

Ordre public international et lois de police

Une application en matière de sous-traitance internationale



MARIE-HÉLÈNE BESSIS

Responsable des financements internationaux
Affaires Juridiques groupe
BNP Paribas

Les concepts de lois de police et d'ordre public international sont toujours d'un maniement délicat. Leur applicabilité dans le cadre d'une transaction internationale comporte des enjeux considérables, la contrariété à la plupart des lois de police ou des dispositions d'ordre public étant sanctionnée par la nullité. L'arrêt de la cour suprême du 23 janvier 2007 qu'il faut saluer vient ôter définitivement le doute sur le caractère des dispositions de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance lorsque le contexte de l'opération est international.

Les faits

Une entreprise française, sous-traitante d'une entreprise allemande, elle-même entrepreneur principal d'un marché conclu avec une entreprise française, devait effectuer certains travaux sur un chantier en France.

Après l'ouverture d'une procédure collective en Allemagne à l'égard de l'entrepreneur principal, l'entreprise sous-traitante française a intenté, contre le maître de l'ouvrage, une action directe en paiement du prix des travaux.

La procédure

Les juges du fond, pour rejeter les prétentions de la demanderesse, ont jugé que l'article 12 de la loi française du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance ne présentait pas un caractère d'ordre public en droit international privé et que les dispositions de la loi du 31 décembre 1975 ne pouvaient s'analyser comme des lois de police ou d'application immédiate, exclusives de tout conflit de loi.

La Cour de cassation (première chambre civile, 23 janvier 2007) confirme la décision de la cour d'appel de Versailles du 20 novembre 2003 en jugeant que celle-ci a exactement décidé après avoir relevé que les deux

contrats étaient régis par le droit allemand, que la loi allemande n'était pas contraire à l'ordre public international et que l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975 n'était pas une loi de police régissant impérativement la situation au sens de l'article 7-2 de la Convention de Rome du 16 juin 1980.

* * *

Il n'est pas besoin de démontrer les enjeux de cette décision. La question de l'applicabilité en matière internationale des dispositions impératives de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance se pose depuis longtemps¹ et de plus en plus fréquemment compte tenu du nombre croissant de contrats de sous-traitance s'inscrivant dans un contexte international.

Il y a peu de décisions des juridictions françaises en la matière et quelques sentences arbitrales.

Cet arrêt très attendu, se prononce sur les concepts de l'ordre public et des lois de police dans l'ordre international. Règle-t-il toutes les situations en matière de sous-traitance internationale et au-delà, la question de l'applicabilité d'une série de dispositions impératives dans l'ordre interne français dans un contexte international ?

1. P. Lagarde "La sous-traitance en droit international privé" 1978 ; M. Dubuisson "Quelques aspects juridiques particuliers de la sous-traitance de marché dans la pratique du Commerce International (1983)" ; Le contrat international de sous-traitance, J.-L. Bismuth, RDAI, n° 6,

1986, p. 535 et suivantes ; H. Lesguillons in Lamy "Contrats Internationaux (1988)" ; Sous-traitance internationale : "Comment écarter la loi française de 1975 ?" J. G. Belto, RDAI, IBLJ n° 4, 1999, p 411.

La Cour de Cassation ne se prononce en effet que sur l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975 qu'elle déclare non contraire à l'ordre public international et ne pas constituer une loi de police au sens de l'article 7-2 de la Convention de Rome.

I. L'article 12 de la loi du 31 décembre 1975 n'est pas contraire à l'ordre public international français et n'est pas une loi de police au sens de l'article 7-2 de la Convention de Rome

Nul doute que la loi du 31 décembre 1975 est d'ordre public interne².

1. L'article 12 de la loi du 31 décembre 1975 n'est pas d'ordre public international

L'article 6 du Code civil au titre duquel il ne peut être dérogé par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public n'indique pas expressément que l'ordre public doit également être pris en considération dans un contrat international mais cela ne fait aucun doute au regard de la jurisprudence française et, notamment, de la Convention de Rome³.

Cependant, toute loi d'ordre public de droit interne n'est pas automatiquement d'ordre public dans un contexte international. L'ordre public international couvre les règles qui sont indispensables à la défense des intérêts vitaux de l'État⁴.

Cette conception de l'ordre public plus étroite dans le contexte d'un contrat international se justifie par le fait qu'il faille réduire à minima les obstacles au développement du commerce international.

Ainsi, pour pouvoir ne pas relever de l'ordre public international, il faut encore que le contrat soit international.

Le contrat doit mettre en jeu les intérêts du commerce international. On s'accorde généralement sur le caractère international du sous-traité dès lors que l'une des trois parties concernées par le marché est établie hors du territoire français, même si le sous-traité est conclu entre deux sociétés françaises.

En l'espèce, si le sous-traitant et le maître d'ouvrage étaient établis en France, l'entrepreneur principal était une société allemande.

La situation pouvait donc passer le test de l'ordre public international.

La demanderesse avait invoqué l'article 16 de la

2. Article 12 : "Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance (...) Toute renonciation à l'action directe est réputée non écrite". Article 14 : "À peine de nullité du sous-traité, les paiements de toutes sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant, en application de ce sous-traité, sont garantis par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié [...]". Article 15 : "Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la présente loi".

3. Article 16 de la Convention de Rome : "L'application d'une disposition de la loi désignée par la présente Convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for".

Convention de Rome au titre duquel la loi allemande (qui régissait les deux contrats) aurait été écartée si son application avait été manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

Au vu de la définition jurisprudentielle de l'ordre public international, l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975 n'est pas indispensable à la défense des intérêts vitaux de l'État.

En effet, les dispositions de cet article, protecteur des intérêts des sous-traitants, relève de l'ordre public de protection, protection des intérêts privés qui ne se confondent pas avec les intérêts vitaux de l'État.

Mais la demanderesse invoquait également l'article 3.3 de la Convention de Rome qui fait échec au "forum shopping". Le choix exprès de la loi allemande pour régir les deux contrats ne pouvait pas, en effet, faire échec aux dispositions impératives de la loi française si tous les éléments de la situation avaient été localisés, au moment du choix du droit applicable, en France.

On pouvait penser que cet argument aurait pu prospérer compte tenu du lieu d'exécution du contrat (la France), du fait que le sous-traitant et le maître d'ouvrage étaient des entreprises établies en France, mais tous les éléments de la situation n'étaient pas localisés en France, l'entrepreneur principal étant une société établie en Allemagne.

Après avoir passé le test de l'ordre public international, il fallait encore passer celui des lois de police.

2. L'article 12 de la loi du 31 décembre 1975 n'est pas une loi de police

Ici, le concept du contrat international n'est d'aucun secours.

Selon l'article 3 du Code civil, les lois de police obligent tous ceux qui habitent sur le territoire.

Par ailleurs, l'article 7-2 de la Convention de Rome réserve l'application par le juge du for de ses lois de police.

Ainsi, si l'article 12 de la loi sur la sous-traitance avait été qualifié de loi de police, il se serait imposé au maître d'ouvrage, établi sur le territoire français et aurait été également applicable en tant que loi de police du for.

Les lois de police sont telles que le juge n'a pas à appliquer ses règles de conflit de loi pour évaluer si la teneur de la loi désignée est choquante au regard des valeurs du for.

Ni la loi française, ni l'article 7-2 de la Convention de Rome, ne donne de définitions des lois de police.

La doctrine les définit comme toutes "les lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation publique, sociale et économique du pays"⁵.

Article 3.3 Convention de Rome : "Le choix par les parties d'une loi étrangère assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées «dispositions impératives»".

4. Cass. civ., 21 mars 1979, Bull. civ. I p. 87 ; Cass. civ., 14 mars 1984, Bull. civ. I p. 80 ; CA Paris, 3 octobre 1984 Clunet 1986, 156 note Goldman ; CA Versailles, 2 octobre 1989, Gaz Pal 1991, 213.

5. P.-H. Francescakis : "Quelques précisions sur les lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflits de lois, Rev. Crit. DIP, 1966.1 et suiv.

La Cour de justice des Communautés européennes en donne une définition relativement similaire, bien que plus étroite : *“constitue au sens du droit communautaire une loi de police, la disposition nationale dont l’observation est jugée cruciale pour la sauvegarde de l’organisation politique, sociale ou économique de l’État au point d’en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci”*⁶.

Cette définition est d’ailleurs opportunément reprise à l’article 8 de la proposition de règlement de la Commission Européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles⁷.

C’est dans cet esprit que les juges du fond ont considéré que les dispositions de l’article 12 ne concouraient pas directement à l’organisation économique et sociale.

II. Les enjeux de l’arrêt

Les difficiles notions d’ordre public international et loi de police sont appliquées quotidiennement par les praticiens des contrats internationaux. Cet arrêt permettra sans doute de les conforter (ou non) dans les solutions qu’ils ont déjà retenues.

La première question qui se pose est de savoir si l’article 14 de la loi du 31 décembre 1975 serait considéré de la même manière par les magistrats de la Haute Cour.

D’autres interrogations en matière bancaire, notamment, trouveront probablement une réponse.

1. Les dispositions de la loi du 31 décembre 1975 sont-elles toutes non contrares à l’ordre public international et non qualifiables de lois de police ?

Il faut notamment se référer à l’article 14 du 31 décembre 1975 qui exige, sous peine de nullité du sous-traité, qu’un cautionnement bancaire vienne garantir les obligations de paiement du prix de l’entrepreneur principal à l’égard du sous-traitant (à moins que l’entrepreneur principal ne délègue le maître de l’ouvrage au sous-traitant à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant).

Cet article relève de la même inspiration que l’article 12 de la loi du 31 décembre 1975 : la protection du sous-traitant.

Ainsi, si nous nous trouvons dans un contrat de sous-traitance internationale, l’article 14 ne devrait pas trouver application.

Cela devrait lever les incertitudes qui pesaient fréquemment dans le cadre de marchés conclus avec des maîtres d’ouvrage non-résidents et faisant l’objet d’une “sous-traitance française”.

Dans ce type de schéma, bon nombre d’entrepreneurs exigent de leur sous-traitant une garantie bancaire (cautionnement à la garantie à première demande), garantissant la bonne exécution des obligations des sous-traitants à leur égard, sans qu’un cautionnement bancaire

couvrant les obligations de paiement de l’entrepreneur envers le sous-traitant ne soit mis en place.

En l’absence de certitude sur l’applicabilité de l’article 14, le banquier émettait un cautionnement susceptible de nullité puisque garantissant une obligation éventuellement nulle (le sous-traité).

Toujours dans ce type de schéma, le banquier cessionnaire Dailly d’une créance résultant du sous-traité pour lequel il avait estimé que la loi de 1975 n’était pas applicable, risquait de se retrouver sans recours contre l’entrepreneur principal (débitéur cédé) du fait de la possible nullité du sous-traité.

La solution donnée par la première chambre civile va donc supprimer un certain nombre d’incertitudes mais lève-t-elle tous les doutes en matière de sous-traitance internationale ?

Il faut rappeler l’arrêt du 14 octobre 1992 rendu par la 3^e chambre civile⁸ qui a censuré la décision des juges du fond qui avaient débouté le sous-traitant de sa demande en paiement au titre de l’article 14 au motif que le droit du sous-traitant était subordonné à l’exercice de l’action directe ou à l’acceptation du sous-traitant par le maître de l’ouvrage.

En l’espèce, le sous-traité, dont on suppose qu’il était régi par le droit français, liait deux entreprises françaises dans le cadre d’un contrat principal conclu avec l’État algérien, soumis au droit algérien et exécuté en Algérie.

Aussi, cet arrêt laisse entendre que l’article 14 pourrait être applicable alors que l’article 12 ne le serait pas et bien que nous nous trouvions dans le cadre d’une sous-traitance internationale.

Dans cet arrêt, la Haute Cour a certainement pris en compte le fait que le sous-traité était régi par le droit français et conclu par deux sociétés françaises.

La solution aurait été sans doute différente si le sous-traité avait été régi par le droit algérien.

Il s’agit ici de l’épineuse question de la possibilité pour les parties à un contrat international régi par le droit français de renoncer à une disposition d’ordre public interne français qui n’est considérée ni comme une loi de police, ni comme contraire à l’ordre public international.

Faut-il considérer que lorsque les parties font le choix du droit français dans un contrat international, elles doivent appliquer toutes les dispositions de la loi française, y compris celles qui ne seraient pas considérées comme des lois de police ou comme contrares à l’ordre public international ?

L’article 3 de la Convention de Rome autorise les parties à désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement du contrat.

Mais la doctrine majoritaire considère⁹ que *“par partie du contrat, il est souhaitable d’entendre un sous-ensemble de droits et d’obligations logiquement détachable du contrat... les parties ne seraient pas autorisées à procéder au dépeçage en fonction des divers aspects du régime du contrat [par exemple la lésion, la limitation de la responsabilité contractuelle], ce qui ruinerait l’autorité de la loi”*.

6. CJCE, 23 novembre 1999, Rev. Crit. DIP, 2000 710, note Fallon, JDI 2000, 493.

7. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome 1) - Document COM (2005) final, 2005, 0261 (COD).

8. Arrêt Fougerolles – 3^e chambre civile du 14 octobre 1992, recueils Dalloz S -1992 p. 256.

9. P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international Privé*, Montchrestien, 8^e édition, 2004, n° 710.

Il est vrai qu'une telle démarche (exclure certaines dispositions du droit français), peut conduire à un dépeçage ; mais, on ne voit pas pourquoi alors que dans l'ordre interne français il est possible, dans certaines conditions, de renoncer à des dispositions qui ne sont pas d'ordre public, on ne pourrait pas écarter des dispositions du droit français qui ne seraient pas d'ordre public international.

La solution demeurant incertaine, de nombreux cocontractants français à un sous-traité s'inscrivant dans le cadre d'un contrat principal étranger choisissent une autre loi que la loi française. Ils peuvent alors se heurter, si cette loi n'a aucun rattachement à la situation, à l'obstacle de la fraude à la loi. Or, ils ne souhaitent pas faire régir leur sous-traité à la loi du contrat principal (ce que l'on peut comprendre dans certaines situations).

Nous retrouvons ces questions dans d'autres situations que la sous-traitance internationale et notamment, en matière de financements internationaux.

2. L'application de la solution de l'arrêt du 23 novembre 2007 dans les relations bancaires internationales

En matière bancaire et financière, de nombreuses lois peuvent relever des lois de police.

En effet, la réglementation bancaire française, qui résulte notamment de la loi du 24 janvier 1984, ne se limite plus, comme les lois précédentes, à l'organisation bancaire. Ainsi, l'article L 313-12 CMF sur la rupture des crédits, l'article L 313-22 CMF à propos de l'information des cautions, les dispositions relatives à l'usure sont-ils des lois de police ?

Si la loi sur l'usure et les lois protectrices des consommateurs en sont certainement, il ne devrait pas en être de même pour les autres dispositions précitées qui, en outre, si elles s'inscrivent certainement dans l'ordre public interne,

ne devraient pas être considérées comme contraires à l'ordre public international.

Ainsi, lorsqu'un crédit aura été conclu par une banque française avec un emprunteur étranger (contrat international), pourrait-on, par exemple, raisonnablement considérer que le respect d'un préavis avant la rupture effective d'un crédit à durée indéterminée est indispensable à la défense des intérêts vitaux de la France et/ou crucial pour la sauvegarde de son organisation politique, sociale ou économique...

Nous ne le pensons pas.

* * *

Les solutions données par l'arrêt du 23 janvier 2007 ne devraient pas être remises en cause à l'occasion de la transformation de la Convention de Rome en règlement.

En effet, la proposition de règlement¹⁰ maintient, dans son article 8, la réserve des lois de police dans une version proche de l'article 7-2 de la Convention de Rome et reprend la définition de la CJCE¹¹ en indiquant "*qu'une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement*".

Elle reprend également dans son article 3.4 la réserve de l'ordre public interne lorsqu'excepté le droit applicable, tous les éléments de la situation sont localisés dans un seul pays et, celle de l'ordre public international dans son article 20 qui doit résulter d'une application d'une loi étrangère manifestement incompatible avec l'ordre public du for. ■

10. Précitée note 7.

11. Précitée note 6.