : 47 s.
 - Droit international privé anglais : 38 s.
 - Exécution en nature : 116 s., 202, 295, 340.
 - Loi applicable : 340 s.
 - Exécution utile : 260.
 - Frustration* : 34 s., 44 s., 199.
 - Geschäftsgrundlage* : 27.
 - Implied term* : 34 s., 44 s., 260 n. 27.
 - Impossibilité d'exécution :
 - *ab initio* : 25, 51.
 - Chose de genre : 199.
 - Contrat synallagmatique : 27.
 - Double effet (primaire) : 202.
 - Effets secondaires : 27.
 - Ensemble contractuel complexe : 27.
 - Exécution en nature : 202.
 - Restitutions : 27.
 - Solutions de rechange : 198 s.
 - temporaire : 25.
 - Transfert du lieu d'exécution : 200 s.
 - Impracticability of performance* : 45, 46, 199.
 - Imprévision : 27, 199.
 - Modalités d'exécution : 291 s.
 - Nullité :
 - Loi applicable : 311.
 - pour objet impossible : 25, 51.
 - pour objet illicite : 235 s.
 - pour objet « immoral » : 235 n. 34.
 - Restitutions après annulation : 312.
 - Obligations alternatives : 198.
 - Obligation de renseignement : 260.
 - Responsabilité contractuelle : 115, 338 s.
 - Suspension de l'obligation contractuelle : 25.
 - tendant à la violation d'une loi de police étrangère : v. ce mot.
- V. *Clauses contractuelles*.
- Contrat d'Etat** : 215 s.
- Contrat tendant à la violation d'une loi de police étrangère** : 235 s.
- en tant qu'acte de concurrence déloyale : 238.
 - Assurance : 236, 238.
 - Cause : 235 n. 34, 238 n. 74.
 - Code de conduite : 237 n. 51.
 - Contrebande : 235 n. 32, 236 s., 259, 310.
 - Corruption : 147 n. 45, 237.
 - EMERIGON : 236.
 - Financement d'opérations illégales : 237, 238.
 - et fait du prince étranger : 238.
 - Fondement de la nullité : 238, 259.
 - et fraude à la loi : 235 n. 32.
 - Fraude fiscale : 237 n. 51 et 53.
 - « Illicéité » ou « immoralité » : 235 n. 32.
 - Loi de police extraterritoriale : 237.
 - Loi de police jugée illégitime : 237, 238.
 - Présomption de légitimité : 238, 260.
 - Malum prohibitum* et *malum in se* : 236, 237.
 - et « ordre public universel » : 237.
 - POTHIER : 236.

- et rattachement spécial des lois de police étrangères : 310 s.
- Contrebande (contrat de —)** : v. *Contrat tendant à la violation d'une loi de police étrangère*.
- Contrôle des changes** :
- Act of State* : 278, 286.
 - et cautionnement : 190.
 - Dette alimentaire : 260.
 - Eurodollars : 173.
 - extraterritorial : 172 s., 190.
 - Inlandsmark* : 261.
 - , monnaie de paiement et modalités d'exécution des obligations : 292.
 - Paiement irrégulier au regard du — : 260.
 - Statuts du F.M.I., art. VIII.2.b : 319 s.
- V. *Obligations monétaires*.
- Convention de Rome du 19 juin 1980** :
- Art. 7 (1) : 325 s.
 - Réserves : 327.
 - Art. 10 (1) : 332, 341.
 - Art. 10 (2) : 291, 292.
- Corruption** : 147 n. 47, 237.

D

- Data (Théorie des —)** : 246 s.
- CURRIE : 246.
 - Datum*, notion : 246.
 - Datum-renseignement* : 250.
 - EHRENZWEIG : 247.
 - Local datum* : 247, 257, 291 et *passim*.
 - Moral datum* : 247 n. 36, 339.
 - Preuve : 246, 249.
 - et questions préalables : 251 n. 61.
 - Règles de décision et règles de conduite : 246 et *passim*.
 - V. *Prise en considération d'une norme étrangère*.
- Décisions étrangères** : v. *Loi de police et décision*.
- Déni de justice** : 258.
- Discovery** : v. *Procédure*.
- Droit administratif** : 3, 70 s.
- Droit aérien** : 22.
- Droit international public** :
- Application par le juge interne : 124 s.
 - et application d'une loi étrangère : 336.

Prise en considération de normes étrangères
contraires au — : 183 s.
— et ordre public du for : 184 n. 121, 295 n.
30, 336.

V. *Compétence normative de l'Etat.*

Droit maritime :

Accidents maritimes : 247.
Ancien Droit : 14 s.
Code de commerce de 1807 : 19.
Consulat de la Mer : 16.
Convention de Bruxelles du 25 août 1924 :
22.
— français actuel : 21, 24.
Guidon de la Mer : 17, 260.
Law Merchant : 32 n. 5.
Ordonnance de la Marine (de 1681) : 19.
Rôles d'Oléron : 15, 32 n. 5.

Droit pénal : 3, 68 s.

Droit public étranger :

— faisant partie de la *lex contractus*,
application : 270, 306 n. 103, 324 n. 220,
326.
Incidence de l'ordre public international :
286 n. 112, 306 n. 103, 334.
« Lois de compétence exclusive » : 293 s.
Mise en oeuvre, au for, de prérogatives de
puissance publique : 267, 307 n. 110.
— réputé « strictement territorial » : 236,
260, 299, 324, 326.
V. *Impôts étrangers, Loi de police étrangère.*

E

Effectivité :

Blocus effectif : 130.
Brutum fulmen : 116 n. 25.
— et « comminatoire » : 133.
Contrainte étatique : 133.
— et légitimité des normes étatiques : 163 s.,
238.
Force normative des faits : 186 n. 132.
Ineffectivité d'une norme prohibitive : 147.
Injonctions extraterritoriales : 116.
Situation normative irrégulière : 186.
— et techniques de droit international privé :
186, 251.

Effet de commerce : 22, 24, 132.

Effet de fait des jugements étrangers : v.
Prise en considération.

Emanation de l'Etat étranger : v. *Etat.*

Empêchement de seigneurie : 16.

Embargo :

Crise pétrolière : 79 n. 31.
Droit international public : 2 n. 4.
Force majeure : 25, 36, 40, 199, 206, 208 et
passim.
Non-respect d'un —, faute délictuelle : 260.
V. *Clause contractuelle de soumission.*

Etat :

— cocontractant d'une personne privée :
214 s.
Contrainte et droit : 133.
Emanation de l'Etat étranger :
Invocabilité du fait du prince : 218 s.
Loi applicable : 339.
Notion : 220.
Monopole de la violence physique légitime :
133.
Unité : 214.
V. *Contrat d'Etat, Effectivité, Immunité de
jurisdiction.*

Expropriation : v. *Nationalisation.*

Extradition : 250 n. 51.

Extraterritorialité :

Act of State : 276 s.
« Clauses de soumission » : 230.
« Doctrine des effets » : 74, 78.
Droit de la concurrence : 74, 78.
Droit international privé de la responsabilité
délictuelle : 74 n. 7, 115.
Droit international privé des contrats : 115,
123, 295.
Droit international public : 115 s.
Droit pénal : 115.
Effets à donner aux lois de police extraterri-
toriales : 237, 306 s., 326.
— du fait du prince : 164 s., 183, 185.
Injonctions administratives : 116 n. 20.
Injonctions judiciaires :
— et *brutum fulmen* : 116 n. 25.
Compétence internationale, principe : 116.
Compétence internationale, conditions :
117 et n. 44, 295.
Effectivité : 116 et n. 25.
Exequatur : 116.
Injonctions législatives : 116 n. 19.

F

Fait du prince :

Acte unilatéral de la puissance publique :
131.
Ancien Droit : 12.
Contrats administratifs : 216.
Définition : 11.
Norme contraignante : 139 s.

Fait du prince étranger :

— et acte *jure gestionis* : 141.
— et atmosphère générale de contrainte :
143.
Auteur de la norme prohibitive :
Autorité provinciale ou locale : 151.
Etat fédéré : 158 s.
Etat membre des Communautés europée-
ennes : 160 s.
Occupant étranger : 153 s.
Organisation internationale : 140 n. 1, 307
n. 120.
Pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire :
151.
— et *autorisation* d'un comportement par
une autorité étrangère : 144.
Charge de la preuve : 249.
Clauses contractuelles relatives au — : 227 s.
(et v. *Clauses contractuelles*).
Conditions de l'exonération du débiteur par
le — : 188 s.
Conditions objectives : 189 s.
Conditions subjectives : 202 s.
— contraire au droit international : 183 s.
— contraire à l'ordre public : 180 s.
Débiteur garant du fait du prince : 231.
Effectivité : 164 s.
— et éviction (responsabilité du vendeur) :
265.
Exécution du contrat en nature : 202, 340 s.
Extériorité par rapport au débiteur : 213 s.
Clauses contractuelles : 213.
Débiteur ressortissant de l'Etat en cause :
15, 213.
Etat débiteur : 214 s.
Organisme étatique personnalisé : 218 s.,
339.
Fondement(s) de l'effet libératoire du — :
110 s.
Fondement interétatique : 111 s.

Fondement individuel : 127 s.
Rapports entre les deux fondements : 136,
183.

Frustration : 40.

— illégal : 178 s.

Imprévisibilité : 204 s.

Imputabilité au débiteur

— en raison d'une faute commise par le
débiteur : 211 s.

— en raison des liens entre débiteur et
Etat : v. *Fait du prince étranger* —
Extériorité.

Légitimité : 177 s.

Notion de — :

Définition : 5.

Délimitation : 138 s.

Obligations contractuelles : 10 s.

Obligations non contractuelles : 57 s.

— et politique gouvernementale non
sanctionnée : 145.

— provoqué par le débiteur : 211 s.

Réparation des conséquences de la contrainte
étatique : 264 s.

Sanctions

— administratives : 148.

— civiles : 149.

— pénales : 146, 147.

— et voie de fait : 142.

« **Faux conflit de lois** » : 55 n. 29, 233.

Fonds monétaire international :

Contrôle des changes :

Effets sur les contrats : 319 s.

Licéité : 2 n. 4, 319.

Force majeure :

— et « actes facultatifs » : 57, 64.

Clauses de — :

Clause-type de la CCI : 213.

Clauses de *hardship* : 228.

Droit anglais : 33.

— et fait du prince étranger : 40, 213, 228.

indispensables (non) : 53, 228.

Droit américain des contrats (évolution) :
44 s.

Droit anglais des contrats (évolution) : 32 s.

— et état de nécessité : 135.

Faits de guerre : 140.

Fondement de l'effet libératoire de la — : 63,
128 s.

Impossibilité matérielle : 129.

« Impossibilité morale » : 135.

Légitimité du refus de l'exécution : 132, 134, 135.

Unzumutbarkeit : 134 n. 32.

Imprévisibilité : 204 s.

Loi applicable : 332.

Principe général du droit : 53 s., 56.

V. *Contrats — Impossibilité d'exécution*.

Force normative des faits : 186 n. 132.

Foreign Sovereign Compulsion Defense :
v. *Concurrence*.

Forme des actes : 65.

Fraude à la loi : 212, 235 n. 32.

G

Garantie à première demande : 26 n. 44.

G.A.T.T. : 2 n. 4.

Genera non pereunt : 190 n. 4, 199.

I

Immunité de juridiction :

— et *Act of State* : 286.

Critères : 141.

— et « incompétence d'attribution » : 286.

Impôts étrangers :

Cautionnement d'une dette fiscale : 267 n. 121.

— et faux en écritures : 250 n. 54.

Fraude fiscale : 237 n. 51 et 53.

Recours du *solvens* : 267.

Recouvrement : 267 n. 115.

Retenue à la source : 267 n. 122.

Tax indemnity clauses et *grossing-up clauses* : 267 n. 122.

Incoterms : 231.

Injonctions judiciaires :

Mareva injunctions : 116, 117.

Restraint of foreign proceedings (antisuit injunctions) : 116.

V. *Contrat — Exécution en nature, Extraterritorialité*.

Interdiction de commerce : 19, 71.

Interdiction d'exportation ou

d'importation : v. *Embargo*.

Intérêts étatiques :

Appréciation par le juge du for : 269 et n. 141, 299, 304, 307 et n. 110, 324, 324 bis.

« Balance des intérêts » : 99 s., 101 s., 122 s., 141 n. 31.

Concordance des intérêts : 237, 307 et n. 110.

Governmental interests analysis : 307 n. 110, 316 et n. 180.

J

Jugement étranger :

« Correction » des effets d'un — : 268.

Effet de fait : v. *Prise de considération*.

L

L.D.I.P. (suisse) :

Art. 13 : 324 n. 220.

Art. 15 : 251 n. 60.

Art. 19 : 324.

Art. 147 : 292 n. 12.

Lex mercatoria :

Ancien Droit : 14 s.

Arbitrage commercial international : 52 s., 318 n. 193.

Law Merchant anglaise : 32 n. 5.

Usages, principes et règles : 52 et n. 13.

Lex monetae : v. *Obligations monétaires*.

Licence administrative :

Incoterms : 231.

Obligation contractuelle d'obtenir une — : 210.

Refus ou retrait : 51.

Imprévisibilité : 206.

Régularisation : 312.

Loi d'application immédiate : v. *Loi de police*.

Terminologie : 255 et n. 6.

Lois de blocage : 2, 90, 96, 101 s., 147.

Invocation par une émanation de l'Etat : 224.

Loi étrangère :

Condition procédurale de la — : 245, 249, 333.

Erreur sur le contenu d'une — : 246, 250 n. 57.

« Eviction de la loi du for » (CURRIE) : 246.

Preuve : 246, 249.

Loi de police :

— contractuelle et règle de conduite : 302 s.

— et décision : 3, 255, 287.

Domaine respectif : 287 n. 120.

FRANCSKAKIS : 255, 300.

Références anciennes aux lois de police : 299.

Terminologie : 255 et n. 6 et 7, 261 et n. 50, 302.

Loi de police étrangère :

Arbitrage international : 51 s., 237, 270 n. 9, 318 n. 193, 324 n. 222.

Code civil du Québec : 324 bis.

Conférence de la Haye : 321 s.

Contrat tendant à la violation d'une — : v. ce mot.

Convention de Rome du 19 juin 1980 : 325 s.

DICEY : 38, 39 et n. 27.

Droit public étranger : v. ce mot.

— extraterritoriale : 237, 306 s., 326.

HUBER : 39 n. 27.

L.D.I.P. suisse : 324.

— de la *lex contractus*, application : 270.

Licéité du respect des — : 256 s.

— et modalités d'exécution des obligations : 291 s.

Obligation au respect d'une — : 259 s.

Protection des parties faibles : 304.

Rattachement spécial (*Sonderanknüpfung*) : 289 s.

Conditions et effets de la référence à la norme étrangère : 306 s.

Doctrines française : 300.

Jurisprudence allemande, américaine, anglaise, néerlandaise : 316.

Jurisprudence française : 317.

— des lois de police contractuelle : 304.

Origines de la théorie : 299.

— des règles de conduite : 305 s.

Terminologie : 289 n. 3.

WENGLER : 299.

ZWEIGERT : 299.

Règles de décision et règles de conduite : 302 s.

— en tant que règle de conduite : 236, 238, 254 s.

SAVIGNY : 299.

— « Stricte territorialité » : v. *Droit public étranger*.

M

Modalités d'exécution des obligations : 291 s.

Monnaie : v. *Obligations monétaires*.

Moratoire : 287.

N

Nationalisation :

Act of State : 274 s., 280 n. 58, 285.

Actifs situés à l'étranger : 116 n. 19, 258, 276, 287.

Décisions : 116 n. 19, 287.

— et double paiement : 194 s.

— et droit international public : 184, 275, 280 n. 58.

Effets sur les dettes de l'exproprié : 191 s., 279, 285.

— d'un immeuble, effets sur les baux conclus : 194 s., 257.

— et ordre public du for : 182, 274 s., 285.

Notions à caractère variable : 252, 260.

O

Obligations monétaires :

Dépôt en banque : 192, 201, 338.

Conditions générales bancaires : 229.

Double paiement : 194 s.

Effets d'une expropriation subie par le débiteur à l'étranger : 191 s.

Eurodollars : 173, 198.

Illégalité de leur exécution au regard de la loi locale : 190.

« Indestructibilité » : 190 s.

Dérogations conventionnelles : 229.

Lex monetae : 294 n. 24.

Monnaie de paiement, détermination : 292.

Option de place : 200.

Transfert du lieu de paiement : 200 s., 338.

V. *Contrôle des changes*.

Occupation militaire :

— et ordre juridique de l'Etat occupé : 65, 154 s.

Pouvoirs de l'occupant : 153, 184, 185.

— et répression de la collaboration avec l'ennemi : 68.

Ordre public (international) :

— et application du droit public étranger : 286 n. 112, 306 n. 103, 334.

— et droit international public : 184 n. 121, 295 n. 30, 336.

Effet atténué, « effet nul » : 186 n. 134 et 135.

« Effet correcteur » : 268.

Fiction de l'inexistence des normes contraires à l'— : 181, 182 n. 101.

— et libertés publiques : 252 n. 72.

Prise en considération de normes étrangères contraires à l'— : 180 s., 191 s., 194 s., 269, 334, 335.

— « universel », « réellement international » : 186 n. 135, 237.

Ordre public (interne) :

Notion à caractère variable : 235 n. 34, 238, 252.

Organisation des Nations Unies :

Embargo contre l'Irak : 26 n. 46, 140 n. 1, 307 n. 120.

P**Peine subie à l'étranger :**

Action en réparation contre un tiers : 266.

Déductibilité fiscale : 266 n. 108.

Personnalité des peines : 266.

Personnalité morale :

Analyse formelle et analyse substantielle : 221.

Entreprise d'Etat : 220 s.

Groupe de sociétés : 221.

Loi applicable : 339.

Piraterie : 116, 184.**Prise en considération d'une norme**

étrangère : 243 s.

BARTIN : 244, 265.

Datum-renseignement : 250.

Effet de fait des jugements étrangers : 244, 265.

Élément de fait ou de droit du litige : 245.

Loi applicable à la — : 332 s.

Notion : 244.

Mécanisme inhérent au système de droit international privé du for : 332 s.

— « par non-choix » : 247, 251 s.

— et rattachement spécial : 289 s.

Règles de conduite étrangères : 254 s.

Licéité de leur respect : 256 s.

Obligation à leur respect : 259 s.

Rôle du juge : 252.

Textes spéciaux : 250.

Théorie des *data* : v. *Data*.

Valeur d'un document : 250.

Procédure (civile, pénale, administrative) :

Discovery : 90, 94 s.

Étapes de la procédure : 101.

« *Good faith effort* » : 101, 209.

Obstacles à l'accomplissement des formalités légales : 65, 68.

Obtention de preuves à l'étranger : 81 s.

Entraide internationale et mesures unilatérales : 95, 105 s.

Conflits avec des normes prohibitives étrangères : 87 s., 97 s., 122 s., 147, 148, 170, 175, 212, 224.

V. *Communication de renseignements à l'étranger, Lois de blocage.*

Protection of Trading Interests Act : 96 et n. 97, 268 n. 132.

Q**Québec :**

Livre X du Code civil : 324 bis.

Question préalable : 251 n. 61.

R

Rattachement spécial : v. *Loi de police étrangère.*

Référence à l'ordre juridique compétent : 186 n. 134, 335 n. 24.

Règle de conduite :

Notion : 246 et n. 32.

Rôle : v. *Loi de police étrangère, Prise en considération.*

Règle de conflit bilatérale :

Affinement du jeu de la — : 251 n. 60 et 61.

Fonction d'éviction : 251.

Règle matérielle : 336.**Responsabilité civile :**

— contractuelle : v. *Contrat.*

— délictuelle et exonération du défendeur par le fait du prince : 62 s.

— du fait des produits défectueux : 22.

Peine subie à l'étranger, réparation : 266.

Règles de conflit en matière de — :

Extraterritorialité : 74 n. 7, 115.

« Lois de police » : 261.

Théorie des *data* : 246, 247, 261.

« *Restraints of princes and rulers* » : 36 s.

S**Saisie-arrêt :**

Déclaration affirmative et secret bancaire étranger : 89 n. 68.

— pratiquée à l'étranger, pouvoirs du juge du for : 117 n. 45.

Reconnaissance sans exequatur : 195 n. 41.

Risque de double paiement : 185, 195.

Secret bancaire :

Conflit avec un ordre de communication de renseignements : v. *Procédure.*

— étranger et témoignage sur le territoire du for : 174.

Renonciation forcée au — : 106.

Saisie-arrêt : 89 n. 68.

Société :

Disparition de l'objet social : 61.

Gestion : 60.

Personnalité morale : 221.

Succursale, obligation aux dettes : 201.

Sonderanknüpfung : v. *Loi de police étrangère.*

Souveraineté :

Acte de — : v. *Act of State.*

Conflits de compétences étatiques : v. *Compétence normative de l'Etat.*

— et conflits de lois ou de juridictions : 288.

Invocation rhétorique : 268.

State Action Doctrine : v. *Concurrence.*

Substitution : 269 n. 140.

T**Témoin :**

Auto-incrimination : 83 s.

— au regard d'une loi étrangère : 84 s.

Secret professionnel : 174.

V**Vente :**

Convention de La Haye du 15 juin 1955 : 291 n. 6.

Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1964 : 56.

Convention de La Haye du 22 décembre 1986 : 323.

Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 : 56, 134 n. 32.

Garantie contre l'éviction : 265.

V. *Embargo, Licence administrative.*

Voies d'exécution : v. *Saisie-arrêt.*

TABLE DES MATIÈRES

Préface	XIII
Table des abréviations.....	XVII
Introduction.....	1

PREMIÈRE PARTIE

LE FAIT DU PRINCE ÉTRANGER SOUS L'ANGLE DU DROIT MATÉRIEL

TITRE I

LA RECONNAISSANCE DE L'EFFET LIBÉRATOIRE DU FAIT DU PRINCE ÉTRANGER

CHAPITRE I. — LA LIBÉRATION DU DÉBITEUR D'UNE OBLIGATION CONTRACTUELLE

<i>Section I. — La tradition juridique des pays de droit civil</i>	18
§ 1. — L'histoire.....	18
A. — La <i>lex mercatoria</i>	19
B. — L'Ordonnance de la Marine et la codification.....	22
§ 2. — L'état actuel de la question.....	23
A. — Les textes.....	24
B. — La jurisprudence	25
a) L'impossibilité d'exécution résultant du fait du prince.....	25
b) Les effets secondaires du fait du prince sur le contrat	29
<i>Section II. — La tradition juridique anglo-américaine</i>	32
Sous-section I. — Le droit anglais	32
§ 1. — Le droit anglais des contrats et la force majeure.....	32
A. — La règle de l' <i>absolute contract</i>	33
B. — La reconnaissance progressive de l'effet libératoire de la force majeure	34

§ 2. — L'attitude des tribunaux anglais à l'égard du fait du prince étranger	36
A. — « <i>Restraints of princes and rulers</i> »	36
B. — La jurisprudence <i>Ralli</i> et ses suites	38
C. — Le rayonnement international de la jurisprudence anglaise	43
Sous-section II. — Le droit des Etats-Unis d'Amérique	44
§ 1. — L'évolution des solutions : l'incidence du fait du prince étranger sur le contrat	45
§ 2. — L'évolution des analyses : la technique juridique permettant de tenir compte des normes prohibitives étrangères	48
<i>Section III. — L'arbitrage commercial international</i>	51
CHAPITRE II. — LA LIBÉRATION DU DÉBITEUR D'UNE OBLIGATION EXTRA-CONTRACTUELLE	
<i>Section I. — L'applicabilité de la théorie du fait du prince étranger aux obligations non contractuelles</i>	60
§ 1. — Les obligations non contractuelles de droit privé	60
A. — Le droit des sociétés	61
B. — La responsabilité délictuelle	64
C. — Les formalités impossibles	66
§ 2. — Les obligations de droit public	69
A. — Le droit pénal	69
B. — Le droit administratif	74
<i>Section II. — Les principaux domaines d'application de la théorie du fait du prince étranger en matière de droit économique</i>	77
Sous-section I. — Le droit de la concurrence	78
§ 1. — Le droit américain	78
§ 2. — Le droit communautaire	82
Sous-section II. — Les lois interdisant la communication de renseignements à l'étranger	86
§ 1. — Délimitation du problème : la distinction entre l'interdiction de la communication de renseignements et le risque d'auto-incrimination du témoin	87

§ 2. — La solution traditionnelle : respect des prohibitions de la loi locale	92
A. — La pratique française	93
B. — La pratique anglaise et canadienne	95
§ 3. — La solution de la jurisprudence américaine : « balance des intérêts en cause »	97
A. — Les sources d'un conflit de souverainetés	98
B. — La genèse des solutions actuelles	102
C. — La pratique de la balance des intérêts	109
D. — Palliatifs et remèdes	116

TITRE II

LA SPÉCIFICITÉ DE LA THÉORIE DU FAIT DU PRINCE ÉTRANGER

CHAPITRE I. — LE FONDEMENT DE LA THÉORIE DU FAIT DU PRINCE ÉTRANGER

<i>Section I. — L'élément interétatique : le respect dû à la souveraineté étrangère</i>	126
§ 1. — Concurrences de compétences et conflits de compétences	126
A. — Répartition et limitation des compétences étatiques	126
B. — Le pouvoir d'ordonner ou d'interdire l'accomplissement d'un acte à l'étranger : le législateur, l'administration et les tribunaux	130
C. — La distinction entre revendication et exercice de la compétence : les conflits de compétences	138
§ 2. — Le droit international public des conflits de compétences	139
A. — Le critère territorialiste	140
B. — Le critère des intérêts étatiques en cause	144
§ 3. — Le rôle des tribunaux internes dans les conflits de compétences	148
<i>Section II. — L'élément individuel : la protection du débiteur</i>	151
§ 1. — L'irrésistibilité du fait du prince étranger	151
A. — Une explication inadéquate : l'idée d'impossibilité matérielle d'exécution	151
B. — L'acte unilatéral de la puissance publique et la contrainte étatique	154
§ 2. — La place du fait du prince étranger parmi les causes d'extinction des obligations	158
<i>Les rapports entre les deux fondements de la théorie du fait du prince étranger</i>	163

CHAPITRE II. — LES INTERVENTIONS ÉTATIQUES VISÉES PAR LA
THÉORIE DU FAIT DU PRINCE ÉTRANGER

<i>Section I. — Délimitation de la notion de fait du prince étranger</i>	166
§ 1. — Le fait du prince, norme contraignante.....	166
A. — La norme.....	166
B. — La sanction.....	176
§ 2. — L'auteur de la norme contraignante.....	183
A. — Les autorités d'occupation.....	184
B. — L'intervention étatique dans un contexte fédéral ou communautaire.....	189
a) Le droit américain de la concurrence.....	189
b) Le droit communautaire de la concurrence.....	191
<i>Section II. — Effectivité et légitimité du fait du prince étranger</i>	196
§ 1. — Effectivité du fait du prince et extraterritorialité de la norme prohibitive... 196	
A. — La possibilité d'une prise en considération de normes extraterritoriales.....	198
B. — Un cas particulier : l'exécution de l'obligation sur le territoire du for.....	200
§ 2. — La légitimité du fait du prince étranger, condition de sa prise en considération ?.....	216
A. — Contrôle de la norme étrangère par rapport aux critères de légalité du droit étranger lui-même ?.....	216
B. — Contrôle de la norme étrangère par rapport à l'ordre public du for ?.....	219
C. — Contrôle de la norme étrangère par rapport au droit international public ?.....	225

TITRE III

LES MODALITÉS DE L'EFFET LIBÉRATOIRE
DU FAIT DU PRINCE ÉTRANGER

CHAPITRE I. — LE RESPECT DES CONDITIONS OBJECTIVES DE LA
LIBÉRATION DU DÉBITEUR PAR LE FAIT DU PRINCE

<i>Section I. — L'« indestructibilité » des obligations monétaires</i>	238
§ 1. — L'expropriation subie par le débiteur à l'étranger.....	240
§ 2. — La protection du débiteur contre le risque d'un double paiement.....	245

<i>Section II. — L'existence de modes alternatifs d'exécution de l'obligation</i>	252
§ 1. — Le recours à des solutions de rechange.....	252
§ 2. — Le transfert du lieu d'exécution.....	255

CHAPITRE II. — LE RESPECT DES CONDITIONS SUBJECTIVES DE LA
LIBÉRATION DU DÉBITEUR PAR LE FAIT DU PRINCE

<i>Section I. — Les dérogations légales au principe de l'exonération du débiteur</i>	264
§ 1. — L'incidence de la prévisibilité du fait du prince.....	264
§ 2. — Le cas du débiteur fautif.....	268
A. — La faute concomitante du débiteur.....	268
B. — Le manque de diligence du débiteur dans l'obtention d'une autorisation administrative.....	269
C. — Le fait du prince étranger provoqué par le débiteur.....	272
§ 3. — La condition d'extériorité du fait du prince.....	275
A. — Le débiteur est l'Etat étranger lui-même.....	276
B. — Le débiteur est un organisme étatique personnalisé.....	285
<i>Section II. — Les aménagements conventionnels aux règles relatives aux interventions étatiques</i>	300
§ 1. — La répartition conventionnelle des risques.....	300
A. — Les clauses de force majeure et stipulations apparentées.....	300
B. — Les clauses de garantie.....	305
C. — Les contrats d'assurance.....	306
§ 2. — Le contrat tendant à la violation de la loi étrangère.....	308

SECONDE PARTIE

FAIT DU PRINCE ÉTRANGER ET CONFLITS DE LOIS

TITRE I

LA TECHNIQUE DE LA PRISE EN CONSIDÉRATION DU
FAIT DU PRINCE ÉTRANGER

CHAPITRE I. — LA PRISE EN CONSIDÉRATION, TECHNIQUE ORIGINALE

<i>Section I. — L'analyse de la technique de prise en considération des normes étrangères</i>	328
---	-----

§ 1. — Le mécanisme de la prise en considération.....	328
§ 2. — L'utilité de la prise en considération : la norme étrangère en tant que <i>datum</i>	332
A. — La théorie des <i>data</i>	332
B. — Les enseignements de la théorie des <i>data</i>	337
<i>Section II. — L'application de la technique de prise en considération aux normes contraignantes étrangères</i>	347
§ 1. — Règles de conduite étrangères et appréciation du comportement du débiteur.....	347
A. — La licéité du respect des règles de conduite étrangères.....	349
B. — L'obligation au respect des règles de conduite étrangères.....	352
§ 2. — La contrainte étatique donnant lieu à une créance de réparation.....	364
 CHAPITRE II. — LA PRISE EN CONSIDÉRATION, TECHNIQUE ADÉQUATE	
<i>Section I. — Une technique alternative : la théorie de l'Act of State</i>	384
§ 1. — La théorie de l'Act of State dans la jurisprudence américaine.....	384
A. — Le développement de la théorie de l'Act of State.....	385
B. — L'application de la théorie de l'Act of State au droit des obligations.....	392
C. — Le rôle de la théorie de l'Act of State.....	398
§ 2. — La théorie de l'Act of State et la jurisprudence française.....	403
<i>Section II. — Une technique alternative : le rattachement spécial des lois de police étrangères</i>	413
<i>Sous-section I. — Le rattachement spécial des lois de police étrangères : une question de logique juridique ?</i>	414
§ 1. — Lois de police étrangères et modalités d'exécution des obligations.....	414
§ 2. — Le droit public étranger comme ensemble de « lois de compétence exclusive ».....	417
A. — L'appel au droit international public.....	418
B. — Poser la question, c'est la résoudre.....	423
<i>Sous-section II. — Le rattachement spécial des lois de police étrangères, une question d'opportunité</i>	424
§ 1. — Les éléments de la discussion.....	424

A. — Le débat doctrinal.....	424
B. — Deux types de lois de police : règles de décision et règles de conduite.....	429
C. — Rattachement spécial et prise en considération des règles de conduite étrangères.....	436
a) Les conditions de la référence à la norme étrangère.....	436
b) Les effets de la référence à la norme étrangère.....	443
§ 2. — Le droit positif.....	450
A. — La jurisprudence.....	450
B. — Les textes.....	456
a) L'article VIII, section 2b) des Statuts du Fonds monétaire international.....	456
b) Les conventions de la Conférence de La Haye de droit international privé.....	459
c) La codification du droit international privé en Suisse et au Québec.....	461
d) L'article 7, alinéa 1 ^{er} de la Convention de Rome du 19 juin 1980.....	463

TITRE II

LA LOI APPLICABLE À LA PRISE EN CONSIDÉRATION DU
FAIT DU PRINCE ÉTRANGER

<i>Section I. — La constatation de l'impossibilité d'exécution</i>	474
§ 1. — Le rôle respectif de la loi du for et de la loi de l'obligation.....	474
§ 2. — La mise en oeuvre de la répartition des rôles entre loi du for et loi de l'obligation.....	479
<i>Section II. — Les conséquences juridiques de l'impossibilité d'exécution</i>	486
§ 1. — Impossibilité d'exécution et responsabilité contractuelle du débiteur.....	486
§ 2. — Impossibilité d'exécution et condamnation du débiteur à exécuter le contrat en nature.....	491
Conclusion	495
Table des décisions citées.....	497
Bibliographie.....	529
Index alphabétique.....	567