

Lois de police et activités bancaires internationales

(Contribution à l'étude des lois de police à propos des activités
bancaires et d'investissement)

RESUME DE THESE

Les lois de police ont été consacrées par l'article 3 alinéa 1^{er} du Code civil dès 1804 sans qu'une définition ne les accompagne. Les lois de police n'étaient alors « que » « *les lois de police et de sûreté [qui] obligent tous ceux qui habitent le territoire* ». Ce travail de dégrossissement de la notion est revenu aux juges, sans qu'un consensus n'ait pu se dégager nettement. La doctrine s'est attelée à la tâche, et un assentiment est apparu derrière la définition proposée dans les années 1960 par FRANCESKAKIS. L'auteur définissait les lois de police comme « *des lois dont l'observation est nécessaire à la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays* ». Cette définition expédie en une formule large les contours des lois de police. En vérité, la formule demeure elliptique au moins en raison de son imprécision. Il est classiquement énoncé que le facteur d'observation nécessaire est consubstantiel à toute loi, pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays. En d'autres termes, toute loi est guidée par les mêmes objectifs.

De ce mouvement général de reconnaissance du phénomène de lois de police, il ressort deux aspects majeurs. L'un consiste pour certains arrêts et certains auteurs à confondre les lois de police avec des notions et des techniques parfois similaires et en tous cas proches.

L'étude des lois de police ne peut continuer à entretenir ces écueils. Pour les éliminer, il convient d'isoler les lois de police de la règle de conflit et d'étudier la notion et la technique pour elles mêmes. Aucune étude des lois de police suffisamment détachée de la règle de conflit n'a permis de les décrypter et les comprendre dans une approche globale. Cette démarche est pourtant la seule à pouvoir permettre de cerner convenablement la notion et la

technique des lois de police, et, d'en confronter le résultat une fois cette tâche accomplie, aux différentes méthodes de détermination du droit applicable en droit international privé.

A la lumière de ces éléments, l'étude des lois de police dans le contexte des activités bancaires et d'investissement ne peut asseoir aucune démonstration sans un retour sur la notion de lois de police en droit international privé étudiée en privilégiant celles régissant lesdites activités en préalable à la confrontation de la technique des lois de police avec les deux autres méthodes du droit international privé, dans le champ d'application que constitue les activités bancaires et d'investissement.

Dans cette direction, le phénomène des lois de police se voit précisé dans sa nature juridique. Les lois de police, en ce qu'elles doivent être distinguées des règles de droit public, relèvent de la catégorie des règles de droit privé. Dans la mesure où elles se sont historiquement dissociées des règles pénales, les lois de police ne sont par ailleurs plus des lois pénales. La technique des lois de police est spécifique parce que d'application immédiate, impérative pour le juge et nécessaire. Elles se dissocient des lois ordinaires bénéficiant de la même technique par leur finalité. Ainsi, les lois de police sont-elles des règles de droit privé impératives, non pénales, d'application immédiate et nécessaire « (...) *pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique (...)* » (article 9 du Règlement communautaire Rome I). Leur application territoriale est le principe, mais par voie d'exception certaines lois de police ont des effets extraterritoriaux, c'est-à-dire ont une application internationale qui est déclenchée par un rattachement non territorial avec l'Etat les ayant édicté.

Préciser le contenu de la notion de loi de police et distinguer ainsi la catégorie des lois de police de catégories de règles ayant des contenus proches, constitue un préalable à la proposition d'une technique d'identification visant à distinguer les lois de police parmi d'autres lois impératives. Mais l'amélioration de la détection des lois de police a en retour un impact sur l'affinement de la notion de lois de police.

Les activités bancaires et d'investissement internationales subissent la méthode des lois de police ou, pour le dire autrement, les lois de police se sont installées dans les normes bancaires internes françaises. Ce mouvement est particulièrement captivant en ce sens qu'il autorisait à revenir sur la notion de lois de police. En effet, le secteur bancaire regorge de

normes qui ont le caractère de règles de droit public couplées fréquemment à des normes pénales, de normes qualifiées d'ordre public interne, parfois assimilées à l'ordre public international. L'étude de ces normes bancaires sous l'angle du droit international privé implique que l'on puisse les distinguer des lois de police. Ces normes de droit public et de droit pénal disposent de la même technique d'application immédiate que les lois de police. Au demeurant, les règles d'application nécessaire sont des lois ordinaires exceptionnellement dotées de cette technique, mais à qui il manque cependant la défense d'un intérêt impérieux au sens de l'article 9 du Règlement Rome I pour être qualifiées de lois de police. La conséquence allant jusqu'à les priver de fondement en matière contractuelle internationale.

L'ordre public interne est entendu de plusieurs façons : au sens de la norme à laquelle les parties ne peuvent déroger sur le fondement de l'article 6 du Code civil, et au sens de la norme impérieuse au point de s'appliquer au contrat en cours dans le conflit de lois dans le temps. Ces deux ordres publics internes défendent des intérêts impérieux qui méritent que l'on précise les points de convergence avec les lois de police. Aussi, l'ordre public interne au sens de l'article 6 du Code civil se subdivise en ordre public classique, en ordre public économique de direction et en ordre public économique de protection. L'intensité de la protection des intérêts impérieux des ordres publics classique et économique de direction apparaît pouvoir correspondre à celle des lois de police. Il en va de même de l'ordre public interne au sens du conflit de lois dans le temps. Ces ordres publics internes sont donc précieux dans la détermination de l'importance d'une règle interne pour laquelle il faut déterminer sa qualité de loi de police ou non en vue de la prolongation de cette protection en droit international privé. Toutefois, il convient de rester prudent en présence d'un ordre public économique de protection dans la qualification recherchée.

Le droit public dispose d'une méthode de qualification des établissements publics qui repose sur l'exploitation combinée et hiérarchisée d'indices. Cette méthode dite du faisceau d'indices est la solution proposée pour identifier de façon fiable les lois de police. La transposition en droit international privé de cette méthode permet de systématiser l'identification des lois de police, ce qui implique la détermination des indices.

L'étude des critères traditionnels mis en place pour l'identification des lois de police assure cette détermination. Les critères traditionnels sont appliqués de façon isolée ou désordonnée et cette utilisation assure faiblement l'identification d'une loi de police, à l'exception du

critère formel, par lequel le législateur nomme expressément sa norme de loi de police. Mais cette hypothèse ne s'est jamais vérifiée dans les faits et rend la méthode du faisceau d'indices d'autant plus utile. Dès lors, la transposition de cette méthode du faisceau d'indices conduit à poser une série de questions. Ces questions mettent en avant les autres indices qui sont la détermination par ou pour la loi de police de son propre champ d'application international, la finalité de la règle, sa sanction et la nécessité d'être qualifiée en loi de police. C'est la combinaison de plusieurs de ces indices qui permet de reconnaître de façon fiable une loi de police. C'est l'application de cette méthode au-delà de la matière bancaire qui a permis d'en vérifier l'efficacité et d'en retenir la systématisation.

De ce travail appliqué aux normes bancaires françaises, il ressort un certain nombre de règles internes qualifiables de lois de police bancaires. Ces lois de police revêtent plusieurs traits de caractères qui sont leur application immédiate, impérative et nécessaire pour la sauvegarde d'un intérêt impérieux au sens de l'article 9 du Règlement Rome I. Dans tous les cas, elles visent des rapports entre personnes privées et doivent pour cette raison être considérées relevées de la catégorie des règles de droit privé. Cet affinement de la nature juridique des lois de police implique de ne plus les confondre avec les règles de droit public. Bien que parfois elles puissent être combinées. La législation bancaire en ce qu'elle organise l'accès à l'activité bancaire et met en place des organismes et leur confère des missions, abonde d'exemples de règles de droit public. La sanction civile à la violation de ces règles apparaît parfois comme une loi de police.

Les lois de police ne doivent plus être confondues avec l'ordre public international. Les activités bancaires et d'investissement ont permis de relever que le contenu des deux notions pouvait s'entendre comme synonyme, mais que la loi de police est dépendante d'une norme consignée par écrit, à l'endroit où l'ordre public international français peut être invoqué pour la violation d'un principe non écrit. Les deux mécanismes se révèlent complémentaires bien que l'ordre public international français soit de fait plus limité dans le secteur bancaire que les lois de police.

Une loi de police ainsi identifiée et précisée appelle à être resituée dans ses rapports à la méthode conflictuelle et à la méthode matérielle.

L'activité bancaire et d'investissement internationale présente l'opportunité d'affirmer à la fois la puissance et l'impuissance des lois de police à l'égard de la règle de conflit. En effet, il est traditionnellement entendu que la loi de police court-circuite la règle de conflit, précisément par ses caractères immédiat et impératif. Des exemples extraits de la réglementation bancaire et relatifs au cautionnement international lié à un crédit à la consommation ont permis de vérifier la primauté de la loi de police sur la règle de conflit ordinaire. Ces exemples ont également permis de souligner les limites de la loi de police.

Une norme est qualifiée de loi de police parce que c'est nécessaire. A partir du moment où on lui ôte cette nécessité, la loi de police en tant que telle n'a plus aucun rôle à jouer. En ce sens, la règle de conflit atténue grandement la puissance de la loi de police du for lorsqu'elle assure une protection d'une catégorie d'individus (les consommateurs par exemple). La règle de conflit spécifique assure dans ce cas de figure une protection suffisante en rattachant la solution au litige à des mesures plus protectrices des individus visés, correspondant dans les faits à la désignation de la loi du for, que l'on aurait voulu appliquer sur le fondement des lois de police. Cette règle de conflit spécifique limite ainsi la nécessité de recourir à la technique des lois de police et permet d'affirmer que la règle de conflit spéciale prime la loi de police. Le crédit à la consommation transfrontière en constitue un exemple efficace.

En ce qu'il comprend une catégorie des usagers bancaires, le secteur bancaire permet de proposer au législateur d'édicter une règle de conflit spécifique aux usagers bancaires non consommateurs pour accorder une protection légitime dans un certain nombre de cas et pourtant non assurée par la loi de police et la règle de conflit spéciale au consommateur. Le détour par les lois de police est ainsi évité, les discussions sur leur utilisation dans un tel cas de figure également.

L'analyse de la réglementation bancaire offre également l'opportunité de mesurer les rapports entre les règles matérielles bancaires d'origine professionnelle et les lois de police. Les activités bancaires et d'investissement provoquent l'édiction par les professionnels du secteur de normes non rattachées à l'ordre juridique étatique. Parfois, ces normes professionnelles ont été transposées dans les ordres juridiques étatiques par le législateur. Cette loi créée par les banquiers, cette *lex argentarii*, a alors été rattrapée par un ou des Etats, lui conférant la possibilité d'application juridique sans contestation à une opération bancaire internationale. Cette *lex argentarii* reste parfois anationale et/ou transnationale tout en aspirant à la même

applicabilité. Le travail a consisté à identifier cette *lex argentarii* qui souffrait de cette difficulté. Les standards propres aux swaps et les Règles et Usances uniformes sur le crédit documentaire international en sont dans le secteur bancaire les illustrations les plus topiques.

Cette identification effectuée, cette *lex argentarii* anationale ou transnationale a pu se voir attribuer les statuts de normes et de règles juridiques lui assurant une juridicité certaine. Dès lors, comme les swaps et les crédit-documentaires sont des contrats, le principe de l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire le choix de la loi applicable par les parties, autorise à désigner ces normes et règles juridiques, autrement dit, cette *lex argentarii* anationale ou transnationale.

Il faut préciser que le principe d'autonomie, qu'il soit extrait de la Convention de Rome, du Règlement Rome I ou de la jurisprudence française interne, doit être entendu comme permettant la désignation d'un droit et non d'une loi qui, par essence, est étatique. Le principe de l'autonomie de la volonté est alors entendu de façon subjective. Il implique pour lever toutes difficultés que les parties aient expressément désigné la *lex argentarii* anationale ou transnationale pour que l'on puisse l'appliquer aisément. Dans l'hypothèse du défaut de désignation du droit applicable, l'applicabilité de la *lex argentarii* anationale ou transnationale est plus controversée. L'autonomie de la volonté en tant que fondement à la *lex argentarii* apparaît plus fragile.

En conséquence, cette applicabilité doit être cherchée et trouvée ailleurs. Le recours à la notion d'ordre juridique bancaire transnational doit être condamné. Pour des raisons similaires à sa condamnation quasi-unanime à l'occasion de la *lex mercatoria*. Au fond, la reconnaissance d'un tel ordre juridique transnational suppose de l'entendre largement – conception de ROMANO –, et ne ferait que déplacer la question : une *lex argentarii* constituerait cet ordre, mais ce dernier souffrirait de reconnaissance par les ordres juridiques étatiques.

Pourtant, cette *lex argentarii* anationale ou transnationale révèle, à l'occasion de l'analyse des standards sur les swaps et les RUU sur le crédit-documentaire, qu'elle est la seule réglementation compétente, fiable et sécurisante, pour régler ces mécanismes internationaux. Ce trait de caractère commande que l'on assure plus sereinement son applicabilité dans l'hypothèse du défaut de choix des parties du droit applicable à leur contrat. En effet, sur ce

point, le Règlement Rome I est resté silencieux. Il a été opportunément proposé de le préciser. Pour ce faire, il est proposé au législateur de reconnaître une règle matérielle de droit international privé d'application d'office de cette *lex argentarii* anationale ou transnationale en cas de défaut de choix. Cette application d'office serait cependant écartée en cas de contestation de l'application de ce droit par l'une ou les parties au contrat pour ne pas entraver trop profondément le principe de l'autonomie de la volonté. Une telle réserve est de fait constatée dans les rares décisions ayant acceptées de faire application du contrat dit sans loi dans l'hypothèse précisément d'absence de choix par les parties du droit applicable. Une telle règle doit être mise en œuvre lorsque le contrat présente un rattachement objectif avec la *lex argentarii* anationale ou transnationale visée.

Une telle règle est une illustration de l'existence de la méthode purement matérielle de droit international privé réglant au fond une situation présentant des éléments d'extranéité. En effet, dans un tel cas de figure le juge recourt à une règle matérielle (règle de droit international privé) désignant une autre règle matérielle (standards sur les swaps ou RUU sur le crédit documentaire) sans la médiation de la règle de conflit. Une méthode matérielle aux contours ainsi identifiés peut être confrontée aux méthodes conflictuelle et des lois de police. L'étude de ces rapports au prisme des activités bancaires et d'investissement met en exergue les limites de la méthode matérielle.

La première limite ainsi relevée de la *lex argentarii* est son incapacité de fait à anticiper toutes les questions potentiellement susceptibles de lui être posées à l'occasion d'un litige. Le recours aux règles de conflit (re)devient indispensable. Les deux techniques sont complémentaires. La seconde limite tient au fait que la *lex argentarii* reste soumise aux lois de police. La méthode des lois de police s'affirme ainsi tant sur la méthode conflictuelle, moins quelques inflexions, que sur la méthode matérielle.

PARTIE I – NOTION DE LOIS DE POLICE EN DROIT INTERNATIONAL
PRIVE DES ACTIVITES BANCAIRES ET D’INVESTISSEMENT

TITRE I – NATURE JURIDIQUE ET METHODE D’IDENTIFICATION DES LOIS DE
POLICE

Chapitre I – Affinement de la nature juridique des lois de police

Chapitre II – Formulation d’une méthode générale d’identification des lois de police

TITRE II – IDENTIFICATION DES LOIS DE POLICE

Chapitre I – Identification des lois de police en dehors du droit bancaire

Chapitre II – Identification des lois de police bancaires

PARTIE II – CONFRONTATION DES LOIS DE POLICE AUX METHODES
DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE DES ACTIVITES BANCAIRES ET
D’INVESTISSEMENT

TITRE I – LOIS DE POLICE ET REGLES DE CONFLIT

Chapitre I – Primauté de la loi de police bancaire sur la règle de conflit ordinaire

Chapitre II – Primauté de la règle de conflit spéciale sur la loi de police bancaire

TITRE II – LOIS DE POLICE ET REGLES MATERIELLES INTERNATIONALES

Chapitre I – Reconnaissance des règles matérielles d’origine professionnelle en droit bancaire
international : *la lex argentarii*

Chapitre II – Primauté de la loi de police sur la *lex argentarii*